

Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Tesis de Grado para optar por el Título de Licenciada en Derecho

El Fundamento Ideológico de los Derechos Humanos.
Crítica ideológica al discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

María Paula Barrantes Reynolds

Sede Rodrigo Facio, junio de 2008.
San José, Costa Rica.

A mis abuelos paternos, en el fin de sus días.

AGRADECIMIENTOS

Al profesor Pedro Haba, pues su antología “Axiología Jurídica” inspiró el tema de esta tesis. Asimismo, sus numerosos artículos sobre Filosofía y Derechos Humanos fueron una guía importante; al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) Mesoamérica, sobre todo al Dr. Juan Carlos Gutiérrez, director en ese momento, por la oportunidad de una larga pasantía y consultorías al puro inicio de mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR), vivencia que fue también el origen del problema que trata esta tesis; a mi director Ricardo Salas por su paciencia y su guía; a mis lectores de tesis, Francis Mora por sus valiosos comentarios sobre el trabajo y a Edgar Odio por su apoyo y su tiempo; al profesor Helio Gallardo por su asesoría en el año 2005 para el planteamiento del tema, su apoyo moral y el acceso a las lecturas de su curso Filosofía y Derechos Humanos de 2006 y de Teoría de la Ideología de 2004 en la Escuela de Filosofía de la UCR; al profesor Gerardo Hernández por sus comentarios para la elaboración del proyecto de tesis, en el marco de su curso de Metodología de 2005 en la Escuela de Ciencias Políticas de la UCR, y por introducirme a las obras de Van Dijk; al profesor César Zúñiga, ya que sin sus cursos de Pensamiento Político y de Teoría Política en la Escuela de Ciencias Políticas de la UCR durante los años 2005-2006, este trabajo nunca hubiese podido comenzar; a Olger González, letrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por sus valiosos comentarios sobre el proyecto de tesis y el trabajo terminado; al profesor George García por permitirme asistir de oyente a algunas de sus clases de Teoría de la Ideología en la Escuela de Filosofía de la UCR en el año 2006, y por la valiosa bibliografía del curso; a mi esposo Simon Haas por su incondicional apoyo y el permitirme acceder a las bases de datos y a los valiosos libros y artículos sobre Filosofía y Derechos Humanos de las Bibliotecas de la Universidad de Cambridge, Inglaterra, durante los años 2005 y 2006, material que en buena parte constituyó el estado de la cuestión de este trabajo; a Ariana Macaya por permitirme acceder a la transcripción de algunas de sus clases de Teoría de los Derechos Fundamentales de 2006 de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de La Sorbonne, París; a Rodolfo Jiménez Solé, mi profesor de Epistemología de la Ciencia Política en la Escuela de Ciencias Políticas de la UCR en el 2007, por sus listados de sugerencias bibliográficas para la continuación de la investigación de este tema en futuros proyectos; a Amelia Brenes, por amablemente ofrecerse a realizar una revisión de los aspectos formales de la totalidad este trabajo en mayo de 2008; a mi familia, por crear las condiciones para que pudiese llegar hasta aquí y por su ejemplo e inspiración que impulsan mi vida académica; a los monjes y maestros de la Escuela Gaudiya Vaishnava de Mathura y Nadiya, la India, por propiciar en mí un pensamiento filosófico y crítico a lo largo de mi vida universitaria.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
1. Tema y justificación.....	1
2. Problema y Objetivos.....	4
3. Hipótesis.....	5
4. Metodología.....	5
5. Estructura de la tesis.....	7
I PARTE. Teoría de la ideología y derechos humanos	9
1. Introducción al problema	10
a. Ideología, lenguaje y derechos humanos.....	10
<i>Cuáles premisas</i>	10
<i>El principio de la indivisibilidad vs. la perspectiva histórica</i>	10
<i>Filosofía y derechos humanos</i>	13
<i>La función ideológica</i>	14
<i>La labor judicial, ¿dónde queda?</i>	15
<i>El lenguaje consciente</i>	17
<i>Contradicción, contingencia, conflicto, paradoja</i>	17
<i>Derechos humanos: la metafísica sin límites</i>	17
<i>El núcleo suave</i>	29
b. Crítica ideológica: un ejercicio que abre al diálogo y no lo cierra.....	25
c. El discurso de los derechos humanos en la posmodernidad: ¿de lo sacro a lo absurdo?.....	31
d. Del estoicismo a los nuevos movimientos sociales.....	36
2. Sobre la palabra “fundamento”	42
3. Derechos humanos como un concepto indeterminado	59

4.	Derechos humanos y la conceptualización de los ‘derechos’ en el ámbito jurídico.....	80
a.	Crítica al discurso de los derechos ilustrado: el carácter de verdad trascendental de los derechos.....	80
b.	Las formas de la ficción en el régimen de los derechos.....	82
c.	Particularidades en la aplicación de los ‘derechos’ humanos.....	85
d.	Principios morales, derechos naturales.....	94
e.	Discusión en torno a la palabra “derecho” y la extensión metafísica como mecanismo para ocultar los procesos de decisión.....	96
f.	La ideología de la legalidad, las leyes naturales y los derechos humanos.....	100
g.	¿Qué es “derecho”, qué es “humano” en los derechos humanos?.....	102
5.	Definición de ideología.....	109
a.	Los orígenes: la Ilustración.....	109
b.	La definición débil, la definición fuerte.....	125
c.	Otras definiciones de ideología.....	130
6.	Análisis ideológico en Žižek.....	145
a.	Definición de ideología y el grafo del deseo.....	151
<i>La retroactividad del significado.....</i>		151
<i>La función del significante y la construcción reflexiva de la realidad.....</i>		154
<i>Entre la interpelación y la fantasía.....</i>		160
<i>Ilusión ideológica: más allá del ser y la conciencia.....</i>		163
<i>Ideología y utopía.....</i>		166
b.	La crítica ideológica.....	169
c.	Mecanismos ideológicos: “una resolución imaginaria de contradicciones reales”.....	175
<i>Universalización.....</i>		178
<i>Naturalización.....</i>		182
<i>Neutralización.....</i>		184
<i>Discurso especializado.....</i>		187
<i>Ambigüedad y redundancia.....</i>		189
<i>La interpretación genuina.....</i>		190
d.	Análisis de Žižek de los derechos humanos.....	192

<i>Crítica al derecho</i>	192
<i>Crítica a los derechos humanos</i>	194
I. Los derechos humanos como efectividad de las relaciones socio-económicas dominantes.....	195
II. Los derechos humanos como legitimación del intervencionismo militar.....	203
III. El sujeto de los derechos humanos: un vacío.....	204
IV. Derechos humanos, apolitización y universalidad.....	207
7. Crítica ideológica y discurso	211
8. Análisis de los principios de derechos humanos	218
a. El individuo autónomo como fundamento ideológico de los derechos humanos y la dignidad como principio antropológico dialógico.....	219
b. La lógica de justificación de los derechos humanos.....	226
c. Argumentos contra la universalidad de los derechos humanos.....	227
d. La sobrevivencia de los derechos humanos.....	231
e. Los derechos humanos nucleares.....	232
f. La igualdad en el discurso de los derechos humanos.....	233
g. El carácter absoluto de los derechos humanos.....	235

II PARTE. Análisis del discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....236

1. Antecedentes históricos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	237
a. El contexto de creación de la OEA: la consolidación del Sur y el alejamiento de los Estados Unidos.....	239
b. La OEA como institución de la Guerra Fría y su manejo del discurso de los derechos humanos y la democracia.....	241
c. La aplicación del discurso de derechos humanos y democracia a objetivos militares y políticos: el ejemplo de Haití.....	247
d. La CIDH.....	249
e. La firma y ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	253
f. La creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	258

2. Análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	263
a. Consideraciones para el análisis.....	263
<i>Consideraciones preliminares: la naturaleza de la crítica.....</i>	263
<i>Criterios de selección.....</i>	266
<i>Sistematización de las resoluciones.....</i>	271
<i>Algunas categorías de análisis.....</i>	272
b. Sentencia 1: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.....	281
<i>La retroactividad en el presente caso.....</i>	282
<i>El daño espiritual en la cosmología de los N'djikas y los derechos humanos... </i>	284
<i>El miedo como causa de la violación de los derechos a la circulación y residencia y la propiedad privada.....</i>	284
<i>Voto razonado del juez Cançado Trindade.....</i>	285
c. Sentencia 2: caso La Cantuta vs. Perú e interpretación de sentencia.....	287
<i>La responsabilidad agravada del Estado y la obligación de proteger los derechos humanos en cualquier circunstancia.....</i>	289
<i>La función de las sentencias.....</i>	291
III PARTE. Conclusiones.....	293
BIBLIOGRAFÍA.....	303

ANEXOS

Anexo 1 . Contexto Institucional. El funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la CIDH

- a. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- b. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- c. La Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - i. Procedimiento contencioso
 - ii. Procedimiento consultivo

Anexo 2. Cuadro 1: Sistematización de las resoluciones de la Corte IDH seleccionadas: hechos probados, argumentos de las partes, derechos violados y reparaciones

Anexo 3. Cuadro 2: Sistematización de la argumentación presente en las resoluciones de la Corte IDH seleccionadas (incluyendo votos razonados y concurrentes).

Ficha Bibliográfica

Barrantes Reynolds, María Paula. *El fundamento ideológico de los derechos humanos. Crítica ideológica al discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, junio de 2008.

Director: Dr. Ricardo Salas Porras.

Palabras clave: derechos humanos, ideología, crítica ideológica, discurso, poder simbólico, derechos, fundamentos, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Slavoj Žižek, universalidad, individuo autónomo, dignidad.

RESUMEN

La tesis realiza un análisis crítico del discurso de los derechos humanos actual desde diversas vertientes: la discusión acerca de sus fundamentos, el uso de la palabra ‘derechos’ en los derechos humanos, la indeterminación de la noción y el cuestionamiento del discurso moderno en la época actual. El trabajo asimismo construye un marco teórico en el que se propone una delimitación de las nociones ideología, crítica ideológica y discurso, para efectos de crear una metodología propia de crítica ideológica que parte de una epistemología relativista y no clásica para el análisis crítico del discurso. Dicho marco teórico hace un especial énfasis en el análisis de la teoría de la ideología de Slavoj Žižek y sus posibilidades de aplicación al discurso judicial.

El trabajo concluye que los DH son una práctica de poder a la vez que una fantasía ideológica que oculta la imposibilidad de una sociedad armónica. Son un discurso

legitimador cuasi-teológico y sin un significado preciso, que ha sobrevivido pese a la caída filosófica de la modernidad gracias a la vigencia de sus instituciones y de su núcleo de goce: la dignidad del ser humano y la idea del individuo autónomo como utopía-realidad normativa. Esta última idea no obstante se considera, junto a la universalidad, como el problema central para la aplicación coherente e igualitaria del discurso de los DH en la posmodernidad y de la posibilidad de su desarrollo como proyecto de autonomía, en el sentido que da Cornelius Castoriadis a dicha idea. Los DH se presentan como un mito legitimante de una determinada racionalidad y orden social, que actualmente excluye cualquier otro discurso alternativo al tacharlo de inmoral e irracional.

En el caso de la Corte IDH, se concluyó que es una institución nacida en un momento histórico y en un contexto institucional muy particular que en alguna medida podría influenciar su toma de decisiones. Su aplicación del discurso de DH se realiza utilizando elementos de diversas corrientes, pero sobre todo la jusnaturalista racionalista, y los jueces tienen un margen amplio de discrecionalidad para la toma de decisiones. La justificación filosófica y normativa del discurso parece ocurrir a *a posteriori* con respecto a la decisión tomada en cuanto a la admisión y resolución del caso, y la llamada evolución de su jurisprudencia tiene un alto grado de auto-referencialidad y tiende a la creación de más normas y afirmaciones morales universales. La traducción de conflictos en lenguaje de derechos resulta en una judicialización de la política cuya coherencia con un sistema democrático ha de ser evaluada.

INTRODUCCIÓN

En aquella audiencia se respiraban derechos humanos. Quizás ella no lo percibía tan claramente como yo. Desde su silla de ruedas y su triste recuerdo, doña María solo lloraba.

(Basado en el momento del testimonio de María Idelfonsa Morales de Paniagua. Caso La Panel Blanca vs. Guatemala, Audiencia de Reparaciones ante la Corte IDH. San José, agosto de 2000.)

1. Tema y justificación

El tema del presente trabajo es el “*Fundamento Ideológico de los Derechos Humanos.*” Su nombre exige diversas explicaciones dada la pluralidad de significados que tiene cada una de las palabras que lo compone, las cuales desde hace un tiempo han sido objeto de polémica. El problema que presenta el uso de cada una de ellas será ahondado en la primera parte.

Como parte de la justificación y en la introducción al problema que se realiza en esa primera parte, se discutirá la utilidad que puede tener para aquellos abogados que se especializan en el tema de los derechos humanos (DH), así como para las instituciones propias de los sistemas de protección de DH regionales o internacionales, el comprender las implicaciones de las premisas y paradigmas que constituyen el fundamento epistemológico y axiológico de los principios, criterios de interpretación y normas contenidos en las convenciones y las resoluciones de DH de los organismos judiciales internacionales especializados. Así también, se mencionará las dificultades encontradas a lo largo de la investigación y los alcances de la problemática general en la que esta se sitúa. La justificación y marco teórico son particularmente importantes en el presente trabajo, pues la realización de un análisis ideológico de los fundamentos de los DH es un ejercicio cuya utilidad y factibilidad, han sido puestas en duda desde diferentes puntos de vista por varios autores como Haba, Bobbio y Sloterdijk.

Al iniciar esta tesis no se tenía en realidad una perspectiva de la complejidad del problema a tratar y de las profundas implicaciones que podía tener un análisis crítico-

ideológico del discurso de los DH. Un discurso cuya legitimidad finalmente no fue capaz de resistir la deconstrucción; una crítica que trascendió los DH y llegó a tocar la labor judicial, las bases del discurso jurídico en el Estado moderno y los usos del lenguaje en estos espacios de poder.

La crítica ideológica permite develar cantidad de paradojas y contradicciones, y evidencia que los principios sobre los cuales se sostienen los DH – como su carácter inherente, indiscutible, neutral, indivisible, técnico, universal – son mecanismos ideológicos típicos. Estos ocultan relaciones de poder y sostienen el sistema que permite la existencia de asimetrías que crean las condiciones para la violación de esos derechos. Los DH se constituyen entonces en una fantasía ideológica que oculta el núcleo imposible de la sociedad armónica.

La construcción del marco teórico y de las categorías a utilizar para el análisis presentó una especial dificultad, pues la palabra ideología tuvo su despegue en el mismo contexto-espacio temporal y bajo los mismos postulados políticos y epistemológicos que la de ‘derechos humanos’, con lo cual aparentemente se volvía inútil para la realización de un análisis que permitiera evidenciar falencias en el discurso de DH. Así también, la palabra ‘ideología’ ha mutado su contenido a lo largo de dos siglos y, aún hoy, se manejan diversas acepciones, con lo cual delimitar una definición que pudiera ser aplicada fue un reto significativo.

Como ya se mencionó, el tipo de análisis de discurso conocido como ‘crítica ideológica’ que se aplica en este trabajo, ha sido también seriamente cuestionado, por lo que otro aspecto importante fue el analizar dicha crítica y las propuestas de crítica ideológica a lo largo de la historia para poder evaluar si era factible utilizar dicho método. Se concluyó que puede construirse un método para la crítica ideológica propio a partir de una definición de discurso e ideología; una que no parta por cierto de la epistemología clásica y que contraste lo suficiente con el discurso objeto de análisis.

Los problemas metodológicos no terminaron con la delimitación de las nociones ‘ideología’ y ‘crítica ideológica’, pues los términos ‘fundamento’, ‘concepto indeterminado’, ‘derechos’, han sido todos objetos de profundo debate, por lo que su abordaje no fue tan sencillo como un simple relato descriptivo de sus usos que permitiere explicitar el marco teórico. La crítica al vacío tras la noción ‘fundamento’ que sostienen autores como Haba, pasó de ser percibida aquí como una crítica al esencialismo, a mostrarse como una forma solapada de cercenar las discusiones acerca de las razones de ser de los DH y ocultar la propensión de estos a legitimar el *statu quo*.

La discusión sobre la indeterminación de la noción ‘derechos humanos’ tiene diversas aristas, una de las cuales es la duda acerca del uso de la palabra ‘derechos’ en ese contexto. Se concluyó que el vínculo entre los DH y la palabra ‘derechos’ se fundamenta en la perspectiva ilustrada de las leyes naturales (usadas en el marco de las ciencias naturales) y los derechos naturales. Así también, el análisis de los ‘derechos’ en los DH da luz sobre las dificultades prácticas del uso de la noción DH, y la posibilidad de creación continua y *ad infinitum* de más derechos de este tipo.

Asimismo, el análisis del carácter indeterminado de la noción DH realizada en este trabajo partiendo de la filosofía del lenguaje, culmina en dos diferentes tipos de crítica. Una vertiente parte de la visión clásica de la relación entre referente, significante y significado, y la otra posee una visión muy diversa de tal relación, al ser el significante siempre predominante. Finalmente, se concluye que la indeterminación – que no es casual – oculta tras ella la falta de un referente ‘real’, tangible, que se quiere dibujar en el discurso jusnaturalista. La discusión sobre la indeterminación plantea a los DH como un significante que puede ser vinculado a discursos tanto de grupos dominantes como de la resistencia; un significante que es criticado por la despolitización de espacios y conflictos que conlleva su uso y, a la vez, la creación en torno a dicha noción de un sistema que judicializa la política y atenta contra la representatividad democrática.

Una segunda parte del trabajo revisa el funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los DH y su discurso, específicamente, los principios de interpretación y

los ejes del discurso actual. Para ello, se hace uso de las categorías propuestas en la primera parte. Una sistematización exhaustiva de la doctrina de la Corte IDH y una crítica ideológica al pensamiento político en el que están inmersos requeriría, necesariamente, una investigación aparte, según se pudo ver del estado de la cuestión examinado. Sin embargo, una revisión del contexto institucional y un análisis de los principios y su aplicación en dos resoluciones actuales fueron suficientes para el contraste de las hipótesis y para la aplicación de la teoría de la ideología al discurso en cuestión, todo lo cual derivó en algunas conclusiones para el caso particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

2. Problema y Objetivos

Problema

¿Cuál es la ideología tras el discurso judicial actual de la Corte IDH?

Objetivos

Objetivo General

Realizar una crítica ideológica del discurso de DH aplicado por la Corte IDH.

Objetivos Específicos

1. Construir una definición de ideología, crítica ideológica y discurso con la cual analizar el discurso de la Corte IDH.
2. Analizar los principios de interpretación más importantes en el discurso de la Corte IDH – igualdad-universalidad, dignidad-carácter absoluto, libertad-autodeterminación – a la luz del marco teórico definido.
3. Realizar una crítica ideológica de dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello se hará un análisis ideológico de discurso utilizando como instrumento las categorías previamente construidas.

3. Hipótesis

Hipótesis principal:

La doctrina de la Corte IDH es primordialmente jusnaturalista y esencialista.

Hipótesis contingente 1:

El discurso jusnaturalista-esencialista presente en la doctrina de la Corte IDH es contrario a los principios de certeza jurídica y de reducción del poder del sistema frente al individuo, que son base del Estado de Derecho liberal moderno en el que tienen asidero los DH. Esto por cuanto la vaguedad propia del discurso de DH como lo plantea la Corte IDH, lleva a la contradicción de permitir al juez la toma de decisiones constitutivas basadas en un amplio margen de interpretación de la norma.

Hipótesis contingente 2

El discurso jusnaturalista-esencialista, al atentar contra el Estado de Derecho liberal moderno, reduce la efectividad del discurso de DH.

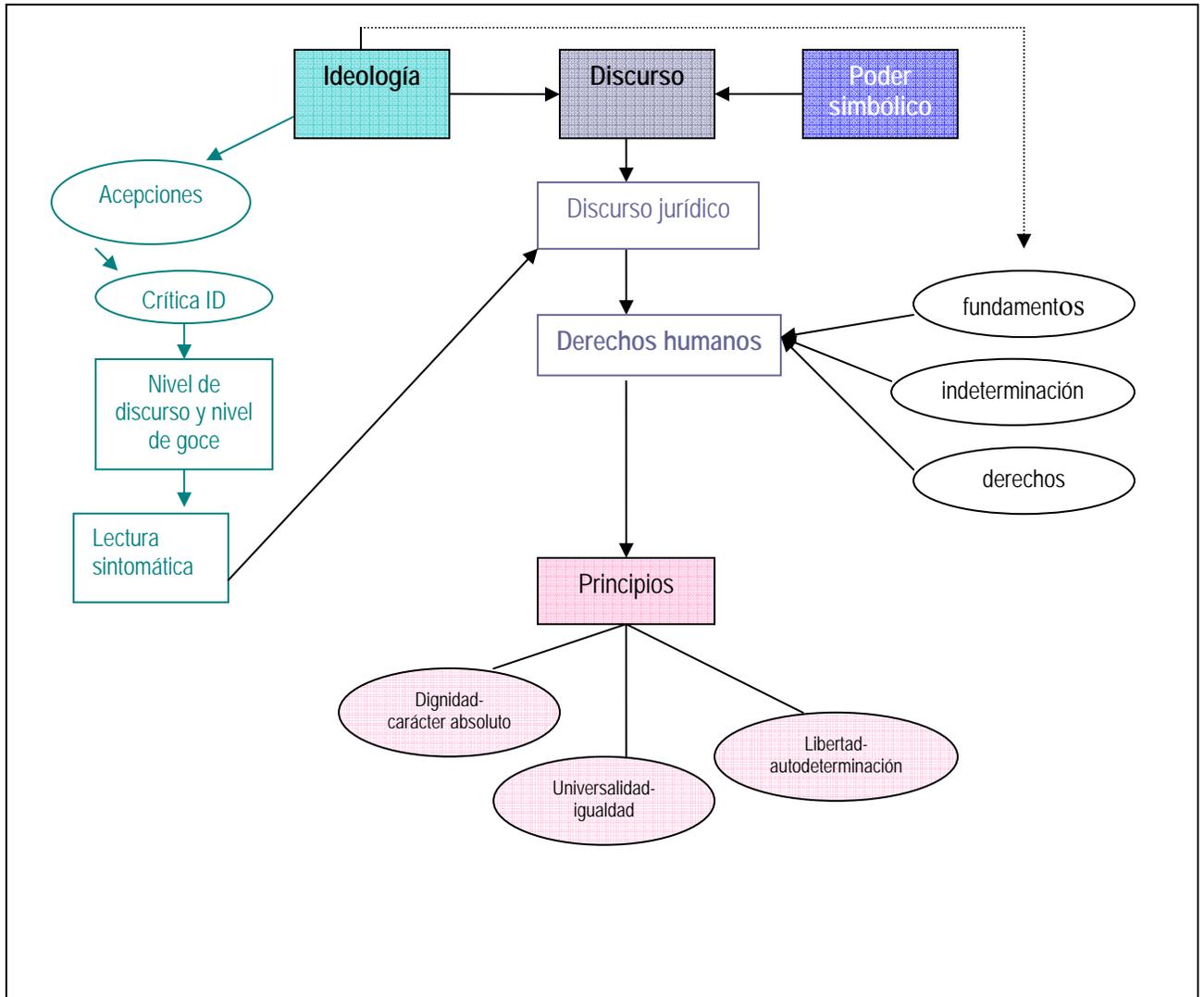
4. Metodología

- a. Estado de la cuestión: revisión de trabajos similares sobre crítica de los DH con el objeto de: definir algunos focos actuales de discusión en torno a la crítica a los DH que puedan alimentar la crítica ideológica; conocer definición de las premisas base de los DH por parte de otros autores y los problemas que encuentran en ellas.
- b. Construcción de la teoría: definición de un método de análisis de discurso y crítica ideológica, con lo cual se define también una postura epistemológica. Para ello se parte de categorías de Žižek y, en segundo plano, de criterios de Eagleton, Bordieu y Foucault, entre otros autores, en cuanto a la definición ideología, crítica ideológica y discurso.

- c. Exposición de un contexto institucional: combinación de la explicación del discurso oficial sobre la historia de la Corte IDH, con el análisis realizado por diversos autores acerca de la situación geopolítica en América en fechas clave en la creación de la Organización de Estados Americanos y el Sistema Interamericano de Protección de los DH. Por otra parte, se expone y analiza el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH.
- d. Revisión de un contexto ideológico: revisión bibliográfica de obras sobre pensamiento político y filosofía de los DH, para identificar la presencia de los principios de DH y de los derechos naturales en diversos discursos en la historia del pensamiento político.
- e. Selección del discurso objeto de análisis: análisis del discurso de la Corte IDH a partir de dos de sus resoluciones judiciales (casos contenciosos) incluyendo votos disidentes y razonados. No se considera necesaria la revisión exhaustiva de todas las resoluciones sino solo un análisis detallado de una muestra no representativa de ellas. Los criterios de selección son actualidad, y que en la sentencia y los votos se mencionen los principios libertad, dignidad e igualdad que se analizan, lo cual permite el vínculo realizado en el acápite anterior entre DH y teoría de la ideología. Podría ser posible que se requiera hacer el vínculo entre los fallos de análisis y sus precedentes, para poder tener suficientes criterios para probar o descartar las hipótesis de este trabajo en el marco de las resoluciones de la Corte IDH.

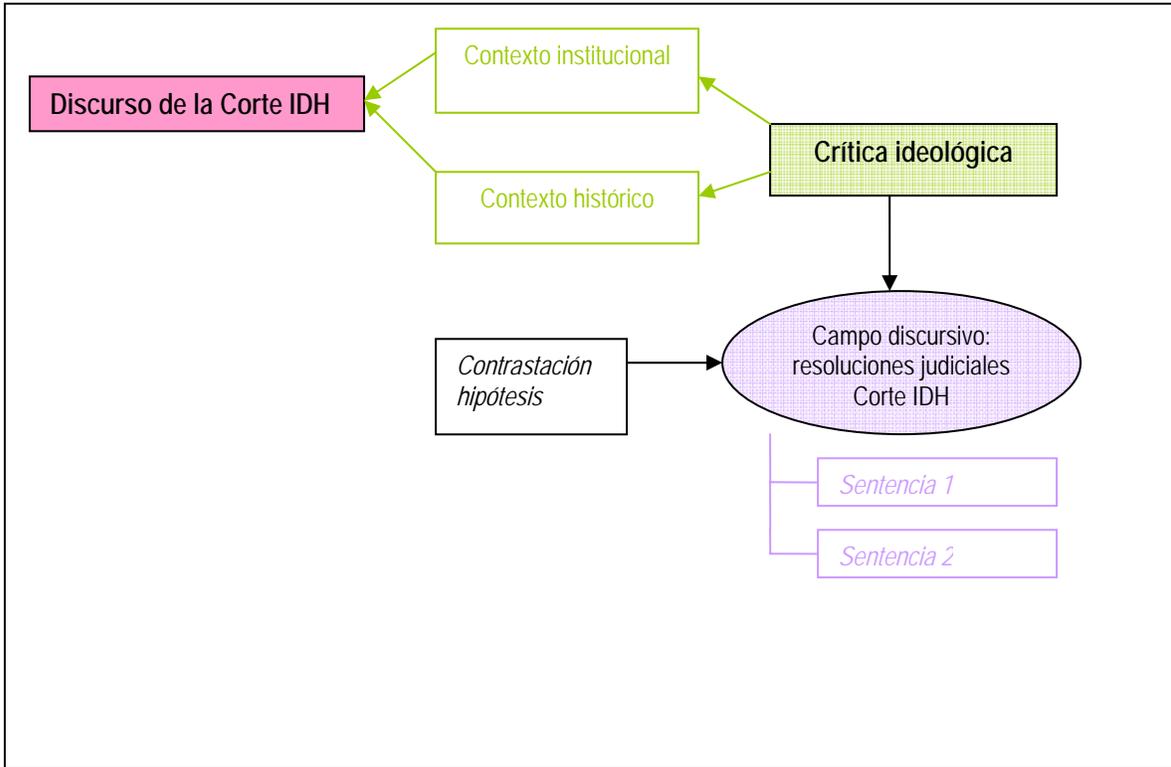
5. Estructura de la tesis

Diagrama 1. Primera Parte



Fuente: elaboración propia, 2007.

Diagrama 2. Segunda Parte



Fuente: elaboración propia, 2007.

I PARTE

Teoría de la ideología y derechos humanos

1. Introducción al problema

“...en la actividad judicial hay espacios de poder específicos y en parte insuprimibles que es tarea del análisis filosófico distinguir y explicar para permitir su reducción y control”.
Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (1989).

a. Ideología, lenguaje y derechos humanos

Cuáles premisas

Los principios que constituyen los ejes de los sistemas de protección son la *dignidad* del ser humano, la *libertad* y la *igualdad*, de los que se derivan el principio de *universalidad* en la aplicación de los DH, y su *carácter absoluto e inalienable*. Por otro lado, está el principio de *la indivisibilidad* de los DH, en el sentido de no considerar que exista una jerarquía entre ellos y, más bien, verlos como interdependientes. El trabajo se enfoca sobre todo en la aplicación de estos principios en el sistema interamericano y la forma en que son fundamentados en el discurso de DH en general.

El principio de la Indivisibilidad vs. la perspectiva histórica.

La indivisibilidad conlleva una *ahistorización* de las llamadas ‘generaciones de DH’, que es una de las razones por las cuales se ha dejado de lado la consideración de sus raigambres en el pensamiento político y religioso. Tal neutralidad también es propiciada por el discurso jurídico, el cual en su normatividad no suele explicitar el vector de valores epistémicos y los paradigmas de los cuales parte; si bien, en las justificaciones de las resoluciones se dejan entrever tales valores.

El principio de la indivisibilidad responde en un primer término – aunque no exclusivamente¹ – a una estrategia utilizada por los defensores y jueces de DH para hacer exigibles los derechos que no se consideran justiciables, al vincularlos con aquellos que en los instrumentos internacionales sí califican como tales, cuales son los derechos civiles

¹ Se verá en el desarrollo de este trabajo que otro motivo para la indivisibilidad es la lógica monista y unitaria que permea varias nociones base de la ideología de DH.

y políticos. En segundo lugar, dada precisamente la diferenciación en el contexto socio-histórico en el que se reivindicaron los derechos de las diversas generaciones y, consecuentemente, la diferencia en la definición de su identidad, sus ámbitos y fronteras, el análisis jurídico no está exento de la necesidad de tomar decisiones acerca de cuál derecho debe prevalecer en un caso determinado.

No obstante, dado que no se quiere crear una jerarquía sino dejar esa decisión al juez, se habla de una indivisibilidad. Dicha categoría permite que el juez emita su criterio de acuerdo con una serie de valoraciones políticas, valoraciones doctrinales, la consideración de los ‘hechos probados’ del caso y el juego de poder en el momento, dentro del cual la Corte IDH es un actor político activo que se resguarda a la sombra del discurso especializado y supuestamente técnico.

Tal indivisibilidad da pues una coherencia al discurso de los DH que le hace ver como unitario. Ello ayuda a satisfacer una necesidad de legitimación y, sobre todo, de universalización del discurso, que es muy propia del mundo occidental². Se verá también cómo una característica de la revolución burguesa fue esa misma tendencia a la universalización de la lucha por los DH a todo el “tercer estado” del que formaban parte (el que incluía al común de la plebe), con el objeto de darle mayor peso político a sus aspiraciones frente a la nobleza, el clero y el régimen absolutista³.

En cualquier caso, la coherencia de un universo discursivo es difícilmente asequible, si no imposible, aún en el caso de un discurso jurídico que dado su carácter vinculante, es impuesto y elimina la posibilidad de institucionalización de discursos alternativos que

² Arieli explica las razones históricas por las cuales en occidente se tiende a universalizar las formas de pensamiento, de manera que se formulan postulados que se dicen aplicables a todo el mundo. Este fenómeno comprende a los DH, los cuales, tecnificados, despolitizados y universalizados, se vuelven en teoría aplicables a cualquier contexto socio-cultural, por más ajeno que le sea a este último una concepción de sujeto y de derechos como la formulada en ese discurso. Ver ARIELI, Yehoshua, “On the necessary conditions for the emergence of the doctrine of dignity of man and his rights”. En: KRETZMER, David, KLEIN, Eckart, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse. The Minerva Center for Human Rights, The Hebrew University of Jerusalem. Tel Aviv University. Kluwer Law International. The Hague, 2002. p.15.

³GINER, Salvador, Historia del Pensamiento Social. Ariel Historia. Décima Edición. Barcelona, 2002. p.353 y 354.

puedan llegar a tener el mismo ámbito de influencia. En el caso particular de los DH, se observa la presencia de una serie de paradojas y contradicciones propias, y otras que le han sido heredadas del Derecho como ‘disciplina’. El panorama es más bien el de un discurso que se resquebraja y pone así en entredicho su legitimidad y efectividad.

Una de las primeras dificultades que se encuentran a la hora de sostener la indivisibilidad y coherencia de los DH, es que las llamadas ‘generaciones’ responden a distintas racionalidades y, consecuentemente, a distintas visiones del el sujeto, la sociedad y las relaciones de poder.⁴ Por otro lado, como se verá más adelante, los DH más que un designante rígido, son dotados de sentido por otros significantes que tienen perspectivas incluso encontradas.

Offe apunta que, incluso dentro del régimen político liberal – en el que se inserta la primera generación de derechos –, a lo largo del tiempo se han debido hacer adaptaciones para que la llamada “*libertad burguesa*” (preeminencia del principio libertad) coincida con la “*democracia de masas*” (preeminencia del principio igualdad)⁵, bajo la cual se conciben otra serie de DH. De modo que, incluso en el marco de los países que en la actualidad consideran que poseen un régimen democrático-liberal, la interpretación de los DH no está exenta de debate y de ajuste.

Al tomar en cuenta lo anterior, se tiene que la determinación de una definición de trabajo – sobre todo en el ámbito judicial – de DH no es sencilla ni puede pretender asentarse de forma estática en postulados jusnaturalistas. Así por ejemplo, desde la firma de la Declaración Universal de DH ha habido muchas variantes de dicha definición, expresadas en el ámbito normativo, institucional y en diversos sectores académicos y sociales. Dichas variantes son posibles, por una parte, dada la indeterminación propia del concepto y, por otra, si se considera lo que Laclau y Žižek denominan ‘el efecto retroactivo del

⁴ Sobre esto se ahondará en la tercera parte. Ver en este sentido, GALLARDO, Helio, Fundamento y efectividad de los DH. Perspectiva socio-histórica. Resumen del autor de su conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, noviembre de 2005. p12

⁵ En cuanto a las formas que asumió la democracia liberal para su sostenimiento, para salvar la contradicción entre la libertad burguesa y la democracia de masas, véase, OFFE, Klaus, Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales. Editorial Sistema, México, 1999. p.55 y 56.

nombre'. Es decir, que la existencia de la noción de DH se sostiene en el significante mismo – el nombre 'derechos humanos' –, *droits de l'homme*, más que en un referente empírico que nunca existió, o en un contenido particular⁶.

La carencia de referente se resuelve si se concibe a los sistemas de protección de DH y a los DH mismos como instituciones imaginarias que son, como cualquier institución, expresiones históricas de lo simbólico, más allá de cualquier intento de funcionalidad⁷. Tales instituciones ligan significantes a significados. Esto sería para Castoriadis, la vinculación de representaciones, órdenes, incitaciones, a un hacer o no hacer; ejercicio realizado de manera arbitraria por un grupo o sociedad en un momento dado. El significante luego no quedará fijo en ese significado, sino que puede cambiar su contenido muchas veces⁸.

Pareciera algo evidente hablar de los DH como una institución, pero en el ordenamiento jurídico, la naturaleza de los DH es trascendental, propia de cierta concepción del ser humano. Esa trascendencia se debe en gran parte a las raíces estoicas y judeo-cristianas de la noción, pero también ese carácter etéreo es resultado de un proceso de naturalización. Este, como se verá luego, es un mecanismo ideológico que vuelve a los DH incuestionables y petrifica no solo las garantías que su formulación plantea en el plano normativo, sino ciertas relaciones de dominación.

Filosofía y derechos humanos.

Usualmente, cualquier operador del derecho conoce los principios de DH *supra* mencionados, pues ellos rigen instrumentos básicos como la Constitución o la Convención Americana de DH. De lo que no suele hablarse en ningún curso de pregrado de Derecho en Costa Rica, pese a que sí existe literatura al respecto, es de la razón de ser

⁶ ŽIŽEK Slavoj, *El sublime objeto de la ideología*. Siglo Veintiuno Editores. Argentina, 2005. p.16-17, Prefacio de LACLAU

⁷ CASTORIADIS, Cornelius, *La Institución Imaginaria de la Sociedad. Tomo I*. Tusquets Editores. Primera Edición. Barcelona, 1983. p.219, 227-228. Definición de la institución como una red simbólica socialmente sancionada en la que se combinan un componente funcional y uno imaginario, donde la alienación sería el resultado del predominio del momento imaginario.

⁸ *Ibid*, p.201 y 206.

de tales principios. No se mencionan sus orígenes en la historia de las ideas y, menos aún, las contradicciones e imposibilidades de aplicación práctica y armónica de tales principios, de la forma en que se establece en la doctrina y el discurso político. No se habla de la función ideológica que cumplen en la creación de una fantasía que está en constante choque con lo que acontece en la cotidianidad de los individuos, y que atenta contra la posibilidad misma de la utopía que desea alcanzar.

La función ideológica

El defensor de DH ante el sistema internacional de protección de los DH y el juez en el Derecho Internacional de los DH, juegan con la metafísica de estos derechos, a la vez que muchos de ellos en alguna medida reconocen para sus adentros que la retórica no es suficiente para darles efectividad. Al mismo tiempo, saben que su posición de emisores del discurso, por un lado, les fortalece y les perpetúa como institución y, por otro, les permite definir qué es un derecho humano: el ámbito y las fronteras de la noción.

Las repercusiones del uso de una versión metafísico-jusnaturalista de la idea de los DH, se ve en el evidente contraste entre la realidad y lo estipulado tanto en los diversos instrumentos jurídicos de protección, como en las resoluciones judiciales. En palabras de Haba, hay algo particular en el discurso de los DH que le impide fluir libremente del nivel semántico, consistente en lo que está escrito en el texto, al nivel pragmático, que se traduce en conductas⁹ y, agregamos, en acción política, efectividad social. Haba enfatiza en el rol indispensable del intérprete para que el lenguaje del derecho “funcione”.

La labor judicial, ¿dónde queda?

Se considera que, en el caso del Derecho Internacional de los DH, no basta con un intérprete y una resolución para que el discurso se vuelva efectivo. No solo es insuficiente, sino que la interpretación de un conjunto normativo de textura abierta por

⁹ HABA MULLER, Pedro Enrique, *El Derecho como “programa” y la “cabeza” del juez*. Versión Parcial de la exposición efectuada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay. 24 de noviembre de 1992. p.51 y 52 de la transcripción.

parte de un juez de la Corte Interamericana bien podría no contribuir especialmente ni en la funcionalidad de los DH como ideología – y el consiguiente sostenimiento del *statu quo* –, ni en su configuración como proyecto de autonomía individual y colectiva (esto sería, como proyecto revolucionario).

La textura abierta del lenguaje utilizado en las normas que contienen DH, heredada de la vaguedad de la definición y de la imposibilidad de aprehender las nociones trascendentales que los sustentan, crea problemas de efectividad. El problema de definición se cubre con la universalización de los DH, la promoción de maneras de interpretación unívoca y mediante una limitación de las entidades que pueden hacer una formulación jurídica de los derechos. Todo lo anterior les hace ver como una estructura indivisible, interdependiente, autosuficiente, suprema, única.

Para que una doctrina universal sea aceptada en cualquier espacio socio-cultural, debe ser precisamente descontextualizada. Y las inconsistencias se difuminan en un texto jurídico las más de las veces de corte formalista, esencialista y emotivo, que apela a la buena fe de la humanidad entera, en toda su diversidad y condiciones, para que esta pueda interiorizar tal universo paralelo sin cuestionarlo. Una especie de colonización ideológica: la imposición de un discurso más allá de todo posible relativismo epistemológico y cultural, y más allá de una perspectiva alternativa del sujeto.

El lenguaje consciente

La *textura abierta* es una modalidad de imprecisión semántica. Llamada también “vaguedad potencial”, se refiere a palabras que designan algo ‘que no puede terminar de ser descrito’, cuyas propiedades cambian o no pueden terminar de ser enumeradas. Ante el descubrimiento o creación de propiedades o características más relevantes, la palabra misma debiera cambiar, pero no es cambiada, en una primacía del significante sobre su

contenido.¹⁰ La palabra más bien gana abstracción y, consecuentemente, puede ser utilizada en más y más contextos. Esta flexibilidad es propia del lenguaje cotidiano. Por ello, Haba considera que ‘la doctrina de los DH’ no es en realidad tal, pues su condición semántica es igual a la del lenguaje común, el cual está compuesto por palabras que presentan una amplia zona marginal de vaguedad.

Con respecto al tema de la vaguedad, menciona Sartori: “*Todavía hoy, gran parte de los planteamientos de los problemas políticos de fondo están referidos, aun sin saberlo, a los planteamientos que recibieron estos problemas en el dominio especulativo.*”¹¹. Con ello hace alusión al problema en el uso de las palabras, la construcción de categorías y objetos de estudio en la Ciencia Política; problema que se extiende al campo de la praxis judicial y tiende a ser señalado en la crítica positivista. En el campo jurídico, se intenta teorizar sin muchas veces aplicar el ‘rigor científico’ que diferencia el lenguaje especializado de aquel que se usa diariamente, el que se caracteriza por aquella “*falta de conciencia de sí mismo*”¹².

La forma de usar el lenguaje no es apolítica: el empleo de una ‘terminología’ vaga y el no querer discutir acerca de los fundamentos es producto de decisiones, sean estas deliberadas o inconscientes, automáticas. Con cierto uso del lenguaje podría buscarse la consolidación de los DH como valores morales universales exigibles. Y la idea de dejar de lado su discusión y concentrarse en ‘hacer la protección del ser humano efectiva’, como alegan algunos autores, es consecuente con la defensa de los DH como una moral objetiva incuestionable. Así también, las formas actuales que asume la idea de los DH en el ámbito judicial son una expresión de la función social del discurso jurídico, consistente en legitimar las formas de dominación existentes.¹³

¹⁰ Ver NINO, Carlos Santiago, Introducción al Análisis del Derecho. Editorial Ariel S.A. Tercera edición. Barcelona, 1987. p.265 y 266. En cuanto a la primacía del significante, es un tema que se abordará en el marco teórico en detalle.

¹¹SARTORI, Giovanni, La Política. Lógica y Método de las Ciencias Sociales. Fondo de Cultura Económica. Tercera edición. México D. F., 2002. p.13.

¹² *Ibid*, p.19.

¹³ En este sentido véase por ejemplo, HABA MULLER, Enrique Pedro, “¿De qué viven los que hablan de DH? (tres tipos de discursos-dh: ‘de’, ‘para’, ‘con’” En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Costa Rica. No.23. San José, 2003. p.879.

Sobre esto se volverá más adelante. Por ahora, basta con enfatizar la relevancia de vincular la teoría de la ideología y el discurso de los DH, sobre todo en su expresión jurisdiccional. Esto con el objeto de cuestionar, de abrir el debate, en vez de seguir promoviendo el ascenso a un nivel dogmático-doctrinal de un discurso que no se basta a sí mismo, que no puede presentarse como un universo simbólico sin fracturas, que ha logrado legitimarse a sí mismo pero no lo suficiente como para satisfacer su ambición de universalización y poder dar siempre el salto de la semántica a la cotidianidad. Hay que bajarlo de esa trascendencia socialmente construida en la que su justificación y su lógica se vuelven indiscutibles; en la que el discurso se vuelve estático, pese a la crisis de la modernidad, los embates del relativismo, todo lo cual le obliga a reformularse, a pensarse, a hacerse consciente de sí mismo.

Contradicción, contingencia, conflicto, paradoja

El problema del discurso de los DH en este caso, como se viene mencionando, es su caída inevitable en contradicciones importantes, ya sea en su formulación inicial, o bien, en su formulación en “la cabeza del juez”. Incluso en un nivel “pragmático”, como se mencionó antes, se ve al juego metafísico tomar un giro imprevisto cuando desde el ejercicio del poder se actúa, en nombre de los DH, en contra de los fines establecidos por los instrumentos de protección de tales derechos.

En relación con la contradicción, no se niega la posición de Žižek y de Ricoeur (este último toma a Mannheim) en cuanto a lo inevitable de la incongruencia a lo interno del individuo y en la identidad colectiva o imaginario social, como parte del ejercicio subjetivo de construcción de la realidad:

“[...] los individuos así como las entidades colectivas están relacionados con sus propias vidas y con la realidad social, no solo según el modo de una participación sin distancia alguna, sino precisamente, según el modo de incongruencia. Todas las figuras de incongruencia deben ser parte de nuestra pertenencia a la sociedad. Creo que esto es cierto hasta el punto que la imaginación social es parte constitutiva de la realidad social.”¹⁴

¹⁴ RICOEUR, Paul, *L'idéologie et l'utopie*. Le Seuil, 1997. Versión traducida al español parte de la antología Derecho y Utopía del curso de Filosofía del Derecho II en la Universidad de Costa Rica. San José, 2003. p.46 y 47 de la antología de cita.

La tensión antagónica y la presencia de contradicciones son situaciones propias de la condición humana y la contingencia que circunda e impregna a los sistemas sociales. Pero también las formas que adquiere el discurso dependen de quién se apropie de él y con qué fines. Los usuarios del lenguaje son miembros de diferentes grupos sociales y pueden exhibir identidades grupales y lealtades en conflicto en su habla y texto.¹⁵ De manera que las contradicciones podrían ser evitadas, disminuidas o propiciadas.

Los DH, como la democracia, son utopías por muchos anheladas que en multitud de casos se deshacen en la deslegitimación a la que conduce el proceder de aquellos que aprovechan la indeterminación de la noción para utilizar a los DH en la promoción de regímenes o medidas autoritarias o totalitarias. O bien, la deslegitimación ocurrida por el proceder de grupos de poder que crean instrumentos de DH que invisibilizan situaciones de violencia o dilemas éticos que supuestamente ya están siendo resueltos por el ‘reconocimiento’ de un nuevo derecho. A esto último le llaman algunos autores el platonismo o fetichismo de las ideas, y de los derechos¹⁶.

Si se quiere, se puede dejar de lado la palabra “contradicción” y hablar de “conflictos” en el discurso de los DH que deben ser procesados por el sistema social en aras de su adaptación y sobrevivencia. En el caso de los DH, se considera que la crisis de sentido se vuelve ineludible, no asimilable y por ende, hace falta una reflexión acerca de las bases del discurso de los DH.

Puede hablarse también, tomando a Žižek, de *paradojas*. Una paradoja es un argumento que llega a una conclusión contradictoria. Las premisas parecen ser ‘verdaderas’, los argumentos válidos, pero las conclusiones son ‘falsas’ o contradictorias. La existencia de una paradoja demuestra que no se ha captado todos los posibles contenidos de ciertos

¹⁵ VAN DIJK, Teun A., “El discurso como interacción en la sociedad”. En: VAN DIJK, Teun A. (compilador), El discurso como interacción social. Estudios sobre el discurso II. Una introducción multidisciplinaria. Editorial Gedisa. Barcelona, 2000. p.57.

¹⁶ Ver en este sentido, GAETE, Rolando, Human Rights and the Limits of Critical Reason. Dartmouth Publishing Company Limited. Cambridge University Press. Inglaterra, 1993. p.14-15.

conceptos, ni la lógica o lógicas que hay detrás de ellos. Las paradojas usualmente obligan a aprender más sobre los conceptos involucrados¹⁷.

Derechos Humanos: la metafísica sin límites

Un problema que surge ante la textura abierta es que en realidad no hay forma de solucionarla. No hay manera de definir los DH si no es partiendo de postulados indemostrables propios del contexto histórico en el que surgió la idea de DH y su correlativo, los derechos naturales. Los postulados se presentan en un lenguaje abstracto que en la actualidad ha perdido mucho de su sentido original para las personas. Y es que las sociedades occidentales hoy en día plantean dilemas distintos y parten de una visión de mundo diversa a aquella del momento en que construyó esta idea, por lo que la definición de DH y sus formulaciones normativas se quedan cortas y deben ser sujetas a interpretación y adaptación por parte del juez o jueza.

Se trata de la evolución de las instituciones imaginarias, a pesar de la posibilidad de una pérdida total de su funcionalidad. En el caso de los países *no* occidentales, hay que empezar por introducir una visión de mundo distinta, que incluye por ejemplo la preeminencia del individuo sobre la colectividad¹⁸, la relevancia de los derechos de propiedad privada y libre comercio y la lógica secular o, al menos, el vínculo de los DH con preceptos religiosos no judeo-cristianos (islámicos, budistas, etc.), lo cual conllevaría necesariamente a una concepción distinta de tales derechos.

Se tiende a volver una y otra vez a ese núcleo esencial, metafísico, ineludible, antiguo. Se mezclan las formas iniciales de la noción de DH con situaciones y racionalidades que no fueron planteadas en la Revolución Francesa, la estadounidense, o en el momento de la

¹⁷ En cuanto a la definición de paradoja y su relación con el contenido de los conceptos ver, TYOMOCZKO, Tom y HENLE, Jim, Razón, dulce razón: una guía a un campo de la lógica moderna. Editorial Ariel. Barcelona, 2002. p.21-22.

¹⁸ En lo relativo a la preeminencia del individuo como un valor puramente occidental, ver MATHIEU, Bertrand. Curso de posgrado “Derechos Fundamentales” (*Droits Fondamentaux*) en la Universidad de la Sorbonne, París. Transcripción de la grabación de las clases por Ariana Macaya Lizano. París, 2007.

firma de la Declaración Universal de DH. Con ello aumentan los conflictos, la distancia entre realidad fáctica y semántica, la extensión o restricción de los derechos.

En este juego entra el Sistema Interamericano de Protección de los DH intentando salvar la distancia entre los principios base de la Convención Americana de DH y la ‘realidad’, entre la ratificación por parte de los Estados de los instrumentos de DH y las formas de pensamiento y de praxis política de las sociedades latinoamericanas actuales, que no siempre toman en cuenta tales obligaciones constituidas o bien las interpretan de otra manera.

A la consideración acerca de los modos de interpretación de los DH en las sentencias y recomendaciones y otras prácticas de estos organismos tendientes a mantener dichos instrumentos ‘vivos’, añádase la variable de la lógica institucional, según la cual la Corte IDH y la CIDH deben asegurar su relevancia y permanencia en la región, y hacer ver su valor a cada paso en el marco de un sistema – la Organización de Estados Americanos (OEA) – donde el apoyo y la cuota de poder que se les da es solo la necesaria para asegurar su subsistencia como organismos legitimadores y de apoyo de ciertas políticas y geopolíticas.

Otra consecuencia de la indefinición de la noción es el *numerus apertus* o la formulación ilimitada de DH. Ya sea que se parta de la lógica de libre creación de derechos o que se presenten como derivados de principios y derechos ya existentes, el *numerus apertus* roza con la consistencia de la idea de los DH. A modo de ilustración, considérese la jurisprudencia de la Corte en cuestión, en la que el derecho a la vida se ha expandido al de calidad de vida, e incluso a derechos de “*proyectos de post-vida*” y de reparación del “*daño espiritual*” en una un voto razonado de un afamado juez de la Corte IDH, cuya forma no se asemeja en lo absoluto al tradicional texto judicial:

“2. Al indicar en mi voto razonado en el cas d’espèce, los fundamentos de mi posición sobre los múltiples aspectos del tema en cuestión, de la forma en que los percibo, desarrollaré pues tres líneas de reflexión. En la primera, trataré los siguientes temas: a) la subjetividad jurídica de la persona en el derecho internacional; el desarraigo como un problema de derechos humanos confrontando la conciencia jurídica universal; c) la proyección del sufrimiento humano en el tiempo; y d) la ilusión de lo “posmoderno” y la incorporación de

*la muerte en la vida. En la segunda reflexión, me explayaré en los siguientes puntos: a) la mortalidad y su relevancia ineludible para los vivos; b) los deberes de los vivos para con sus muertos; y c) los deberes para con los muertos en los orígenes del derecho internacional y del derecho interno. Y, en la tercera [reflexión], presentaré mis consideraciones, enteramente de lege ferenda, de lo que pienso debiera ser llamado: a) el paso del derecho al proyecto de vida al derecho al **proyecto de post-vida**; b) la configuración del **daño espiritual**, más allá del daño moral; y c) mis consideraciones finales en la forma de una súplica contra el olvido.*

3. Algunos de los pensamientos que desarrollo aquí son, hasta donde sé, expuestos por primera vez, particularmente la tercera línea de reflexiones, en cuanto al derecho al proyecto de post-vida y la configuración del daño espiritual en el sentido que lo concibo: más allá del daño moral, enfocándome en la persona humana en su vida y su post-vida. No he visto que hayan sido aún considerados, en ningún nivel, por los llamados ‘centros de excelencia académica’ de las sociedades post-industriales, donde los autores normalmente se entretienen en citarse mutuamente, estando de acuerdo o en desacuerdo, revelando una combinación de parroquianismo con auto-suficiencia, y casi invariablemente en su propio y común lenguaje, aparentemente desconectado, en gran medida [sic], de los problemas cotidianos que afligen al ‘común de la gente’.

4. De mi parte, me siento enteramente libre, además de obligado, a dar expresión de mis pensamientos sobre los puntos arriba mencionados, al vivir (y estar radicado en), como lo estoy, in extremis, en la ciudad surrealista de Brasilia, en el medio de la nada, donde el atardecer convincente y la penetrante luz de luna por mucho abruman y superan, según mi propia percepción, al frenesí arquitectónico ‘ultramoderno’. Al no estar ni impresionado ni sentirme constreñido por el “post-modernismo”, en lo absoluto, siento que puedo valorar apropiadamente las penas de los Maroon N’djukas de la Comunidad Moiwana, en el presente caso que les opone al Estado de Surinam.”¹⁹ (negrita no es del original)

En el ámbito de la política internacional, véase la vacuidad en el uso discursivo del derecho al “desarrollo”, que es un concepto que ha sido definido de maneras muy distintas a lo largo de los últimos siglos. Solo en la teoría va desde la visión neoclásica del desarrollo como crecimiento económico, hasta la humanista del desarrollo humano sostenible, la que incluye educación integral y equidad y no solo prosperidad económica.

La creación de derechos sin embargo, implica muchas veces no complementariedad, sino la restricción de unos derechos por otros y el enfrentamiento entre ideologías distintas, y ese es un punto que usualmente no se percibe o que se prefiere no discutir, sobre todo en el ámbito jurisdiccional. En este sentido, afirma Mathieu: “...*Mais cette création constante de nouveaux droits limite et fragilise les droits existants. Un droit entre*

¹⁹ Corte IDH. Voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia del 15 de junio de 2005. serie C, No. 124. Extracto de sus “observaciones preliminares”, puntos 2 al 4. Traducción libre del inglés al español. Se suele dejar el idioma original para mayor precisión, pero dada la extensión del extracto seleccionado, se conserva solo la traducción.

*toujours en conflit avec un autre droit. Si on multiplie les droits, on multiplie les conflits*²⁰”

La definición de DH en la actualidad y el contenido de cada derecho humano cambian dependiendo del contexto espacial, el discurso y la intención con el que se emita ese discurso. Hay variantes en el contenido y uso de los DH en los diversos discursos ambientalistas, feministas, indigenistas, etc.; en el discurso que se emita en una movilización social y el pronunciado por un candidato a la presidencia o un juez.

Así también, la Convención Americana de DH es en muchos aspectos distinta por ejemplo a la Convención Europea de DH, y la diferencia entre los sistemas de protección americano y europeo es aún mayor. Si bien, Corte Europea y Corte Interamericana intentan muchas veces fundamentar de manera similar sus resoluciones, y la una toma la opinión de la otra como algo de gran valor. Lo anterior pese al hecho de que América Latina y Europa no son regiones comparables. Se apela aquí nuevamente a la universalización y homogenización de legislaciones en pos de los DH, aunque eso signifique también, en cierta medida, la imposición de formas de hacer y ver la política por parte de los jueces y el sistema que los respalda (la OEA, la Unión Europea) sobre los Estados.

Los DH se relacionan en tal medida a la ética y la moral, dado su fuerte vínculo con el Derecho Natural, que la supuesta línea que debiera dividir las convicciones, preferencias, intereses y jerarquías de valores del juez y del político de la interpretación “técnico-jurídica” de la norma en el caso del primero, y del ‘programa de gobierno en pos de las necesidades del pueblo’, en el caso del segundo, se desdibuja aún más.

Particularmente en la práctica política, esto ocurre en la formulación e implementación de políticas públicas, las cuales quedan a discreción del partido, el sujeto electo, o los

²⁰ MATHIEU, *vid supra* nota 18. “...mas la creación constante de nuevos derechos limita y torna frágiles los derechos existentes. Un derecho está siempre en conflicto con otro derecho. Si se multiplican los derechos, se multiplican los conflictos.” (traducción libre). Esta teoría no es manejada por la Corte IDH, la que no habla de la colisión de derechos sino de preeminencia de uno sobre los demás. Con respecto a esto ver el Capítulo 3 de la Segunda Parte.

funcionarios de una institución, todos los cuales pueden o no sentir empatía por los migrantes, los ‘delincuentes’, los travestís, los niños y niñas que viven en la calle y otros grupos marginados. Conforme a ello, impulsarán determinadas acciones inclusivas o excluyentes y se otorgará o no un presupuesto. No importa si las acciones tomadas son contrarias o no a una doctrina de los DH tal y como la formula la Corte IDH e incluso se usará los DH como bandera.

Es el ámbito del Derecho, sobre todo del Derecho Internacional de los DH, se puede tomar conciencia y explicitar los postulados ideológicos tras instrumentos tales como la Declaración Universal de los DH y, en el caso del Sistema Interamericano, la Convención Americana de DH. El marco ideológico de esta última va fuertemente vinculado al de la OEA. En el Derecho Constitucional, la Constitución usualmente incluye otra serie de elementos que permiten, si se quisiera, una interpretación de los derechos fundamentales limitada al sistema axiológico establecido en un determinado régimen político. Aunque ciertamente la determinación de ese régimen se hace también desde la lectura de la Constitución, pues palabras como “democracia liberal” pueden tener un contenido diverso o ser usadas simplemente de forma persuasiva.

El núcleo suave

Aunque los DH sean un discurso moldeable y vago, por más que se intente, parece no poder alejarse de una “esencia”, cual sería la idea de la protección de los más ‘débiles’, para usar el término nitzcheano, de aquellos que ostentan el poder hegemónico. Tal es la idea con la que se revivió a los derechos naturales en la revolución burguesa y que les mantiene vivos en el imaginario colectivo hasta el día de hoy. Es la convicción que el sujeto de derechos es sagrado o “digno” y “libre”, como axioma eje del que se han derivado la creaciones normativas y jurisprudenciales de los DH.

Es una ética pseudo-secular no muy elaborada, más bien algo intuitiva, de un mínimo respeto, consideración, empatía por el otro, por el solo hecho de que el otro y yo no somos distintos y porque si no se sigue tal actitud, no se tendrá nunca una sociedad

armónica, pacífica y feliz. Ideas comprensibles desde una ideología cristiana por cierto, con las influencias que esta tuvo de la antigua Grecia.

Creer en ello es asumir una forma de hacer las cosas que se traducirá al campo de la práctica política; ya sea que el juez, el político o el ciudadano posean esa sensibilidad o simplemente se sientan compelidos legalmente a respetarlo pues hay un orden constitucional que propone dicho vector de valores. Algunos autores critican el uso de axiomas, pero en Derecho, esto es difícilmente evitable, en particular en el caso de los DH. Esto no quiere decir, como se mencionó anteriormente, que de manera inevitable se caiga en una falacia de naturaleza y se deba pensar que el axioma corresponde a una realidad. O bien, que el axioma ha descendido de un plano superior como una verdad revelada.

Así pues, la presencia de ‘postulados indemostrables’ como igualdad, libertad y dignidad no salva a los DH de su vaguedad ni les confiere un “núcleo duro” del que aferrarse, en la medida en que el contenido de estos principios esté aún en discusión. Más aún cuando tales principios responden a lógicas distintas, de las cuales se derivan derechos que pueden colisionar. Hasta los mismos principios encuentran interpretaciones distintas dependiendo de la cultura jurídica y la ubicación geográfica.

Por ejemplo, en el derecho continental y el derecho anglosajón se da una lectura distinta a los principios de dignidad y libertad, dándose una preeminencia del segundo sobre el primero en el derecho anglosajón, y viceversa en el caso del derecho continental²¹. Por otra parte, el único referente tangible en el término DH, es decir, el ser humano, también está en discusión con las nuevas convenciones acerca de bioética, el tema del aborto, y el determinar cuándo empieza la vida humana. El ser humano como sujeto es también una construcción social.

Se identifican diversos niveles de complejidad del problema:

- Postulados indemostrables con lógicas distintas que crean derechos *ad infinitum* que pueden colisionar entre sí.

²¹ *Ibid*, en lo relativo a la lógica distinta de los principios.

- Discusión abierta acerca de la definición del sujeto de los DH.
- El lenguaje indeterminado con el que se presentan los postulados y los derechos desdibuja la separación entre Derecho y moral y consecuentemente deja margen al juez para amplias interpretaciones.
- La presencia de contradicciones y paradojas en el discurso, dada la convivencia de racionalidades distintas que tratan de ser amarradas y ocultadas ineficazmente con principios como la universalidad, la indivisibilidad y el carácter absoluto de los derechos.
- Choque entre la doctrina del Derecho Internacional de los DH y nuevas o arraigados paradigmas epistemológicos que rompen con la modernidad occidental y consecuentemente con: la verdad categórica de los DH, la trascendencia del concepto del hombre, el pensar la retórica judicial como razonamiento crítico, entre otros²².

b. Crítica Ideológica: un ejercicio que abre al diálogo y no lo cierra

En su obra *Crítica de la Razón Cínica*, Sloterdijk manifiesta que la crítica ideológica es sarcasmo puro. La crítica opera como una espada que busca destruir el discurso del otro, de manera tal que el vencedor pueda establecer una jerarquía entre su modo de pensar y el de su “contrincante” cerrando a la vez la oportunidad de diálogo. El discurso del vencedor vale más, porque fue capaz de destruir el ajeno, que es inferior, porque fue destruido. Y el perdedor pierda toda subjetividad; se vuelve aparato. El sujeto cosificado se resiste, responde a la beligerancia de la crítica ideológica mas para el crítico, su mecanismo de resistencia no libera al aparato de la culpa de haber caído en errores e ilusiones.²³

“La crítica de la ideología significa la continuación polémica con otros medios de diálogo fracasado. Ella declara la guerra de conciencia incluso donde todavía se manifiesta tan grave y “apolémica”. Y de acuerdo con la cosa misma, la regla de la paz está fuera de vigencia. Aquí se pone de manifiesto que no hay ninguna intersubjetividad que no sea igualmente una interobjetividad. En el

²² En lo relativo a la deconstrucción de los principales supuestos del discurso de los DH al término de la modernidad (para quienes consideran las categorías modernidad y posmodernidad y que la primera ya finalizó) y su injerencia en el cambio del discurso ver GAETE, *vid supra* nota 16. p.4.

²³ SLOTERDIJK, Peter, *Crítica de la Razón Cínica*. Editorial Siruela. Madrid, 2003. p.54.

golpear y el ser golpeado ambos partidos se convierten recíprocamente en objetos subjetivos."²⁴

Particularmente en el marco del análisis filosófico de los DH, dicha posición "acrítica" fue sostenida por Rolando Gaete en su libro *Human Rights and the Limits of Critical Reason*²⁵ aduciendo que no le parecía válido criticar un discurso si no tenía otro con el cual sustituirlo:

*"Asking about the limits of critical reason is itself critical but in a different way. The inquiry will be critical because it will attempt to 'mark out the location of a form of thought, describe its boundaries, indicate its limitations, and bring out its implicit assumptions and...undercurrents (Barnet, 1940, 114). But this task is not so much that of an ideology critique, of a hermeneutics of suspicion, governed by the will to get to the truth and to tear apart all the ideological masks. Unmasking must be reticent when no alternative discourses on legitimation are offered.[...]"*²⁶

Finalmente, pese a la afirmación realizada, la llamada búsqueda de "los límites de la razón crítica", en muchas ocasiones en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense y la Corte Europea de DH, se convirtió en crítica ideológica, mediante la exposición de las debilidades del discurso judicial. El autor en este caso trató de separarse del término 'crítica ideológica' por la connotación negativa que le da Sloterdijk y, en general, por las definiciones usuales que se le da a la palabra 'ideología'.

La crítica ideológica es en realidad útil; es más bien la sacralización, neutralización o apolitización de un discurso la que coarta la posibilidad de que ciertos temas sean discutidos en el seno de una colectividad. Gaete, mediante esta afirmación sacraliza, pues presenta al discurso liberal de los DH como "intocable", o al menos algo que 'hay que tratar con cuidado', bajo la justificación ética y política que es mejor dejarle allí con sus contradicciones y flaquezas porque "no hay otro mejor" (para legitimar o sostener el *statu*

²⁴ GAETE, Rolando, *vid supra* nota 16. "Los derechos humanos y los límites de la razón crítica", sería el título en español.

²⁵ GAETE, Rolando, *vid supra* nota 16.

²⁶ GAETE, Rolando, *vid supra* nota 16, p.5: "*El inquirir acerca de los límites de la razón crítica es en sí misma una labor crítica pero de un modo diferente. La búsqueda será crítica porque intentará 'marcar la ubicación de una forma de pensamiento, describir sus límites, indicar sus limitaciones, y hacer ver sus suposiciones implícitas y...sus trasfondos' (Barnett, 1940, p.114). Pero esta tarea no es la de una crítica ideológica, la de una hermenéutica de la sospecha gobernada por la voluntad de llegar a la verdad y de destrozarse todas las máscaras ideológicas. El desenmascarar debe ser evitado cuando no se ofrecen discursos de legitimación alternativos.[...]*" (traducción libre)

quo) o porque “no se desea imponerse al otro”. En relación con esta posición especial de los DH, manifiesta Haba:

Esos dos calificativos [DH y derechos naturales]...Son fórmulas que se mueven antes bien en el plano axiológico que en el de lo empírico descriptivo, cumplen una función básicamente ‘emocionalizante’...Si alguna de estas calificaciones es aceptada para el objeto en cuestión, ella obra como un fundamento inimpugnable a los ojos de mucha gente, incluso de filósofos. Se supone que eso no requiere justificación ulterior, que no admite discusión...Son de orden sacralizante, obran a modo de ‘términos-bandera’, o sea, que tienden a suscitar una adhesión inmediata y no la discusión en torno a la legitimidad de lo presentado bajo esas etiquetas.²⁷”

Incluso si hubiere una propuesta mejor, como las relecturas y análisis de principios y de la jurisprudencia que hace el autor de cita al final de su libro, ¿no sería esto finalmente una ‘imposición’ de su discurso sobre el actual discurso de los DH? ¿Acaso no mostró las limitaciones de la jurisprudencia para luego superarlas con su análisis? Como quiera que se haga la crítica, de manera diplomática o abierta, no puede evitarse el conflicto, y no tiene porqué ser evitado.

Como respuesta a la ‘crítica a la crítica’ de Sloterdijk, la presente tesis parte de una perspectiva más amplia dada por la filosofía de la imaginación de Cornelius Castoriadis. Dicho autor, propugna que el ideal liberal propuesto en la Ilustración bien puede ser un proyecto de autonomía de una colectividad, siempre y cuando esté sujeto al diálogo y a la revisión. De otra forma, si se volviera estático y su existencia comenzara a justificarse desde lógicas heterónomas o extra-sociales, se convertiría en una forma de dominación.

Un proyecto de autonomía sugiere un proyecto colectivo inacabado, en constante cambio. Promueve una sociedad que crea sus propias normas, que se instituye para liberar el denominado ‘imaginario radical’ del individuo, que es el aspecto de su individualidad que se resiste. Es lo que luego será explicado como *che vuoi*, en la teoría de la ideología

²⁷ HABA MULLER, Enrique Pedro, “¿Derechos Humanos o Derecho Natural? (Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de ‘Derechos Humanos’)”. En: Anuario de Derechos Humanos 2. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derechos Humanos. Madrid, 1983. p.223.

de Žižek y Lacan. El individuo autónomo en sociedad fabrica instituciones y las destruye, mediante su propia actividad “*colectiva, reflexiva y deliberativa*”²⁸.

El proyecto de autonomía promueve la instauración de otro tipo de relación con la sociedad instituyente y la sociedad instituida; una liberación de la creatividad colectiva²⁹. La teoría castoridiana salva a la imaginación y al mito del lugar marginado y ridiculizado en el que se le colocó en la Ilustración a la vez que dichos conceptos dan una nueva dimensión a los problemas planteados por las rupturas de la modernidad. La igualdad y la libertad se presentan como significaciones sociales imaginarias inacabadas, presupuestas en la construcción de la noción de democracia y DH³⁰.

¿Qué diferencia a ‘la política’ – como aquello que lleva a un proyecto de autonomía en términos de Castoriadis³¹– de un poder instituyente que opera con una lógica instrumental y subordina al individuo? En el momento en que el discurso se comienza a basar en elementos extrasociales (heterónomos) y a volverse indiscutible para la persona media, se vuelve poder instituyente y alienante³². Entonces, no sorprende que los Estados Unidos impongan el discurso de los DH sobre una sociedad ajena a este, para legitimar el uso de la violencia explícita en el contexto de una política exterior dada. Esto con la misma naturalidad con la que la Corte Interamericana impone sus sentencias a un Estado que en un caso dado violó los derechos contenidos en los artículos de la Convención Americana de DH, al masacrar una comunidad.

Cuando se llega a ‘olvidar’ a tal punto “los fundamentos” de los DH en la praxis política, es que se dan fenómenos como el actual, de crear categorías de seres humanos – sujetos

²⁸ CASTORIADIS, Cornelius, El Mundo Fragmentado. Primera Edición. Editorial Nordan Comunidad. Montevideo, 1990. p.106.

²⁹ *Ibid*, p.106.

³⁰ Ver en cuanto a la imposibilidad de fundamentación racional de la igualdad y la libertad y la definición de estas como significaciones sociales imaginarias presentadas como presupuestos en constante reinterpretación, en tanto parte de un proyecto de autonomía (el democrático liberal): VERA, Juan Manuel, “Cornelius Castoriadis (1922-1997): La interrogación permanente”. En: Revista Iniciativa Socialista, número 48, Madrid, marzo de 1998. p.4

³¹ *Ibid*, p.106.

³² CASTORIADIS, *vid supra* nota 7, p.244 en cuanto a reificación, p.220 y 221 en cuanto a poder instituyente y poder instituido.

monstruums, como en el caso de los terroristas – para justificar la violación de derechos supuestamente universales como la no-tortura basando la política criminal en la diferencia y no la identidad³³.

El discurso de los DH puede volverse uno de resistencia solo en la medida en que sea sujeto a la deliberación y cambio por parte de las mayorías. El ideal de reivindicación del individuo frente al sistema, el ideal revolucionario, solo tiene potencial en la idea de DH si se recuerda a estos derechos como una fantasía ideológica de goce, armonía y utopía, que a la vez legitima el poder hegemónico y es institución histórica.

Los DH surgieron, y esto se vuelve claro en el caso de la Carta Magna en Inglaterra, y en el de Francia y los burgueses frente a la monarquía absoluta, como un enfrentamiento del individuo a un sistema³⁴. Paradójicamente, para que dicha reivindicación perdure, las instancias de poder, en particular el Estado moderno, deben reconocer dentro de su cuerpo normativo la existencia de dichos derechos. Al ser esto necesario, se ha vuelto también, como se mencionó antes, un elemento retórico-discursivo importante para el Estado la mención de los DH; sobre todo en su política exterior y la política electoral de las clases dominantes.

Finalmente, se defiende la crítica ideológica en tanto el cinismo se constituye también en un mecanismo ideológico. En el cinismo como ideología, “*ellos saben lo que hacen, pero aún así, lo hacen*”³⁵. Ya hubo un rechazo popular, un desenmascaramiento denominado “*kinismo*”. Se descubre “*el interés particular oculto tras una universalidad ideológica*”. Esa universalidad se revela como falsedad, egoísmo y violencia maquilladas con discursos desbordantes de pretendida nobleza; discursos que son ridiculizados por la gente, y sobre todo ridiculizado quien los pronuncia. A esto la cultura dominante

³³ En cuanto a los sujetos *monstruums* ver HUDSON, Barbara, Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity. SAGE Publications. London, 2003. p.203 y 206.

³⁴ En cuanto a entender a los DH como una forma de enfrentamiento del individuo ante el sistema, ver GALLARDO, Helio, *vid supra* nota 4. En cuanto a la mención de las características del surgimiento de los DH en Francia e Inglaterra, ver, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Colección Cursos. Universidad Carlos III. Madrid, 1995. Capítulo VI, “Los Modelos de Evolución Histórica de los Derechos Fundamentales”. P.5

³⁵ ŽIŽEK comentando a SLOTERDIJK, *vid supra* nota 6, p. 57.

responde con una subversión cínica y encuentra razones para ‘conservar la máscara’ y permanecer inmutable.³⁶

¿Dónde queda el discurso jurídico en toda esta puja de poder? La Organización de los Estados Americanos (OEA) sabe que las ‘cartas ideológicas’ de sus principales instituciones tienen como eje la defensa de la democracia y los DH. Aún así, otorgan a la Corte IDH un presupuesto risible y ningún apoyo político para el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Hay cinismo en la abierta disociación entre el lo que se dice al público y lo que se hace.

Sin embargo, como menciona Žižek, aquí ya no se siente aquella satisfacción y alivio de decir: ‘*el rey está desnudo*’. No se da la revelación, pues la OEA lo sabe y en su intrincada red de relaciones políticas, en la que los Estados Unidos llevan la batuta, no va a hacer nada al respecto. Estados Unidos no ha firmado la Convención Americana de DH y no piensa hacerlo; pero la CIDH se encuentra en Washington. La Comisión fue creada en primera instancia para perseguir al régimen cubano. Todos lo saben, pero nadie lo cuestiona demasiado, so pena de traerse abajo a los DH y las instituciones que los protegen. Así que, la ideología sobrevivirá en tanto sea necesaria, tenga o no relación con la realidad, sea o no funcional, y sea o no debidamente argumentada.³⁷

³⁶ *Ibid*, p.57.

³⁷ TAYLOR, P.J, Geografía Política. Economía mundo, estado-nación y localidad. Editorial Trama. Madrid, 1994. p.64. Se parafrasea del autor de cita, quien en su contexto se refería al modelo de MACKINDER (1904 y replanteada en 1943) del “corazón continental-margen continental”. Dicho modelo, que suponía que la masa de tierra euroasiática, donde se encuentra también Rusia, es el corazón continental, y quien tuviera dominio de ella tenía dominio del mundo. Consecuentemente, disponer de ella se convirtió en un interés de seguridad nacional y en la política exterior de EUA incluso hasta los tiempos de la bomba atómica. Si bien dicha teoría era poco popular entre los geógrafos y en general no parecía tener sustento alguno, se consolidó en la ideología dominante. Como explica TAYLOR (p.63): “*no importa si el modelo es o no es una representación que se ajusta a la realidad, lo que realmente importa es que un número suficiente de personas creyó en su autenticidad, de modo que la tesis del corazón continental-margen continental se llegó a convertir en un instrumento ideológico de los encargados de la política exterior norteamericana.*” En CASTORIADIS, esta preeminencia de lo simbólico sobre lo funcional causa una crisis de representatividad y alienación. Sobre ello se hablará posteriormente.

c. El discurso de los derechos humanos en la Posmodernidad: ¿de lo sacro a lo absurdo?

¿Cómo hacer de una institución imaginaria de la sociedad expresada en lenguaje común, algo racionalizado en un lenguaje científico y que pueda servir de base para fórmulas normativas? ¿Cómo hacer de un discurso legitimante algo unificado y coherente que vuelva a sus supuestos orígenes crítico-revolucionarios? ¿Cómo conciliar la rigidez de los postulados de hace tres siglos con la vacuidad en la que ha caído en la posmodernidad³⁸ nihilista la idea de los DH?

¿Por qué la idea de los DH sobrevive hasta el día de hoy? Pese a las duras críticas a la Ilustración y al liberalismo y el paso a un pensamiento más fragmentado, los DH aún son legítimos como proyecto político; no importa si se es “de izquierda” o “de derecha”. Sin embargo, tras las atrocidades cometidas luego de la firma de la Declaración Universal de los DH, durante conocidas dictaduras latinoamericanas, o masacres como la ocurrida en Bosnia Herzegovina; la continuación del tráfico de personas, la esclavitud y la prostitución forzada, queda claro que la dignidad de la persona y sus derechos inherentes fue algo que los autores de las violaciones seguramente “olvidaron”. Pareciera que la universalidad de tales derechos a veces no alcanza a ver a grandes mayorías en situaciones de guerra, bajo regímenes de violencia o condiciones de extrema pobreza y vulnerabilidad.

Desde el plano argumentativo, Nietzsche evidencia que esa “posición original”³⁹ en la cual del corazón de todo ser humano se revela la verdad evidente de la dignidad y libertad

³⁸ En cuanto a la división entre premodernidad, modernidad y posmodernidad, se toma sobre todo la realizada por VON BEYME en su obra: VON BEYME, Klaus, Teoría Política del Siglo XX: De la Modernidad a la Posmodernidad. Alianza Universidad Editorial. Madrid, 1994.

³⁹ La posición original es un término de Rawls que presupone un momento de negociación equitativo acerca de los principios sobre los que se funda la sociedad. Por esto, en dicha posición hay un “velo de ignorancia” sobre las condiciones y contexto de los demás negociantes. Presupone una concepción normativa del ser humano en la que este es libre y en su libertad, es racional y tiene una facultad moral que le hace capaz de buscar “el bien”, donde el bien parece ser lo mismo para todas las personas. RAWLS, John, La Justicia como Equidad. Paidós. Barcelona, 2002. p.38-46.

del hombre, no es pacífica. Cabe pensar de manera distinta; y de manera distinta han pensado diversos grupos humanos en diferentes épocas de la historia, incluida la actual:

“What is ‘virtue’ and ‘charity’ in Christianity if not just this mutual preservation, this solidarity of weak, this hampering of selection? What is Christian altruism if not the mass-egoism of the weak, which divines that if all care for one another each individual will be preserved as long as possible?- If one does not feel such disposition as an extreme immorality, as a crime against life, one belongs with the company of the sick and possesses its instincts oneself- Genuine charity demands sacrifice for the good of the species-[...]”⁴⁰

Ante esta afirmación, podría considerarse que Nietzsche era un ‘loco’, mas ‘el orden de las visibilidades’ (Foucault) muestra que esos principios de igualdad y esfera intocable de autonomía de cada ser humano no pasan de ser unos axiomas contruidos en el marco de una explicación del ‘hombre’ y de su relación con el universo, en un afán de creación de sentido que busca sustentarse en una ley natural que a su vez, intenta vanamente dejar de lado lo religioso⁴¹.

Nietzsche habla de la caridad y de la virtud cristianas, pero las conclusiones de su crítica se pueden trasladar a los DH, los que, una vez positivizados, abogan precisamente por un ‘derecho de los débiles’, sea, de los grupos subordinados con respecto a los dominantes y del individuo frente al sistema. Más allá del tema de los derechos, en sus orígenes, también la Ilustración ensalzaba la virtud y la búsqueda de la felicidad, en un acercamiento al pensamiento griego antiguo (al cual también se acerca el cristianismo), presente incluso en el arte de la Revolución Francesa que aún es posible encontrar en París.

⁴⁰ NIETZSCHE, Friedrich, The Will to Power. Walter Kaufmann Ed. 1967. Tomado de: PERRY, Michael J, The idea of human rights: four enquiries. Oxford University Press. New York, 1998. p.110 y 111: “¿Qué es ‘virtud’ y ‘caridad’ en el Cristianismo sino la preservación mutua, la solidaridad de los débiles, el entorpecer la selección? ¿Qué es el altruismo cristiano sino el egoísmo masivo de los débiles, que diviniza que si todos nos preocupamos el uno por el otro, cada individuo será preservado por el mayor tiempo posible? Si no se percibe tal disposición como una inmoralidad extrema, como un crimen contra la vida, se pertenece al grupo de los enfermos y se posee sus instintos. Caridad genuina exige sacrificio por el bien de la especie.” (traducción libre).

⁴¹ TOURAINE, Alain, Crítica de la modernidad. Primera Edición, Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 1999. p.22. Explica la forma en que en los ilustrados querían dar una explicación científica y racional a su relación con el mundo, pero caían en la creación de axiomas al derivar de “la naturaleza” - que incluye el mundo físico, intelectual y ‘moral’ - , verdades immanentes e incuestionables.

El autor de cita critica esta perspectiva desde una posición *darwiniana* alegando que la verdadera caridad está en admitir que los más débiles deben ser sacrificados. No se entra a analizar la obra de este autor en detalle ni las razones y contexto en los cuales emitió estos criterios; tan solo se quiere hacer ver que el discurso de la inviolabilidad del ser humano corresponde a una época determinada, es un discurso como cualquier otro, pese al carácter dogmático-universalizante que se le ha dado.

Los DH fueron criticados también por sus contemporáneos. En el momento en el que los franceses firmaron su Declaración de los Deberes y Derechos del Hombre, el filósofo inglés Jeremy Bentham (1748-1832) la rechazó por considerarla absurda. Veía como un sinsentido pensar en derechos antes del surgimiento de un Gobierno. En este sentido, decía: “*Reasons for wishing there were such things as rights are not rights- hunger is not bread*”⁴².” Asimismo, temía que hablar tan a la ligera sobre unos ‘derechos naturales’ levantaría los ánimos en pos de la insurrección y la anarquía. Finalmente, que el elevar tales derechos a la categoría de normas constitucionales esclavizaría a las futuras generaciones a seguir la lógica de sus predecesores⁴³.

Finalmente, Karl Marx realizó una de las más duras y conocidas críticas a la doctrina liberal de los DH en el siglo XIX. Marx argumentó que, en su momento, las declaraciones lograron eliminar los privilegios de clase noble, pero se mantenían intactas las distinciones en razón del estatus económico, el sexo y la raza. Más interesante aún fue que afirmase que en definitiva, la idea filosófica de unos DH es un producto histórico que requiere de un desarrollo y unas condiciones históricas para su materialización; que son en definitiva cualquier cosa menos una verdad eterna.

Así pues, los derechos naturales, entre los que se incluye la propiedad privada en la primera generación, el derecho al trabajo en la segunda, y el derecho al desarrollo y al medio ambiente en la tercera, es una idea generada por ciertos grupos en determinados

⁴² “*Las razones para desear que hubiese algo llamado ‘derechos’, no son derechos; el hambre no es el pan.*” (traducción libre). WINSTON, Morton E., *The Philosophy of Human Rights*. Wadsworth Publishing Company. California, 1989. p.5

⁴³ *ibid.* p.5

momentos con el objeto de satisfacer sus intereses.⁴⁴ Las diferentes generaciones dejan ver intereses distintos, algunas veces en conflicto.

Sin embargo, en un ambiente como el que se encuentra en las oficinas del Sistema Interamericano de Protección de los DH, el discurso se constituye en una realidad paralela a la que se solo puede acceder el ciudadano común tras años de litigio en diversas instancias dentro y fuera de su país. Una realidad semántica cuyo portal es abierto por la burocracia internacional y da al paraíso del reconocimiento del valor del ser humano por su condición de tal, del doblegamiento del Estado y de la reparación monetaria y simbólica de daños causados décadas atrás. Una dimensión paradójica, que existe dada la crueldad de la cotidianidad, y a la vez permite dicha crueldad al crear la ilusión que en esta otra dimensión se puede hallar ‘justicia’.

Schumpeter expresaba, refiriéndose a la doctrina clásica de la democracia, que se funda en las ideas de bien común y voluntad general: *“Pero, ¿cómo es posible que una doctrina tan patentemente contraria a la realidad haya sobrevivido hasta hoy y haya continuado sosteniéndose en los corazones de la gente y los lenguajes oficiales de los gobiernos?”*⁴⁵ Lo mismo podría decirse de los DH y sus principios de igualdad, autodeterminación del individuo y de dignidad intrínseca. Finalmente, democracia y DH son hijos de la misma época y en el discurso actual se presentan como requisito indispensable para la existencia del otro.

Las razones que da Schumpeter para explicar la sobrevivencia como ideología de los dogmas de la democracia clásica son. El primero es que, pese a que la doctrina clásica de la acción colectiva puede no ser apoyada por los resultados del análisis empírico, es fuertemente apoyada por la asociación con la creencia religiosa. Para dicho autor, los propulsores del “bien común” permearon sus teorías de elementos del cristianismo protestante, fuere que hubiesen dejado del todo su religión y lo hicieran de manera inconsciente, fuere que advertidamente la mezclaran con las nuevas corrientes, entre ellas

⁴⁴ *Ibid*, p.5

⁴⁵ SCHUMPETER Joseph, Capitalismo, Socialismo y Democracia. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1946. p.307.

la utilitarista. En cuanto a este primer punto, es indiscutible el vínculo que tiene los DH con aquello que es ‘irracional’, y con la tradición judeo-cristiana.

Con respecto a este primer punto expresa Schumpeter: “*Elevada a la categoría de religión, esta doctrina [...] cambia su propia naturaleza. Ya no existe necesidad de abrigar escrúpulo alguno sobre el Bien Común o los Valores Definitivos. Todo esto lo encontramos solucionado por el plan del Creador, cuyo propósito define y sanciona todo.*”⁴⁶. Como se verá más adelante, esta afirmación se hace especialmente pertinente en el caso del llamado “origen americano” de los DH, donde la mención de Dios es explícita⁴⁷. En la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre francesa, la relación con la religión judeo-cristiana no se hace de manera tan evidente. Se expresa sin embargo que dicha declaración solo reconoce derechos indiscutibles y ya existentes. Derechos que, como lo representa la antigua escultura que se aprecia en la cripta del famoso Panteón en París, a la par de las tumbas de Voltaire y Rousseau, fueron dados por La Naturaleza a la Patria, en presencia de la Sedición, la Igualdad, la Libertad y un ángel.

Las repercusiones de un fundamento parcialmente religioso se traslucen de diversas maneras. La primera, en la paradoja de la Ilustración entre su autodeterminismo y antropocentrismo, y la base cristiana de la que salieron la igualdad, libertad y dignidad del ser humano, que sostendría una cosmovisión distinta. La segunda, la actitud del “creyente” ante la crítica. Racionalizada y secularizada la posición, acaba igualmente “*en considerar el desacuerdo fundamental no solo como un error sino un pecado; provoca no solo un argumento lógico en contra, sino indignación*”⁴⁸

El segundo aspecto que menciona Schumpeter que vale la pena mencionar, es que “*las formas y frases de la democracia clásica*” tienen un valor emocional alto en muchos grupos, ya que en la educación liberal han sido asociadas a momentos heroicos de

⁴⁶ *Ibid*, p.307.

⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *vid supra*, nota 34. En cuanto a la explicación del “modelo americano”, p.148-150.

⁴⁸ Nos referimos nuevamente a SCHUMPETER, *op. cit.*, p.308. En este caso se refiere a la democracia, y en el texto nos referimos a los DH. Se hace la analogía partiendo de algunos elementos comunes entre ambas nociones, incluyendo su base histórico-social.

creación de los estados-nación. Así que, en el imaginario social son significantes arraigados y asociados con lo que este autor denomina “documentos sagrados de la Nación”, como la Constitución o el acta de independencia o el acta de derechos del hombre. Bajo tales circunstancias, explica, la construcción histórica de la revolución democrática equivale al advenimiento de “*la libertad y la decencia*”. Finalmente, alega, pese a la distancia entre la doctrina y la práctica de la democracia, la idea de democracia, en especial su evocación de sus momentos de gloria, aún está lejos de desvanecerse⁴⁹. La democracia pues se vuelve una utopía, y los DH también se ven ampliamente beneficiados de su legitimidad, así como la democracia también se vale de los DH para reforzar su valor, aunque el vínculo entre ambas actualmente no es evidente, y más bien presuponen sistemas distintos al dar el primero preeminencia al legislativo y el segundo al poder judicial.

d. Del Estoicismo a los Nuevos Movimientos Sociales

Al hacer mención de la cuestión religiosa surge la pregunta, ¿Son los DH verdaderamente una idea ilustrada? Se sostiene a lo largo del texto que sí se puede considerar que surgen políticamente en la Ilustración. No obstante, sus premisas encuentran asidero en sistemas de pensamiento más antiguos. Sobre todo, se parte de la afirmación que si no existe diferencia significativa entre “derechos humanos” y “derechos naturales”, tal como lo establece Haba⁵⁰, entonces se rompe la discusión acerca de si son de una u otra época, pues se hace evidente una evolución histórica previa, en la forma de ‘derechos naturales’. En este sentido, véase la afirmación de Kolakovski:

“It is often stressed the idea that the idea of human rights is of recent origin, and that this is enough to dismiss its claims to timeless validity. In it’s contemporary form, the doctrine is certainly new, though it is arguable that it is a modern vision of the natural law theory, whose origins we can trace back at least to the Stoic philosophers and, of course, to the Judaic and Christian sources of European culture. There is no substantial difference between proclaiming a ‘right to life’ and stating that the natural law forbids killing. Much as the concept may have been elaborated in the philosophy of Enlightenment in its conflict with

⁴⁹ *Ibid*, p.307-310.

⁵⁰ HABA, *vid supra* nota 27, p.229. “*en conclusión- que a ciertos derechos, considerados particularmente importantes para todas las personas humanas, se les clasifique como derechos humanos o derechos naturales, esto es un asunto de convenciones lingüísticas...*”

Christianity, the notion of the immutable rights of individuals goes back to the Christian belief in the autonomous status and irreplaceable value of the human personality.⁵¹”

Tan similar es la elaboración de la noción de *droits de l’homme* de los filósofos de la Ilustración al Derecho Natural, que incluso en sus inicios, los DH eran llamados por ellos mismos, ‘derechos naturales’. Con respecto a esto expresa Winston:

“What are now called ‘human rights’ were referred by Enlightenment philosophers such as Locke and Rousseau as ‘natural rights’, and the classical eighteenth-century conception of ‘Rights of Man’ traces its philosophical lineage to Scholastic doctrine of natural law, which, in turn, finds its intellectual origins in the thought of Aristotle and the Greek Stoics and the moral teachings of Judaism and Christianity.⁵²”

La importancia de mencionar el tema del origen histórico-filosófico es que bien podría considerarse inútil y, en términos de efectividad, contraproducente, intentar traerlo a colación, en especial una vez admitida su base religiosa. Se piensa que no es así. Como proyecto de autonomía, el proyecto de los DH⁵³ tendría que estar sujeto a una constante revisión.

En su crítica al liberalismo, Possenti expresa que este adolece de: *“un vacío de fundamentación última, para la cual los asertos más notables de su tradición, o sea, la noción moral de individuo, la libertad y los derechos humanos, carecen de base última, y*

⁵¹ KOLAKOVSKI, Leszek, *Modernity on Endless Trial*. 1990. p.214. Tomado de PERRY, *vid supra* nota 40, p.3: *“A menudo se enfatiza que la idea de los derechos humanos es de origen reciente, y que esto basta para desestimar su afirmación de validez eterna. En su forma contemporánea, la doctrina es ciertamente nueva. Sin embargo, es objetable que sea una versión moderna de la teoría del derecho natural, cuyos orígenes se remontan al menos a los filósofos estoicos y, sin duda, a las fuentes judeo-cristianas de la cultura europea. No existe una diferencia sustancial entre la proclama del ‘derecho a la vida’ y afirmar que la ley natural prohíbe matar. Por mucho que el concepto pueda haber sido elaborado en la filosofía de la Ilustración en su conflicto con el Cristianismo, la noción de derechos inmutables de los individuos proviene de la creencia cristiana en el estatus autónomo y valor irremplazable de la personalidad humana.”* (traducción libre).

⁵² WINSTON, *vid supra* nota 43, p.3. *“Lo que se denomina ahora ‘derechos humanos’ fue llamado ‘derechos naturales’ por filósofos de la Ilustración tales como Locke y Rousseau. La concepción clásica de los ‘derechos del hombre’ encuentra su origen filosófico en la doctrina escolástica del derecho natural, la cual, a su vez, encuentra sus raíces en el pensamiento aristotélico y el de los estoicos, así como en las enseñanzas morales del judaísmo y el cristianismo”.* (traducción libre).

⁵³ Se les ha llamado “doctrina”, “idea”, “noción”, “ideal”, “ética”. Se les nombra ahora “proyecto”, haciendo alusión al concepto de proyecto de autonomía castoridiano.

*llegan a ser más objetos de fe que de un saber, son el término de una preferencia.*⁵⁴”
Los problemas de falta de elaboración teórica del liberalismo serían entonces los mismos de los DH. ¿Cómo entonces cortar la discusión en aras de la sobrevivencia de la utopía?

No se puede caer aquí en un puro pensamiento normativo. Considérese entonces desde el estudio de las relaciones de poder que una ideología se valora por su efectividad y no por la verdad que haya tras ella⁵⁵. ¿Cómo sobreviven los DH ante la constante puesta en evidencia de la ineffectividad y el corto alcance del Derecho Internacional de los DH? ¿Es acaso el cinismo el que opera? ¿O acaso los DH se han vuelto el último vestigio de la lógica del mito y la conexión con el todo en la posmodernidad?

El mito en la manera que lo entiende Kolakovski, como contraposición a aquello que es ‘científico’ y, por ende, utilizable en un procedimiento tecnológico científico. Lo metafísico, lo mítico, la realidad no empírica, que es tecnológicamente infecunda pero a la vez, es ese pensamiento mítico el que dota de sentido a la realidad y ‘afirma los valores’. Es el creer en la continuidad, que las cosas tienen una razón de ser, que hay algo más allá de lo perceptible:

*“La creencia en el orden teleológico oculto en la corriente de la experiencia nos da derecho a suponer que en lo pasado crece y se conserva algo que no es efímero; que en la fugacidad de los hechos se acumula un sentido no visible directamente, y que, por lo tanto, solo el nivel visible de la existencia es alcanzado por la decrepitud y la destrucción, pero no el segundo, que resiste a la ruina”*⁵⁶.

Para Gaete, la creencia en el “fin de las ideologías” luego de la Guerra Fría, convierte a los DH en la “última de las ideologías seculares”. Precisamente ese desinterés de los países poderosos en la ideología, es lo que hace operativo el discurso de los DH. Los plantean como la única fuente de legitimación y delimitación, que cumple la misión universal de la modernidad⁵⁷.

⁵⁴ ECHEVERRÍA FALLAS, Cecilia, Reflexiones en Torno al Liberalismo. Editorial Promesa. Primera Edición. San José, 2002. p.11, citando a POSSENTI V, La società liberali al bivio. Lineamenti de filosofia della società. Marietti. Torino, 1991. p.402 y ss.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, Diccionario de Política. Tomo I. Editorial Siglo XXI. México, 2000. p.14.

⁵⁶ KOLAKOVSKI, Leszek, La Presencia del Mito. Amortu editores. Buenos Aires, 1975. p.14.

⁵⁷ GAETE, *vid supra* nota 16, p.2

La elaboración en torno a los conceptos razón y mito se puede considerar desde la definición de ‘razón crítica’ de Gaete. Esta se refiere, según expresa el autor, al principio de razón postulado en la Ilustración, que distinguía entre *logos* y *mythos*⁵⁸. Gaete relaciona entonces la razón crítica con los DH, a los cuales ve como la estructura subyacente al poder estable en las ‘sociedades de masas’ modernas. Titula su obra *Los Derechos Humanos y los Límites de la Razón Crítica* precisamente aludiendo a los DH como situados en las fronteras de la racionalidad y a la vez el mecanismo ideológico necesario para el sostenimiento de las instituciones modernas en la actualidad.

Por otro lado, la construcción del concepto ‘razón’ en Kolakovski, se realiza también en contraposición a la noción de “mito”; si bien ‘logos’ comenzó en el estoicismo como un concepto ligado a la divinidad. Así pues, durante la modernidad, ‘la razón’ adquiere una forma tal que se da preeminencia a lo científico, al *logos*, ligándolo con el progreso tecnológico y lo empíricamente comprobable. Al darle preeminencia se le da mayor valor. Al mito por su parte, desde la Ilustración se le soslaya y se le relega al mundo de lo irracional, que sería necesariamente inferior e innecesario.

Kolakovski entonces hace énfasis en el carácter ideológico de todo el discurso de la razón de la modernidad, y en el hecho de que las ideologías que giran en torno al pensamiento mítico son tan válidas como las que parten del pensamiento científicista. De modo que no critica el origen mítico-religioso de los DH. Más bien, su argumento permite considerar porqué se evita la discusión acerca del sujeto de los DH y la justificación y origen de estos. Su fundamento en el mito los hace deleznable, pese a su función legitimante. En general, el mundo de la razón (razón instrumental capitalista) tiene como único altar al “progreso” (económico, tecnológico) y deja de lado los cuestionamientos epistemológicos y axiológicos que cuestionan su razón de ser.

Más allá de su función discursiva en la dinámica interna de partidos y la que se da en el escenario internacional, ¿es genuinamente posible concebir aún la idea de los DH como

⁵⁸ *Ibid*, p.5

un enfrentamiento del individuo al sistema? En las sociedades occidentales actuales, en las se da la desustancialización de la política y, por consiguiente, el sistema político en su función de asignación autoritaria de valores tiene tan solo un control relativo sobre el individuo, la economía y otros subsistemas⁵⁹, ¿dónde se sitúan los DH? Allá donde se ha diluido la idea contractualista de un momento en que todos los individuos decidieron formar la sociedad, para dar paso a la complejidad de un sinnúmero de mundos de la vida, esferas de sentido y de formas de pensamiento fragmentado, ¿Qué forma asume la ideología de la ley natural?

Actualmente, los DH son defendidos por la sociedad civil en la forma de movilizaciones sociales temporales, organizaciones no gubernamentales o movimientos sociales de identidad o de influencia más consolidados: ecologismo, feminismo, movimiento indígena, movimiento por el tratamiento ético de los animales, etc.⁶⁰ Así también, algunos consideran que el ser humano no es el sujeto principal, sino el grupo⁶¹ o, aún más, que lo es el ser sintiente, sea este ser humano u otra forma de vida. Con respecto a la relación DH-movimientos sociales, menciona Von Beyme:

“Cabe entender que los derechos fundamentales son palancas para una descentralización de la política con efectos a largo plazo. Ofrecen diversas posibilidades de interpretación y permiten, en circunstancias históricas distintas, nuevas aplicaciones que deshacen las interpretaciones restrictivas y selectivas, vigentes hasta ese momento. A este respecto, las últimas variantes se han dado en la amplia movilización política de los ciudadanos que ha incorporado, en el ejercicio de sus derechos formales, un giro directo extra-parlamentario en una

⁵⁹ VON BEYME, *vid supra* nota 38, p.253. En cuanto a la ‘asignación autoritaria de valores’, se trata de una idea propia de la teoría de sistemas, según la que el sistema político tiene a cargo tal asignación, a la vez que, según algunos como el mismo Von Beyme, el control político es solo relativo dada la independencia de las otras esferas de acción y de los mundos de la vida en una época en que se da la desustancialización de la política.

⁶⁰ En relación con las teorías de los movimientos sociales, se parte entre otros, de las categorías de COHEN y ARATO, Helio GALLARDO y CASTELLS. Ver por ejemplo, COHEN, Jean L. y ARATO, Andrew, Sociedad civil y teoría política. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México, 2000; y, CASTELLS, Manuel, La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol. 2 El Poder de la Identidad. Primera Edición, Alianza Editores. Madrid, 1998.

⁶¹ BOBBIO, Norberto, El Futuro de la Democracia. Fondo Cultura Económica. México DF, 1984. p. 28, en cuanto a las falacias de la democracia y el pluralismo. *“La democracia nació de una concepción individualista de la sociedad, es decir, de una concepción por la cual, contrariamente a la concepción orgánica dominante en la Antigüedad y en la Edad Media según la cual el todo es primero que las partes, la sociedad, toda forma de sociedad, especialmente la sociedad política, es un producto artificial de la voluntad de los individuos.[...] Lo que ha sucedido en los Estados democráticos es exactamente lo opuesto: los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente relevantes[...] cada vez menos los individuos. [...]”*

multiplicidad de formas más allá de todos los esquemas existentes[...]esta movilización ciudadana por tan distintos temas adquiere especial importancia porque existen también otros foros centrales de subpolítica: discusiones jurídicas y medios de comunicación específicos para el ejercicio de sus intereses (en protección del medio ambiente, en el movimiento antinuclear, en protección de datos, etc.) que se pueden utilizar por lo menos puntualmente con gran eficacia.”⁶²

Usualmente, son los movimientos sociales de identidad⁶³ los que brindan una visión más elaborada de porqué creen y defienden los DH, ligándolos a un proyecto de sociedad y a una perspectiva antropológica. El resto de organizaciones en muchos casos solo parten de situaciones específicas, tales como la desaparición forzada, la tortura, el derecho a poder elegir el aborto, la escasez de agua y otras como las que mencionó Von Beyme en el párrafo de cita⁶⁴. No cuestionan ni hacen referencia a la doctrina liberal de los DH y solo parten de la premisa que existen DH positivizados y principios igualmente exigibles que los rigen, como la dignidad del ser humano y la igualdad. Se apropian de estas palabras y las dotan de un contenido que pueda impulsar su causa. Cabe mencionar como ejemplo de lo anterior al *Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente (CEDHA)* en Argentina y la *Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares Detenidos Desaparecidos*.

Otros grupos de alcance más general se limitan a manifestar que defienden los DH en el marco de la Declaración Universal de los DH firmada en 1948. Asimismo, mencionan expresamente que no comulgan con ninguna religión, ideología o grupo político en particular, haciendo de cuentas que la Declaración Universal es un documento neutral y que solo puede ser interpretado de una forma. Es el caso de organizaciones como *Brigadas de Paz* y de *Amnistía Internacional*. Está también el fenómeno de organizaciones de alcance general en América Latina que sí se adscriben a una forma de pensamiento religiosa: movilizaciones cristianas o luteranas a favor de los DH, como la

⁶² VON BEYME, *op. cit.*, p. 258.

⁶³ Sobre movimientos colectivos de identidad ver CASTELLS, *op. cit.*, p.28-31.

⁶⁴ Nótese que en algunas ocasiones las movilizaciones y movimientos sociales abogan por la defensa de un derecho humano nuevo, como el “derecho al agua” o hacen énfasis en derechos de segunda o tercera generación que no son exigibles en instancias judiciales, como el medio ambiente o el derecho a la huelga.

organización mundial *Acción de los Cristianos contra la Tortura (ACAT)*, que vincula la defensa de los DH con los postulados del cristianismo.

Es en este punto en el que podría caber una afirmación como la de Bobbio: “*El problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, sino cómo protegerlos. No es un problema filosófico, sino político*”⁶⁵. Afirmación con la que se está en desacuerdo. Sobre esto se comentará detalladamente en el siguiente acápite.

2. Sobre la palabra “fundamento”

“...abandona la argumentación racional y sométete simplemente al ritual ideológico, quédate estupefacto repitiendo los gestos sin sentido, actúa ‘como si’ ya creyeras, y la creencia llegará sola.”
Slavoj Žižek (explicando el pensamiento de Blaise Pascal),
El Sublime Objeto de la Ideología (1989)

La crítica a la palabra ‘fundamento’ tiene dos vertientes. La primera es como parte de la crítica más general al uso de nociones de carácter esencialista en el Derecho, así como a aquellas conocidas como “*conceptos indeterminados*”⁶⁶. Esencialismo e indeterminación muchas veces coinciden, pues es difícil dar una definición exacta de algo que no es tangible y tiene las más de las veces cierto carácter místico. Luego, la segunda vertiente es la crítica al cuestionamiento y discusión sobre el fundamento de los DH, donde se entiende “fundamento” como justificación.

“Esencialismo” quiere decir la búsqueda o mención de “la esencia” de las cosas; de ese algo más allá de lo que se capta a través de los sentidos, eso que constituye su núcleo, su verdadera identidad, su razón de ser, su función. Tal esencia se encuentra oculta y es

⁶⁵ BOBBIO, Norberto, El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991. p.61

⁶⁶ En lo relativo al planteamiento de la discusión sobre la palabra “fundamento”, *vid* HABA MULLER, Enrique Pedro, Axiología Jurídica Fundamental. Bases de Valoración en el Discurso Jurídico. (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos). Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, 2003. p.21, citándose a sí mismo: HABA, Pedro E., “La interpretación judicial, política y derechos humanos”, *Enciclopedia Jurídica Ameba*. Apéndice V, págs 434-442. Buenos Aires, Driskill, 1986.

intocable, inmutable, eterna⁶⁷. De acuerdo con Haba, el considerar que el significante posee un sustrato atribuye “una fijeza al lenguaje que no tiene dadas sus funciones⁶⁸”.

Los anti-esencialistas alegan que el uso de este tipo de lenguaje en el Derecho hace que la dominación política se base, en primera instancia, en un ordenamiento que es más bien vago y, consecuentemente, sujeto a cambios arbitrarios por parte de quienes tienen la autoridad para interpretar y crear normas. Segundo, un ordenamiento que utiliza lo que Haba denominaría “*conceptos apriorísticos*”, con el objeto de abstraer ciertos temas de las discusiones políticas acerca de su contenido.

La crítica a la esencia se relaciona con la crítica a las divisiones entre forma y contenido o contenido y contenido/sustrato/fundamento, por considerarlas tautológicas. Esto en la medida en que el contenido solo puede ser expresado y diferenciado en la forma y esta encuentra su expresión en la materia. De modo que, el hablar de un “fundamento formal”, repite ese gesto tautológico de una referencia inmediata a la “esencia verdadera”. Ello es un recurso retórico que no agrega nada a lo que está siendo explicado, sino que refiere a ‘la materia formada’ o contenido empírico como un fundamento. Más que esto, Hegel considera que tales explicaciones sobre fundamentos formales lo que pretenden es ocultar un vacío de contenido positivo, la forma vacía de ese fundamento que no se compone más que de algún contenido imaginario fantaseado⁶⁹.

La crítica al esencialismo en el Derecho está relacionada con la del “*normativismo*”. El llamado “cielo de los juristas”, parte de la lógica del pensamiento ilustrado desde el cual la verdad, que es única, es descubierta mediante la hermenéutica. En la Ilustración, Dios fue cambiado por la Naturaleza, en la cual se descubrían las verdades inmanentes. Estas verdades auto-evidentes podían encontrarse no solo en el mundo físico, mas en el mundo

⁶⁷ En este sentido también explica HABA, *ibid*, p.246. HABA a su vez está citando a WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, Oxford, 1953.

⁶⁸ *Ibid*, p.246.

⁶⁹ ŽIŽEK, Slavoj, “La identidad y sus vicisitudes: La Lógica Hegeliana de la Esencia como una Teoría de la Ideología”. En: LACLAU Ernesto, et. al., Debates políticos contemporáneos: en los márgenes de la modernidad. Plaza y Valdés, México, 1998. (original en inglés publicado en 1994).

moral e intelectual⁷⁰. Cabe decir entonces, que la hermenéutica y epistemología normativista- esencialista son consecuentes con la lógica del Derecho Natural y los DH.

Como consecuencia metodológica de la crítica de la primera vertiente, se deduce que debe tenerse especial cuidado al utilizar la palabra “fundamento” si no se quiere caer en retóricas esencialistas. Sin embargo, la segunda vertiente de la crítica de la palabra “fundamento” es debatible, pues implica que deba silenciarse las discusiones e investigaciones que tengan que ver con el contexto socio-histórico de los DH en relación con la evolución de la doctrina; con los paradigmas epistemológicos de los que parte, perspectiva axiológica, y que no hay que cuestionar su justificación.

Cuando se hable de “fundamento de los DH”, no se aludirá a un objeto tangible como referente, a una sustancia o substrato material, en tanto los DH son una construcción discursiva de contenido variable. Por “fundamento” se entienden los paradigmas epistemológicos de los que parte el discurso y la ubicación de tal narrativa en la historia de las ideas. Al vincular lo anterior con la palabra “ideología”, el estudio de las bases del discurso judicial en el pensamiento político, tiene como objeto comprender sus lógicas de formulación e interpretación, y luego realizar una crítica de su potencial función ideológica.

La segunda vertiente de la crítica es expuesta por Haba, quien tomando a Topitsch y a Bobbio, considera que la sola mención del tema del ‘fundamento o fundamentos de los DH’ es un “*pseudoproblema o una cuestión de elucidaciones cuasiteológicas*”⁷¹. En este sentido, cita a Topitsch:

*“para la preservación de esos derechos no es tampoco muy importante proveerlos de unas pseudofundamentaciones, fácilmente refutables, mucho más fundamental es reconocer, y en lo posible conservar, el conjunto de las condiciones sociales bajo las que aquellas resultan posibles y eficaces.”*⁷²

⁷⁰ Sobre cómo Dios fue cambiado por la “Naturaleza”, ver TOURAINE, *vid supra* nota 41, p.22.

⁷¹ HABA, *op. cit.*, p.168.

⁷² *Ibid.* p.168, citando a TOPITSCH, E., Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft. Neuwied am Rein y Berlín, Luchterhand (colección Soziologische Texte, No.10)

Bobbio, como se mencionó en el último párrafo de la justificación del presente trabajo, sigue la misma línea: “*los derechos humanos no hay que justificarlos, sino protegerlos*”, pues “*son un problema político, no filosófico*”⁷³.

La segunda vertiente crítica se observa contradictoria con respecto a la exposición de la primera. Propugnan en la segunda que debe dejarse de lado la discusión acerca de la justificación (término ligado con existencia, legitimidad política, función ideológica) de los DH como universo discursivo, con lo cual se les coloca en una posición de suma rigidez; en un ‘cielo de los conceptos jurídicos’. Se advierte en la primera vertiente acerca de la vaguedad de la noción “derechos humanos”, que es un concepto considerado “indeterminado” y definido las más de las veces desde una perspectiva esencialista, dada la trascendencia que le impregna y su origen en el Derecho Natural. No obstante lo anterior, en la segunda vertiente se menciona cual si fuese un concepto sólido y, todo intento de discutirlo, un sofisma.

Un razonamiento que refuta esa pretendida solidez es el de Mathieu, quien afirma en relación con el principio de la dignidad del cual se deriva la doctrina de los DH: “*...tout le monde est d'accord sur le fait qu'il faut protéger la dignité, mais personne n'est d'accord sur le contenu du concept.*”⁷⁴ Sí, afirma Mathieu, hay consenso en que hay que “proteger la dignidad”, pero, ¿qué significa dignidad? Sobre eso, no hay acuerdo. En realidad, queda a discreción del juez o el político definir, conforme a sus propias creencias, qué significa dignidad. Tampoco es sencillo definir qué derechos se derivan del principio dignidad, o el principio libertad. ¿Acaso es evidente para un amerindio que la propiedad privada sea un DH, derivado de su inherente libertad? Tradicionalmente, para muchos de ellos la tierra o el agua no son elementos que alguien pueda realmente poseer. Para que pueda llegar a un razonamiento que conlleve la propiedad privada como un DH, el individuo tuvo que haber sido impregnado de las teorías de Locke primero y comprendido el contexto histórico de la revolución inglesa y la francesa.

⁷³ Según GALLARDO, *vid supra* nota 4, esta afirmación fue realizada por Norberto BOBBIO en su libro, En el Tiempo de los Derechos en el marco de la firma de los pactos internacionales sobre DH y demás instrumentos.

⁷⁴MATHIEU, *vid supra* nota 18: “*...Todo el mundo está de acuerdo sobre el hecho de que hay que proteger la dignidad, pero nadie está de acuerdo acerca del contenido del concepto*” (traducción libre)

En todo caso, la existencia de un ‘acuerdo consensuado’, consciente, ponderado, en cuanto a la protección de los DH se daría entre los constitucionalistas, los defensores de DH y los académicos en ciertos espacios. Si *todos* estuvieren de acuerdo acerca de la existencia de una dignidad y la necesidad de protegerla, sería difícil explicar atentados contra esa dignidad, tales como regímenes que llevan a la polarización social y pauperización de la población, la prostitución infantil, los escuadrones de la muerte patrocinados por el Estado para controlar a las maras, los pueblos masacrados por la guerrilla y el ejército, el tráfico de personas, la tortura como forma de obtener una declaración, la discriminación contra los migrantes, el enterrar enfermos de sida vivos. ¡No habría violaciones de DH!, menos aún sistemáticas y masivas por parte del Estado.

A menos que, quienes ejecuten o dejen de ejecutar acciones que lleven a esos resultados, manejen una noción distinta del contenido de la palabra ‘dignidad’, o piensen que no todos los seres humanos tienen dignidad, o que ciertos seres humanos no lo son realmente o bien, que prima la seguridad de la mayoría sobre la dignidad de unos individuos. En tal caso, para ellos no habría una violación. Ni siquiera entre los abogados o juristas podría decirse que todos están de acuerdo en la protección de la dignidad, y ello se deriva de sus resoluciones y las normas que crean como legisladores.

Precisamente el principal problema de la definición jusnaturalista esencialista de los DH es que su indeterminación dificulta su operacionalización en fórmulas normativas con un ámbito y fronteras claros. La constante creación e interpretación de derechos por parte de diferentes intérpretes autorizados, resulta en muchos casos un ejercicio más cercano al platonismo de las reglas que a la protección real de la persona contra situaciones que le perjudican o degradan sus condiciones de vida.

Para Haba, la palabra “fundamento” aparece en el discurso como referida a: a) fenómenos empíricos; b) elementos discursivos; c) Datos metafísicos⁷⁵. De lo anterior, el autor de cita deduce que no cabe hablar de ‘fundamento’ en relación con la idea de ‘derechos humanos’. En relación con a), ciertamente no es posible realizar una

⁷⁵ HABA, *vid supra* nota 66, p.168-169.

investigación que pretenda encontrar *un referente empírico* a la idea de DH, pues lo único tangible en relación con los DH es el ser humano, cuya definición es también objeto de debate.

Con respecto al punto b), la búsqueda de los *elementos apriorísticos* de la que habla Haba, tampoco es factible, a menos que se decida que los DH tienen una base religiosa y que se partirá del sistema axiomático de una religión determinada para su formulación e implementación. De cualquier forma, Haba menciona el término “datos metafísicos” en tono sarcástico y aludiendo a las elaboraciones de algunos autores que intentan encontrar esencias o voluntades divinas tras los DH (“*proposiciones subjetivo-valorativas, gramática dogmático-emocional*”)⁷⁶.

Finalmente, c), el análisis de *elementos discursivos*, que el autor define como la lógica del discurso práctico. Desde allí, se analiza la validez lógica del discurso, si bien esta no tiene relación con la posibilidad empírico-intelectual de formularlo (aunque quizás sí de implementarlo, se añade). Para Haba, no importa en realidad que el discurso de los DH caiga en contradicciones lógicas, esto no es suficiente para traerlos abajo pues, que un discurso tenga o no coherencia interna, es una cuestión de “preferencias”.

Es cuestionable partir de que, por el hecho de que algunos de los axiomas de los DH sean metafísicos o irracionales, el analizarlos sea caer en discusiones teológicas, “académico-celestiales”⁷⁷, pues no todo análisis de estos principios debe ser necesariamente esencialista o normativista. El juzgar toda discusión al respecto como inválida debido al particular uso del lenguaje en la idea de los ‘DH’, solo lleva a una incomprensión mayor acerca de la función ideológica de los DH en un ordenamiento jurídico y un sistema político-social dado.

Paradójicamente, una posición como la sostenida por Haba y Bobbio acerca de ‘no fundamentar los DH, solo protegerlos’ eleva a los DH a un estatus de sentido común e

⁷⁶ *Ibid*, p.168-169.

⁷⁷ HABA, *op. cit.*, p.171

impide su evolución en el marco de un proyecto de autonomía. Expresa en este sentido Gaete: “*History is full of examples of principles of legitimacy that purport to be based upon unquestionable ageless truths which are however controlled by the rethoricians of power*”⁷⁸. El análisis de esta retórica del poder no debe ser sin más tachada de cuasi-teológica por constituir redes en torno a núcleos incuestionables.

Luigi Ferrajoli, discípulo de Bobbio, trae a colación el tema de los ‘fundamentos’ de una manera enteramente distinta. Introduce su obra *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* aduciendo que va a reflexionar acerca de “*la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales...respecto de sus fundamentos filosóficos, jurídicos y políticos*”⁷⁹. Dichos “fundamentos”, consolidados a la par del “el Estado Moderno”, fueron creados en gran parte por el pensamiento jurídico ilustrado. Según Ferrajoli, se traducen en una serie de “vínculos y garantías” establecidos para la tutela del individuo frente al poder coercitivo del Estado.⁸⁰ Tal autor alega que las prácticas, leyes y doctrinas penales actuales atentan contra los fundamentos (o paradigmas) clásicos del Derecho Penal, los cuales se han llegado a considerar inadecuados, utópicos, o simplemente han caído en el olvido, ante el surgimiento de tendencias como el *eficientismo* y el pragmatismo aplicados a la doctrina penal.

Para Ferrajoli, sí es necesaria una justificación racional de la existencia del Derecho Penal como poder punitivo brutal. Es aquí cuando hace una relación entre las palabras “fundamento”, “razón” y “justificación”. Para él, existen tres órdenes de fundamentos del Derecho Penal⁸¹:

- a. Primer fundamento. Razón del Derecho, o a la epistemología del Derecho y la racionalidad de las decisiones judiciales, referida a los procedimientos tendientes a

⁷⁸ GAETE, *vid supra* nota 16, p.3. “*La historia está llena de ejemplos de principios de legitimidad que pretenden estar basadas en verdades eternas e incuestionables; verdades que sin embargo, son controladas por los retóricos del poder.*” (traducción libre)

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1989. (traducción al español: 1995). p.20

⁸⁰ *Ibid*, p.20.

⁸¹ *Ibid*, p.22-24.

justificar el accionar jurídico en hechos y no valoraciones y, en general, una búsqueda de la minimización del poder de la autoridad judicial.

Pretende hacer una revisión crítica del uso en el discurso actual de los postulados epistemológicos de la Ilustración, a través del análisis de las “*condiciones lógicas, semánticas y normativas de verificación y refutación procesal*”, y de los espacios de valoración en equidad y discrecionalidad. Con respecto a este primer fundamento entonces, lo que vale analizar es el rol del juez y de la jurisdicción en cuestión en la emisión del discurso.

b. Segundo fundamento. Justificaciones ético-políticas. Fundamentación “externa o política” de la doctrina. Trasladando las categorías de Ferrajoli al tema de los DH, es evaluar la necesidad, cantidad, calidad de los derechos y de las formas y criterios de las decisiones judiciales en relación con una ideología determinada, o en relación con las metas y objetivos que se pretenden cumplir las instituciones que velan por la protección de los DH.

De acuerdo con este autor, la justificación clásica – ‘liberal ilustrada’– para escoger un sistema garantista sobre otros sistemas, se divide en tres: 1) valor primario asociado al ser humano y a sus “derechos naturales” (léase, DH); 2) utilitarismo jurídico; 3) separación laica entre derecho y moral. ¿Cuáles serían las justificaciones de la vigencia en el ámbito judicial de la doctrina de los DH? ¿Es acaso ese valor que se otorga al individuo? ¿el sostenimiento del régimen liberal capitalista? ¿Acaso se justifican a sí mismos? Por otra parte, ¿vale hacer un análisis de esta clase o, como alegan Bobbio y Haba, basta con proteger los derechos ya positivizados? Finalmente, ¿la separación entre Derecho y moral es posible cuando se habla de DH? ¿se da particularmente en la Corte IDH?

c. Tercer fundamento. Validez y coherencia lógica interna entre los principios y las normas y prácticas inferiores, en un sistema que tenga a la Constitución como norma fundante. Sería para el autor el “fundamento interno o jurídico” de la legitimidad de la legislación y de la jurisdicción penal, al velar por esa coherencia mínima de principios que Haba

considera prescindible. Para Ferrajoli en cambio, el argumento de la coherencia es útil para convalidar, invalidar o limitar la potestad punitiva por razones de “legitimación interna”.

Con respecto al tercer fundamento, Ferrajoli menciona la existencia de un grado irreducible de incoherencia en dos casos: dentro del ordenamiento, entre normas del mismo rango, y con respecto a la enunciación de las normas y su efectiva protección. La incoherencia pues se da en diversos niveles que se suelen explicar en Derecho en términos de la validez, la vigencia y la efectividad dentro del ordenamiento jurídico.

En su momento genérico, la división de fundamentos de Ferrajoli se expresa como la diferencia entre la base epistemológica, la justificación ético-política y la praxis institucional. Hay en su explicación una doble perspectiva dependiendo de si habla de y una lógica ‘interna’ o ‘externa’ al ordenamiento. La primera se refiere a la dinámica dentro del discurso o el texto, que pueda ser evaluada y valorada desde sus propias premisas, ya sea mediante una determinada hermenéutica o con las herramientas de la lógica informal. La segunda corresponde a los postulados ético-políticos que fueron base de la creación de normas en primera instancia, que son los que en DH usualmente se dan por sentado y se dejan fuera de todo debate.

La idea en Ferrajoli que el ordenamiento jurídico se basta a sí mismo y tiene una lógica interna fuera de toda injerencia se asemeja a la teoría de Kelsen de la ‘dinámica jurídica’, en la obra *Teoría Pura del Derecho*. Pero tratándose del Derecho Internacional de los DH sobre todo, la división pierde utilidad y se disipa, dado el carácter altamente político de las situaciones que se tratan y el grado de indeterminación conceptual.

El ordenamiento jurídico no necesariamente ha de ser considerado como un sistema independiente, autónomo y objetivo y, de hecho, son cada vez más quienes critican dicha perspectiva, sobre todo los autores que se alejan de la epistemología clásica, en la que además se enfatiza la categoría binomial sujeto-objeto, que pierde sentido en los nuevos paradigmas teóricos, en los que el objeto siempre partirá de una intersubjetividad.

El Derecho puede ser visto más bien como la expresión de un sistema político que cumple una función de asignación autoritaria de valores. Se trata de una disciplina que, como cualquier otra, no puede abstraerse de su contexto socio-histórico y cuyo quehacer se ve permeado por la subjetividad de los aplicadores del Derecho, así como por las relaciones de poder dominantes y los intereses en juego en un caso determinado. La división entre Derecho y moral, Derecho y ética, Derecho y religión y Derecho y política en este contexto, es una ficción jurídica tendiente a sostener la creencia en la imparcialidad y seguridad jurídica que brinda el sistema, pese a que sea imposible abstraer la subjetividad del juez y las relaciones de poder de las decisiones judiciales. Esto se comentará más adelante en el acápite sobre la crítica preliminar a los DH. Por lo pronto solo decir que la búsqueda del Derecho moderno por esta división, por la secularidad y apolitización es en aras de la certeza jurídica y del logro de la meta de “racionalidad” en la interacción institucional⁸².

Ferrajoli pretendió con el análisis de estos tres fundamentos, epistemológico, ético-político y lógico, la revisión del modelo garantista de legalidad penal y procesal, tal y como fue diseñado por el pensamiento ilustrado. Fundamento puede ser entendido así en relación con las palabras validez y efectividad, que son digamos, los dos niveles ontológicos de las normas: su existencia en el ordenamiento y su existencia en la praxis social.

Existencia en el ordenamiento. La validez se puede referir por un lado, a la existencia de la norma dentro del ordenamiento jurídico, de acuerdo con los criterios de validez en Derecho: la validez jurídica, la cual se basa en las premisas estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, la validez de las fuentes, hasta cierto punto de la estructura semántica de la norma y, finalmente, de la validez de los procedimientos. También puede referirse a la coherencia lógica del discurso o la validez de la argumentación desde la lógica informal.

⁸² SALAS PORRAS, Ricardo, La Sanción Penal. Síntoma de un Orden Social. Editorial de Investigaciones Jurídicas S.A. Primera Edición. San José, marzo de 2006. p.43.

Existencia en la praxis social. La efectividad por su parte, se relaciona con la legitimidad de la norma, entendida esta como una aceptación cultural de los DH, como efectivo cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados (voluntad política). Al término efectividad puede relacionarse asimismo al debate que se da o se podría dar en diversas instancias (legislativa, judicial, académica, movimientos sociales) acerca de la justificación ético-política: ¿por qué existe la norma?, ¿debería seguir existiendo?, ¿qué puede ser considerado un DH?

Kelsen hace un vínculo entre validez y efectividad, de acuerdo con el cual una norma que no es respetada en la práctica, no existe tampoco en el plano semántico, en el ordenamiento jurídico⁸³:

La norma es válida <=> es efectiva

Para este punto, vale mencionar la relación entre el rol del juez con la separación relativa entre Derecho y moral, en tanto un cierto tipo de discurso – el metafísico-esencialista – da pie a que se pueda ampliar o reducir con mayor comodidad el contenido de determinados derechos. Es necesaria la existencia de ambos niveles, validez (jurídica y lógica) y efectividad (legitimidad cultural y voluntad política), para la efectiva protección del ser humano frente al poder coercitivo.

En la hipótesis contingente del presente trabajo se establece una relación entre ambos niveles igual a la de Kelsen: la norma es válida si y solo si es efectiva. Sobre esto, Salas menciona un punto interesante y es que, pese a la paradoja subyacente, la función legitimadora de la ideología bien puede descansar sobre esa “*existencia e ineficacia simultáneas*”⁸⁴. El discurso de la protección del ser humano finalmente es una fantasía ideológica que pretende cubrir la imposibilidad de que ello efectivamente se dé en una forma universal en el sistema liberal capitalista que lo promueve. El garantizar las

⁸³ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho. Décima Edición. Traducción de Roberto Vernengo. Copia del libro proporcionada en el curso Introducción al Derecho I en el 2000. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p.24: “Una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado”.

⁸⁴ SALAS, *op. cit.*, p.15.

diversas generaciones de DH resulta en un enfrentamiento entre garantizar las libertades de unos pocos y el derecho a la equidad de las mayorías y, en general, libertades y derechos de explotación *ad infinitum* que son imposibles de sostener medioambientalmente.

Desde una perspectiva jurídica, la validez de la norma no solo dependerá de su efectiva positivización y su coherencia con respecto a la jerarquía de normas jurídicas. En el caso de los DH, donde se trabaja con conceptos indeterminados, el discurso judicial de la Corte IDH se vuelve tan importante como la norma que se encuentra establecida en el instrumento internacional base, la Convención Americana de DH. En este sentido, se establece el bicondicional:

Efectividad \Leftrightarrow el discurso es válido (lógica y jurídicamente válido)

La hipótesis contingente del presente trabajo plantea que la coherencia del discurso de los DH en general, se ve mermada al utilizar conceptos esencialistas y un modo de operar normativista, que da pie a un margen de discrecionalidad del juez contrario a los principios de certeza jurídica, estricta legalidad y 'objetividad' que legitiman al sistema jurídico, en la medida en que tales principios pretenden la reducción de la violencia del Estado frente al individuo. Sería una práctica que destruye la ficción de la división entre Derecho y moral. Una fantasía ideológica que se destruye a sí misma. Esto se da por la dificultad de conciliar diversas racionalidades, incluida la premoderna (aceptación del mito, en el que el esencialismo es parte del discurso) y la moderna (culto a la razón y moral privada).

Partiendo de la teoría de la ideología, vale reflexionar si lo que se plantean aquí son paradojas, aporías que podrían llevar eventualmente a una necesidad de cambio en el sistema o a su fenecimiento. ¿Es posible que un juez pueda dar un discurso distinto al liberal jusnaturalista, que es la base histórica de los DH? ¿Es posible que no asuma un rol creador, cuando trabaja con una norma que fue escrita hace más de cincuenta años para un contexto europeo (la Declaración Universal de DH, base de la Convención

Americana), distinto a la realidad latinoamericana?, ¿es posible conciliar el principio de legalidad con nociones indeterminadas como ‘derechos humanos’?

De acuerdo con Ferrajoli – o más bien, haciendo una analogía entre sus conclusiones para los conceptos indeterminados en Derecho Penal⁸⁵ y los instrumentos de DH y sus principios interpretativos – en tanto sean aceptadas normas vagas desde las cuales no se pueda respetar el principio de legalidad, las resoluciones judiciales tendrán “legitimidad interna” (relativamente coherentes internamente) pero no legitimidad externa (“justas”), pues serán “*sustancialmente arbitrarias*”.

Es importante aclarar que la palabra “existencia” *no* se refiere al plano que Haba denominaría “*empírico-intelectual*”⁸⁶. No hay duda que pueda existir y ser utilizado un discurso que sea inválido desde un punto de vista lógico, o uno que no haya sido culturalmente asimilado, no esté siendo políticamente aceptado por los grupos dominantes, o bien, incluso que los operadores del Derecho mismo lo pasen por alto.

Sin embargo, si es acertada la hipótesis que el planteamiento de un discurso inválido incide en su efectividad, podría a la larga incidir también en su existencia “empírico-intelectual”, en la medida en que el rompimiento de la fantasía ideológica puede llevar también a un cambio en las prácticas sociales. El mismo Haba admite la necesidad de “*una conformación lingüística adecuada para ocasionar efectivamente el comportamiento deseado*” como requisito *si ne qua non* para que la norma sea eficaz⁸⁷. Ante este escenario, la función de una crítica ideológica es la del examen de las incoherencias en el discurso, pues a través de esas fisuras se descubren las relaciones de poder tras la doctrina aparentemente neutral⁸⁸.

Recapitulando todo lo dicho hasta ahora, se concluye que el tema de los fundamentos en DH *no* es un “pseudoproblema”, como lo plantea Haba. Ferrajoli consideraba tal

⁸⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p.218.

⁸⁶ HABA, *vid supra* nota 66, p.169-170.

⁸⁷ *Ibid*, p.252.

⁸⁸ ŽIŽEK, Slavoj, *Ideología. Un mapa de la cuestión*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2003. (traducción al español. Obra original en inglés: 1994). p.17.

razonamiento como una forma de imposición del Derecho y promoción de la primacía de perspectiva normativistas que nunca alcanzaban a ver el moralismo y la arbitrariedad en la praxis judicial penal:

“...el rechazo, o más a menudo, la incomprensión del principio axiológico de la separación se ha asociado casi siempre al rechazo del principio teórico, dando origen a representaciones sustancialistas y apologéticas del derecho penal vigente como brazo secular de la moralidad media de los ciudadanos, o del ethos del Estado, o del orden antropológico-natural u otras ideas por el estilo. Por otro lado, la aceptación iuspositivista del principio teórico las más de las veces se ha hecho desembocar en la aceptación formalista del punto de vista normativo interno o jurídico como punto exclusivo de la reflexión política, y no solo de la científica, acerca del derecho penal y el Estado. En ambos casos se ha seguido de ello el abandono de cualquier punto de vista axiológico externo, y con él, de la tensión entre la justificación externa del derecho penal y sus contenidos. El derecho ha llegado a ser algo “natural” que hay que conocer y como mucho explicar, y no ya justificar o deslegitimar. Y el problema de la justificación, es decir, de los límites y fundamentos morales y políticos del derecho penal, ha sido más que apartado, descartado.”⁸⁹ (subrayado no es del original)

Así pues, el descartar el debate, el considerar que el sistema jurídico se basta a sí mismo, que los DH son una ‘verdad’ que no hay que justificar, solo proteger, son argumentos y posiciones que se constituyen en mecanismos ideológicos de naturalización. Nuevamente Ferrajoli aporta una explicación en rechazo de dicha postura y a la de considerar los problemas de justificación como ‘discusiones cuasi-teológicas’:

“Pero es el caso también de las tendencias meramente formalistas y tecnicistas, no por casualidad emparentadas históricamente con las primeras [el legalismo ético], que muy a menudo, tomando como axiológica la tesis de la omnipotencia del legislador basada en principio de legalidad, se deslizan con semejante falacia de la idea de la autonomía de la ciencia jurídica respecto a referencias ontológicas externas a la idea de que el derecho y el estado se autojustifican, o por lo menos de que son estériles y metafísicos los problemas de su justificación y los correspondientes puntos de vista axiológicos externos”⁹⁰.” (subrayado no es del original)

Hasta el momento, se ha relacionado el tema de los fundamentos con:

- la crítica al uso de una perspectiva esencialista en el discurso jurídico
- la crítica a la naturalización de los DH al descartar la discusión de su razón de ser
- la explicación de los niveles ontológicos de la norma (efectividad y validez) como fundamentos.

⁸⁹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p.225-226.

⁹⁰ *Ibid*, p.230.

En relación con esto último, falta realizar algunas consideraciones en torno a la división entre el Derecho y la moral en la actualidad. Además, mencionar la crítica de Žižek al uso de la retórica de los fundamentos de manera que posteriormente pueda volverse una herramienta para el análisis de discurso de la doctrina de la Corte IDH.

En cuanto a la relación entre la moral y el Derecho, se habla en la actualidad de una crisis del Derecho, tanto por la desustancialización de la política de la que habla Von Beyme y la consecuente pérdida de capacidad regulativa del Estado; como por el hecho de que, como se mencionó en la introducción al problema, se ha erosionado la creencia en la “razón jurídica” como concepto clave en el Estado moderno. Se habla también de una sobrecarga de complejidad del Estado (utilizando la terminología de Luhmann) y un consecuente debilitamiento del constitucionalismo.

El segundo punto, la ‘crisis de la razón’, es el que más interesa en este contexto. La crisis de legitimidad va relacionada con lo que se denominaría en Castoriadis, una pérdida de capacidad simbólica del discurso para representarse, en una época en la que se rechaza toda forma de fundamentación⁹¹. Así, el Derecho ya no es reconocido como el medio idóneo ni ‘justo’ de organización social. La crisis también implica una disolución de las dicotomías que solían regir la vida social, tales como lo jurídico-ajurídico, lo formal-informal, lo público-privado, Estado-ciudadanía, etc.⁹² Ello incluye también la ficción de la división entre Derecho y moral. Parece entonces que muchos de los problemas del discurso jurídico en general, se trasladan a los DH, que resultan ser un eje central de los ordenamientos jurídicos constitucionales, a la vez que su punto ‘extra-jurídico’ y más etéreo.

⁹¹ Ver GIDDENS, Anthony, Consecuencias de la Modernidad. Alianza Editorial. Madrid, 1990. p.55.

⁹² Acerca de los problemas de legitimidad del Derecho en la actualidad, ver GARCÍA INDA, Andrés, “Cinco Apuntes sobre Derecho y Postmodernidad”. Cátedra de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2000.

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_10.pdf

El autor García Inda enfatiza en la crisis del sistema jurídico en su totalidad, como parte de los rompimientos con la modernidad.⁹³ Un punto que el autor menciona como síntoma de esta crisis es la tendencia de lo jurídico a los conceptos indeterminados, dada la pobreza de la base axiológica y epistemológica del sistema, que incide en las formas institucionales. Ello se traslada evidentemente al caso de los DH. Segundo, la neutralidad del Derecho es vista no ya como una cualidad, sino como un mecanismo ideológico que trae consigo la imposición de un determinado sistema económico. Ello se hace también patente en el caso del Derecho Internacional de los DH, que es un discurso globalizado. Por último, García Inda hace ver la paradoja que conlleva la flexibilización/indeterminación deliberada del discurso jurídico, la cual promueve la incertidumbre y no la certeza jurídica para la cual fue creado, si se toma a Hobbes. Dicha posición es consecuente con la hipótesis planteada en este trabajo, acerca de la dinámica existente entre la indeterminación y la certeza jurídica.

Así pues, cabe afirmar que la indeterminación conceptual y el esencialismo en los DH sumado a la falta de espacios políticos para la discusión acerca de la justificación de tales derechos, da un mayor margen al juez para sus interpretaciones, lo cual, como señala Ferrajoli, abre campo a la arbitrariedad.

Más aún, el carácter incuestionable de los axiomas de los DH y el ocultamiento de su naturaleza metafísica y su vaguedad, coarta la posibilidad de posicionamiento de relatos alternativos, que de por sí surgen ante la creación de nuevos DH y la apropiación del discurso por parte de diversos grupos. A la vez, este carácter incuestionable oculta la vacuidad tras el significante 'DH' y el hecho de que su sustento teórico y su razón de ser política en el marco de los sistemas de protección de DH, están actualmente en el sostenimiento de un sistema y orden geopolítico determinados.

⁹³ Giddens considera que aún se está en la modernidad, la cual ha tenido modificaciones, y considera inútil hablar de una "post" modernidad. No obstante, aquí se parte de las elaboraciones de Touraine y Von Beyme en cuanto a las diferencias entre la epistemología de la modernidad y los desarrollos posteriores a los autores y periodo histórico citado. Independientemente de si en la actualidad pervive mucha de la racionalidad moderna y premoderna, se parte de la división de la historia de las ideas en premodernidad-modernidad y postmodernidad. GIDDENS, *op.cit.*, p. 52-58.

En otro orden de ideas, el análisis de Žižek de los fundamentos materiales (ya la crítica al fundamento formal por tautológica se mencionó en relación con la crítica la esencialismo) basado en su lectura de Hegel, comienza por considerar relevante la determinación del rol del fundamento en relación con lo fundamentado; con aquella red de relaciones y condiciones que hace que un momento de la totalidad funde al resto. El fundamento material se relaciona con la identidad de la cosa y funciona más allá de la argumentación, como ocurre en el caso de la alusión a un fundamento formal. Se da una tautología en la cual el fundamento está fundado en sí mismo; en el conjunto de sus relaciones con lo fundamentado. La oposición entre el momento de la totalidad que fundamenta y la totalidad que es fundamentada se disuelve.

Lo anterior perspectiva, que relaciona un discurso fundamentador con el fundamentado, se explica si se considera al lenguaje en general como un sistema, un fenómeno colectivo con un código común refractado por distintas posiciones de grupo o clase; si se considera al signo como una construcción social y la relación entre este y el sintagma (combinación de signos) como clave para la comprensión de algunos mecanismos ideológicos como la naturalización, y en general, la deconstrucción del discurso connotado.⁹⁴ Es explicable pues al considerar a la doctrina como un sistema paradigmático en el que se hacen diversas asociaciones y conexiones y se busca que existan elementos diferenciadores y otros semejantes⁹⁵.

En el lenguaje de Žižek, se percibe la causalidad expresiva como producto de la imaginación y, consecuentemente, esta búsqueda retroactiva de un fundamento por la totalidad de lo fundamentado es posible solo dentro de un universo simbólico. Es lo que Hegel llama “el retorno de la cosa en sí” que tiene como función la diferenciación de una cosa de la totalidad, y el logro de su identidad con sí misma. Ello se logra tomando una serie de condiciones y denominándolas constitutivas o propiedades de esa cosa y

⁹⁴ Ver en este sentido, BARTHES, Roland, *Éléments de Sémiologie*. Éditions de Seuil. París, 1985. (originalmente publicada en 1965), p.53 y 57; HODGE Robert, KRESS, Gunther, *Social Semiotics*. Cornell University Press. Nueva York, 1988. p.19 y 23.

⁹⁵ BARTHES, *ibid*, p.53 y 64.

presuponiendo un fundamento que las ata⁹⁶. Este ejercicio es evidente en la constitución del sujeto de los DH y de la definición misma de DH, como se verá más adelante. Aquí comienza también el tema de la autoreferencialidad de los textos judiciales y el hecho de que, la realidad a la que estos aluden es la concebida en el universo del texto, cual si fuese una novela.

3. Derechos Humanos como un concepto indeterminado

“Human rights are simply nonsense: natural and imprescriptible right, rethorical nonsense-nonsense upon stilts. But rethorical nonsense ends in the old strain of mischievous nonsense: (as) terrorist language.”
Jeremy Bentham(Gaete p.23)

Las fronteras, ámbito y definición de los DH, así como el sujeto que presupone y la lógica de interpretación y formulación en un contexto determinado, pueden ser identificadas mediante un análisis ideológico de discurso. Gaete señala en igual sentido la posibilidad que da el análisis de descubrir significados de los DH y aspectos acerca de los emisores de tal discurso, pese a la ambigüedad propia de sus reglas de formulación y la circularidad de sus razonamientos:

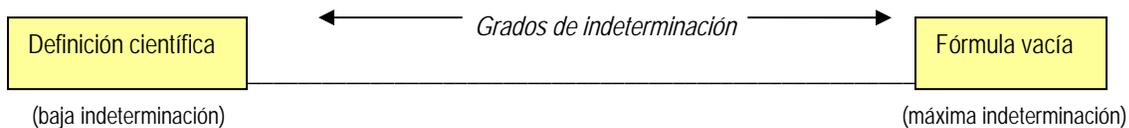
“Human rights do not exist as heavenly and pure principles but as a specific discourse with ambivalent rules of formation. It is this discourse that must be subjected to interrogation. How its meanings are generated, who controls them, what statements are or can be censored or excluded? Are human rights reflexive, that is, do they control the statements interpreting them? [...].”⁹⁷

Así que, el análisis brinda ciertas posibilidades, aunque sea las de precisamente identificar que existe un problema de definición y fronteras de los DH, dadas una serie de características propias de este significante y su contexto. Así, los DH pueden ser encasillados como otro de los tantos conceptos indeterminados que abundan en el ordenamiento jurídico, sobre todo en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional de los DH.

⁹⁶ *Ibid*, p.53 y 64.

⁹⁷ GAETE, *vid supra* nota 16, p.4. “Los derechos humanos no son principios puros y celestiales, mas constituyen un discurso específico que tiene reglas de formulación ambivalentes. ¿Cómo se generan sus significados, quién los controla, qué afirmaciones pueden ser censuradas o excluidas? ¿Son los derechos humanos reflexivos? Es decir, ¿acaso controlan las afirmaciones que los interpretan [...]?” (traducción libre)

Haba explica que toda noción jurídica tiene algún grado de indeterminación, pues no existe lo que él denomina una ‘uniformidad semántica’ en el discurso jurídico. Un concepto jurídico indeterminado se define según este autor como: “*una formulación consignada en textos jurídicos que le otorga al intérprete – de hecho – un amplio grado de autonomía para decidir cómo va a entender el concepto*”⁹⁸. Existen grados de indeterminación y hay conceptos que tienen un grado de indeterminación o vaguedad tal, que caen en fórmulas vacías:

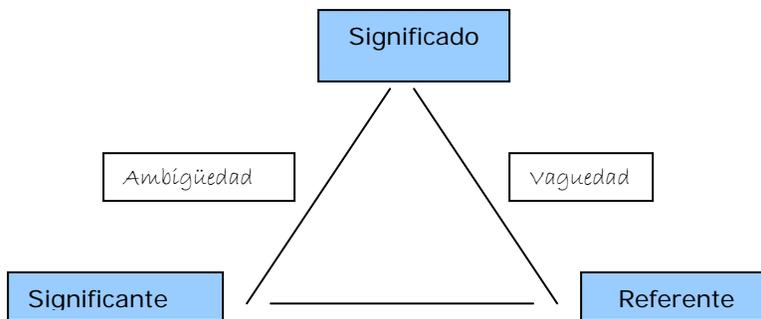


Fuente: esquema de elaboración propia. 2007.

Como se verá en el acápite sobre teoría de la ideología, hay autores que consideran que en realidad todo significativo es vacío y adquiere su contenido de manera retroactiva. La forma de desentrañar la lógica del discurso está en identificar sus puntos nodales, palabras ligadas a paradigmas o corrientes paradigmáticas que dotan de sentido a palabras como DH. Dejando momentáneamente de lado estas corrientes, con el objeto de explicar mejor la perspectiva de Sartori, se tiene que la vaguedad o indeterminación, de acuerdo con la “*triada de elementos del proceso cognoscitivo*” de tal autor⁹⁹, quiere decir que un concepto denota “*mal o poco*”, ya sea porque no aísla o marca los límites del referente o “*no discrimina entre lo que contiene*”. El otro problema que puede darse en el llamado proceso cognoscitivo es la ambigüedad o la equívocidad, entre la palabra y su significado, en tanto una misma palabra puede tener varios significados. La forma de solucionar esto último es precisando.

⁹⁸ HABA, *vid supra* nota 66, p.263.

⁹⁹ SARTORI, *vid supra* nota 11, p.57.



Fuente: mapa conceptual de elaboración propia basado en el expuesto en: SARTORI, Giovanni, *La Política, Lógica y Método de las Ciencias Sociales*. México D.F, 2002.p.57.

Como consecuencia de su indeterminación, Haba concluye que los DH son fórmulas pseudo-normativas y conceptos “paraguas” de uso persuasivo:

- *Fórmula vacía pseudo-normativa.*¹⁰⁰ Para que una fórmula lingüística se halle provista de un ‘verdadero contenido normativo’, debe limitar lo que él denomina “*la esfera de aplicación intersubjetiva*”. Esto quiere decir que debe distinguir entre “*su propio contenido referencial*” de todo otro comportamiento posible. Para ello, la norma debe estar compuesta de términos precisos y no de palabras tales como “justo”, “razonable”, “equidad” o “natural”.

Las preguntas que surgen ante esto son: ¿la definición de los DH es imprecisa? ¿Desde su creación ha sido una noción imprecisa o solo en la actualidad? ¿Los DH son pseudo-normativos dado el carácter impreciso de su contenido? Considérense algunos ejemplos. El constitucionalista costarricense Rubén Hernández Valle, da una definición de derechos fundamentales y otra de DH en su libro *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*, obra que se utiliza con frecuencia como texto base en los cursos de Derecho Constitucional III sobre derechos fundamentales, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Explica que los derechos fundamentales antes

¹⁰⁰ HABA, *vid supra* nota 66 p.268.

eran límites al ejercicio del poder público, eran “*garantías negativas para tutelar los intereses individuales*”¹⁰¹.

Actualmente en cambio, “*los derechos fundamentales responden [...] a un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el contenido del ordenamiento infraconstitucional*”¹⁰². Los derechos fundamentales, de acuerdo con este autor, determinan el “*estatuto jurídico del ciudadano*” y “*enmarcan las relaciones*” entre el individuo y el Estado y el individuo y los demás, en el sentido de proteger “*la autonomía, la libertad y la seguridad*” de los ciudadanos frente al poder público y frente a terceros. En resumen, los derechos fundamentales son normas (o principios) de alto valor jerárquico y de gran vaguedad, que tienen como objeto reivindicar al individuo frente al Estado y la colectividad.

Dado este carácter reivindicativo, es que se afirma en la doctrina de los DH que el Estado se limita a reconocer tales derechos que son inherentes a la persona, la cual es un sujeto que se autodetermina, es libre, racional, y goza de una esfera de autonomía que debe ser salvaguardada. De no hablarse de ‘reconocimiento’, se caería en una contradicción al otorgarle mayor poder al Estado que al individuo y sugerir cierta determinación del primero por parte del segundo. De modo que, considerar que el Estado es quien declara tales derechos y los otorga al individuo iría en contra de este empoderamiento en el discurso del sujeto de los derechos, frente a un Estado que se visualiza como un aparato coercitivo que tiene lógicas internas instrumentales distintas a aquellas bajo las cuales fue creado y que además está sujeto a la voluntad de los grupos hegemónicos. Una visión así del Estado podría coincidir con algunos textos de DH, mas no con otros, donde el utilitarismo impera y, en este sentido, se usa una visión más simplificada del Estado,

¹⁰¹ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica. Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, 2002. p.25. Recuérdese que la distinción entre derechos fundamentales y DH es la positivización. Así, los derechos fundamentales son aquellos DH “reconocidos” en una Constitución. Es entonces una diferencia no conceptual, sino de efectividad, de jerarquía normativa, y de quién va a ser el intérprete autorizado de la norma. En palabras de HERNÁNDEZ (p.27): “*Los derechos fundamentales, en cambio, se encuentran reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico, de manera que su eventual violación o amenaza de violación puede ser subsanada o impedida, en su caso, por remedios procesales específicos. [...]*”

¹⁰² *Ibid*, p.25.

como una institución en función de las necesidades de los individuos, más allá de cualquier consideración de relaciones de poder o lógicas institucionales. Ya sea que se mire al Estado como monopolizador de la violencia o como una suerte de aparato en función de la persona, el hecho de que este sea quien cree DH va contra la visualización de estos derechos como propios del individuo, situados en una posición supra-ordenamiento.

La definición anterior da a entender que los derechos fundamentales son una suerte de “valores universales” que se “plasman” en la Constitución, y constituye una definición con un grado significativo de imprecisión. Este se ve parcialmente subsanado por el hecho de que al menos quedan más claros que en el Derecho Internacional, los mecanismos de exigencia de respeto, protección y garantía de esos ‘derechos’ en el marco de un Estado de Derecho en el cual se da un sistema de control constitucional concentrado. La definición de DH dada por Hernández Valle es aún más extensiva:

“el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreta las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Es decir, los derechos humanos tienen una connotación más axiológica que jurídica, pues se refieren a todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de la vida humana y, por diversas razones, no se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos.”¹⁰³

En esta definición, los DH son “facultades” y “mecanismos de protección”, los cuales a su vez son expresiones históricas de “*exigencias*” de la dignidad, la libertad y la igualdad (que entonces son previas a cualquier institución), así como de “necesidades” de la vida humana. Es difícil, si no imposible, operacionalizar esa definición en normas universales de DH a partir de una única interpretación de lo que es “una exigencia de la dignidad”, por ejemplo, o a partir de lo que se defina que es “una necesidad de la vida humana”. Es por este grado de indeterminación que actualmente nociones vagas como la paz o necesidades muy específicas como el acceso al agua han sido denominados DH, que deben ser defendidos ante los Estados y la colectividad. Podrían seguirse creando *ad infinitum*, pues esa definición es muy cercana a una fórmula vacía.

¹⁰³ *Ibid*, p.26.

Una definición de esta clase, también deja un amplio margen a la interpretación y se entenderá de manera diferente lo que es una “necesidad humana” en los diversos contextos políticos, históricos y culturales. Aquí es donde fallan las pretensiones de universalidad del discurso, pues las diversas interpretaciones van creando varios discursos de DH. A la vez, es en este punto que se visualiza el poder de la Corte IDH e incluso la CIDH, los cuales constituyen los máximos intérpretes autorizados y legítimos en el continente acerca de lo que son DH y cómo se aplican en un caso determinado; incluso sobre el poder que puedan tener tribunales nacionales, si bien la Corte IDH tiene gran cuidado de evitar ser vista como una cuarta instancia.

En cuanto a “la dignidad”, “la libertad” y “la igualdad”, se verá luego que son palabras que presentan algunos problemas para su implementación en un sistema universal o regional de protección de DH. Para comenzar, el uso del artículo definido “la” refiere a un uso esencialista de esas palabras. Sea, se les trata como un referente objetivo; como si se estuvieran denotando un objeto sensible. En el marco del sistema interamericano, están cargadas con la ideología liberal ilustrada, y no con ninguna otra racionalidad.

Por su parte, Piza Escalante, ex magistrado constitucional costarricense y ex juez de la Corte IDH, da la siguiente definición: *“los derechos humanos son, sencillamente, determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que suponen derivadas de su ‘intrínseca dignidad’ y necesarias para el desarrollo pleno de su ‘personalidad’ y que, por lo tanto, se reclaman como ‘derechos fundamentales’ frente a todos los demás hombres y, de modo especial, frente al estado y el poder¹⁰⁴”*. Sabe que tal definición, aunque “acertada” está lejos de ser precisa, y así cada cual pretende *“cobijar lo que le gusta o acomoda, convirtiéndolos, unos, en ‘derechos promesa’, otros en ‘derechos programa’, otros en ‘derechos ideales’ o ‘derechos valores’, cuando no en*

¹⁰⁴ PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “Derecho y Derechos Humanos”. En: *Revista Acta Académica*. Edición No.1. Universidad Autónoma de Centroamérica. San José, 1986. p. 253 de la Antología de Democracia y Derechos Humanos de la Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica. Segundo semestre de 2006. En realidad no todos los DH son derechos subjetivos. Muchos de ellos son objetivos, y sus funciones y exigibilidad son distintas. Esto se desarrollará en otro capítulo. En este sentido vid MATHIEU, *supra* nota 18.

‘derechos bandera’ y muy pocos en “auténticos derechos derechos”...que solo son tales en función del Derecho...”

Explica que los DH son ‘derechos subjetivos’ y por consiguiente son jurídicamente exigibles, “y solo en tanto jurídicamente exigibles adquieren su plena significación¹⁰⁵”. Dice además que “como humanos y fundamentales”, los DH tienen “una naturaleza especial”. En cuanto humanos, se atribuyen al ser humano “por su sola condición de tal”. Ahora, son ‘fundamentales’ porque se derivan de la “intrínseca dignidad” del ser humano, por lo que el Estado solo se limita a “descubrirlos”.

En esta definición, los DH pasan de ser facultades y exigencias, a ‘situaciones favorables’, palabra que alude a un espacio y tiempo difícil de determinar; si está en el futuro, en el pasado, en un eterno presente, si ha de ser alcanzado o ya se tiene. Al igual que Hernández Valle, Piza Escalante habla de una derivación de los DH de las necesidades humanas y de su intrínseca dignidad y los ve como un límite del sujeto frente al Estado y frente a los demás. Considera que solo positivizados y exigibles alcanzan su máxima expresión, si bien, en palabras de Hegel, como universo simbólico con pretensiones de diferenciación, los DH atribuyen como su fundamento esencial la dignidad, y como características o propiedades, aquellas asignadas al sujeto, el cual se toda del contenido del liberalismo individualista.

El problema de la vaguedad se va a trasladar a los “derechos fundamentales”, de la misma forma que la vaguedad de los “derechos naturales” se trasladó a su consideración como “derechos humanos”¹⁰⁶ y lo que cambiará será el ámbito en el que se discutirá o impondrá su formulación: de uno internacional a uno nacional. La imprecisión en la definición se traslada también al ámbito de los instrumentos de DH. En lo relativo al Derecho Constitucional, Hernández Valle menciona que por lo general, las normas,

¹⁰⁵ PIZA, *ibid*, p.255.

¹⁰⁶ HABA, *vid supra* nota 9, nota 13 y la explicación acerca de equivalencia entre derechos naturales y DH que se hace en la página 17 del presente documento, “e) Del estoicismo a los nuevos movimientos sociales”.

principios y valores constitucionales están formulados de manera vaga e imprecisa¹⁰⁷. Por ello, les inserta dentro de la categoría de “*normas flexibles*”. La imprecisión permite que sus fórmulas normativas sean “*abiertas y susceptibles de ser interpretadas de manera plural*”. A esto Haba le llamaría una estructuración tal de la afirmación, que la vuelve pseudo-normativa. Como se señaló anteriormente, esta tendencia a la flexibilización o imprecisión normativa, atenta contra la seguridad jurídica y la división entre Derecho y moral/ética/religión/política que son base del Estado de Derecho moderno.

Hernández Valle soluciona la flexibilidad y fragmentación con un discurso típicamente ideológico que esconde el poder de constitución del juez tras un supuesto cientificismo y tecnicismo hermenéutico, que, al mejor estilo normativista, permite llegar a ‘la verdad’ o la interpretación única. El autor parte de la visión formalista del Derecho como una ciencia (pese a la indeterminación) que cuenta con “técnicas” de hermenéutica jurídica con las cuales solventar ese difícil pasaje de ‘lo abstracto a lo concreto’ (léase, dotar retroactivamente de contenido a las normas constitucionales). Si bien –admite- la efectividad de tales métodos se ve condicionada por la indeterminación propia de las normas constitucionales. Con esta última afirmación Hernández vacía de sentido su argumentación anterior, pues se vuelve al problema inicial de la indeterminación, la cual no puede ser superada mediante “técnicas de hermenéutica jurídica” en el caso de las normas constitucionales.

“[...] dentro de ese orden de ideas se ha afirmado que ‘...por ello la autodisciplina judicial no es...sino la consecuencia metodológica del carácter abierto, desde un punto de vista estructural, funcional y material, del Derecho Constitucional. La estructura de las normas constitucionales, la amplitud e indeterminación de su contenido, así como el carácter fragmentado, obligan al juez a actuar con prudencia si no quiere correr el peligro de que una prematura restricción del significado de una norma concreta pueda reducir su flexibilidad y modificabilidad, esto es, debilitar en el futuro de forma irremediable la fuerza normativa de la Constitución’ (SCHNEIDER).

[...] Por otra parte, todo acto de interpretación es en alguna medida, el tránsito de lo abstracto a lo concreto. En el caso específico de la interpretación constitucional, esa actividad consiste en concretar normas, principios y valores de contenido indeterminado, vago e impreciso, por medio de la utilización de los métodos hermenéuticos utilizados por la Ciencia del Derecho, los que, sin

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El Derecho de la Constitución. Volumen 1*. Editorial Juricentro. Primera Edición- San José, 1993. Para todo lo relativo al carácter vago de la norma constitucional p. 204 y 205.

embargo, se ven condicionadas por una serie de particularidades propias del Derecho de la Constitución, como es justamente el carácter abierto e indeterminado de sus preceptos.”¹⁰⁸

Su preocupación con respecto a la vaguedad no radica en que el otorgamiento de poder al juez y al sistema judicial, sino más bien que las interpretaciones lleguen a delimitar el significado de la norma de forma tal que ‘le reste fuerza’. Para resolver todo esto no queda más que tener una “autodisciplina judicial”, ya que usualmente no hay poder alguno sobre el intérprete de aquellas normas que contengan DH.

- *Fórmulas vacías con función ideológica¹⁰⁹*. Haba menciona que existen conceptos vacíos cuya existencia prevalece dado su uso ideológico. Les llama ‘*conceptos paraguas*’, pues sirven para ‘legitimar retóricamente’ prácticamente cualquier tipo de discurso, o para desacreditarlo. Considera este autor que tales palabras en algún momento y espacio tuvieron una definición dentro de la cual más o menos circunscribirse, pero luego pasaron a tener una suerte de alto valor axiológico que les convirtió en “*definiciones persuasivas*.” Dichas definiciones son caracterizadas por Haba como “*trampas verbales*” que pretenden “*recomendar un ideal modificando el significado descriptivo de una palabra sin cambiar su significado emotivo*”¹¹⁰.

Como ejemplo de la fórmula vacía en su “función ideológica”, Haba menciona precisamente la llamada “dignidad humana de la persona humana”, así como otras palabras usadas frecuentemente en textos e instrumentos de DH, tales como “social”, “justicia”, “bien común”.¹¹¹ Las fórmulas vacías se identificarían por tener los siguientes rasgos: a) falta de claridad y vaguedad que permite que se puedan acomodar a cualquier

¹⁰⁸ *Ibid.* P.205

¹⁰⁹ HABA, *vid supra* nota 66, p.276.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.241. Con “*significado emotivo*” o “*lenguaje emocionalizante*”, HABA se refiere a “*una disposición permanente para provocar reacciones anímicas en quienes las oyen o leen, unida a cierta aptitud permanente para constituirse en vehículos mediante los cuales quienes las usan dejan escapar, por decir así, sus sentimientos. Hay palabras que prácticamente no tienen otro significado que el descriptivo; otras, un significado puramente emotivo...El significado emotivo puede quedar atenuado, o aun cancelado, por el contexto. Otras veces puede operar en forma encubierta. De allí la enorme flexibilidad y riqueza del lenguaje persuasivo.*” (HABA citando a CARRIÓ, G.R, Notas sobre el Derecho y el Lenguaje. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1965)

¹¹¹ *Ibid.*, p. 267.

discurso; b) contenido emocional (que despiertan emociones en quien las escucha o lee); c) significado connotativo. Sea, no tiene una referencia en la realidad (en contraposición con un significado denotativo). Dada su vaguedad y su “*carácter emocionalizante*”, son por lo general aceptadas por la mayoría, si bien pueden caer en variadas interpretaciones que pueden ser contradictorias.

En relación con lo anterior, vale decir que la división entre significado denotativo y connotativo pierde sentido en una epistemología de la complejidad, donde todo objeto de estudio es una construcción social y, por tanto, la teoría sobre el referente y las relaciones entre los signos, los conceptos y la realidad cambian. En general, no es tan sencillo resolver el problema de definir la relación entre el lenguaje y el pensamiento, el pensamiento y la realidad y la definición de lo que es ‘real’ y lo que es ‘verdadero’.¹¹²

En la semiótica de Saussure y Barthes, la relación entre el significante y el significado es contractual (nunca natural ni necesaria), y entre el significante y el llamado ‘referente’, inmotivada; parte del aprendizaje de un idioma. El referente por su parte, no es ‘una cosa’, sino una representación psíquica de esta.¹¹³ En este orden de cosas, hablar de una humanidad por ejemplo, o de características de la humanidad, poco tiene que ver con el ser humano real, o la palabra ‘humano’.¹¹⁴ Lo mismo el decir que ciertos derechos sean ‘humanos’. Lo que se considere ‘humano’ o propio de la ‘humanidad’ por un juez o una institución, es una atribución arbitraria. Luego ella es sostenida por el mecanismo de la naturalización.¹¹⁵ El orden de la connotación por su parte, es propio de la ideología y es en él que cabe hablar de lenguaje retórico. En el sistema connotativo, el plano de expresión, o el significante, se vuelve el plano de denotación del plano de contenido o la significación.¹¹⁶

En cuanto al ‘carácter emocionalizante’, se considera que el lenguaje emotivo es pues parte del lenguaje común, utilizado en la literatura, en el discurso político en el hablar cotidiano. Es imposible que no exista y su inexistencia de por sí no es algo deseable, pues

¹¹² HODGE y KRESS, *vid supra* nota 95, p.23.

¹¹³ BARTHES, *vid supra* nota 95, p.47-48.

¹¹⁴ HODGE y KRESS, *op. cit.*, p.21.

¹¹⁵ BARTHES, *op. cit.*, p.50.

¹¹⁶ *Ibid*, p.77.

la mayor parte de la gente busca leer o escuchar aquello que mueva sus emociones y su imaginación. Haba lo critica en la medida en que se le confunda con lenguaje descriptivo, con conceptos científicos delimitados y en la medida en que se utilice en una función ideológica en el Derecho por ejemplo.

Las definiciones persuasivas usualmente dicen más de su emisor que de lo que se pretende delimitar; máxime si no intentan ser denotativas. Más adelante se desarrollará desde la teoría de la ideología, que toda nominación en realidad tiene un carácter performativo, por lo que incluso aquellas definiciones que se categorizarían en lenguaje kantiano como ‘juicios de hecho’ (en contraposición con los ‘juicios de valor’), descriptivas, tienen una intencionalidad y un componente imaginario y auto-referencial. En todo caso, desde las categorías de Haba, los DH califican como fórmulas pseudo-normativas y como definiciones persuasivas.

No se considera sin embargo que se trate de fórmulas vacías, o más bien, que se acepte enteramente esa categoría, en la medida en que los DH solo tienen sentido en el marco de una red de significantes y puntos nodales en un texto; lo cual no obsta para que se presten para ser usados para legitimar ciertas acciones, prácticas o discursos que no tengan en realidad un particular interés en ser consecuentes con el discurso en el que se mueven las instituciones regionales de protección. Las palabras siempre tienen que ver con sus formas de uso y las prácticas sociales y hábitos en una sociedad.

No puede considerarse que un significante esté plenamente vacío de contenido pues no actúa por sí solo sino como parte de una red de significantes y prácticas sociales; lo cual no quiere decir a su vez que justifique su sustancialización, que se oculte el verdadero carácter del signo, como explica Jakobson. No hay una realidad cognoscible más allá del discurso y la praxis social. En el texto, la instancia principal es el significante y la red social en el que este se mueve, no la significación, la cual varía según el intérprete. La materialidad la constituye el lenguaje mismo, y no existe una sustancia previa a la

significación sobre la cual esta se sostenga. El significante posee una inmediatez y una forma que carga con la identidad de la cosa.¹¹⁷

Las definiciones de DH, tal y como se ilustraron *supra*, se perciben como intuitivas, como una barrera imaginada entre la esfera de autonomía que el ser humano desea para sí y el poder instituyente. Las formas que asumen la necesidad y el contenido de las palabras dignidad, libertad, igualdad, están profundamente marcadas por el contexto socio-histórico. Es el caso de la Declaración Universal de DH firmada en el periodo posterior a la II Guerra Mundial.

Es una barrera ideológica frente a un pasado (y un presente) oscuro, de esclavitud, explotación, tortura, guerra, muerte. Contra un legado de violencia y brutalidad que el ser humano algunas veces no quisiera ver como suyo. En ese no querer ver, reconocerse en la brutalidad, se inventan todas estas palabras que, a veces protegen, otras tan solo invisibilizan que la esclavitud, explotación, tortura, guerra, muerte, siguen vigentes, propiciando el mantenimiento de las relaciones de poder desde las cuales estas realidades de brutalidad son posibles.

Lo interesante ahora es determinar si es posible reducir la vaguedad en el caso de una noción o concepto que no tiene un referente empírico; cómo hacer más denotativo – que describa ‘mejor’ – un concepto “*connotativo*” o “*teórico*”, y que por ende no alude a algo que provenga del mundo sensible¹¹⁸. Para Sartori, en las Ciencias Sociales: “*el referente está constituido por animales simbólicos mientras que en las naturales por objetos inanimados.*”¹¹⁹ No elabora en la noción de conceptos teóricos, ‘connotativos’ o ‘animales simbólicos’, aunque sí profundiza en la definición y relación entre denotación y connotación.

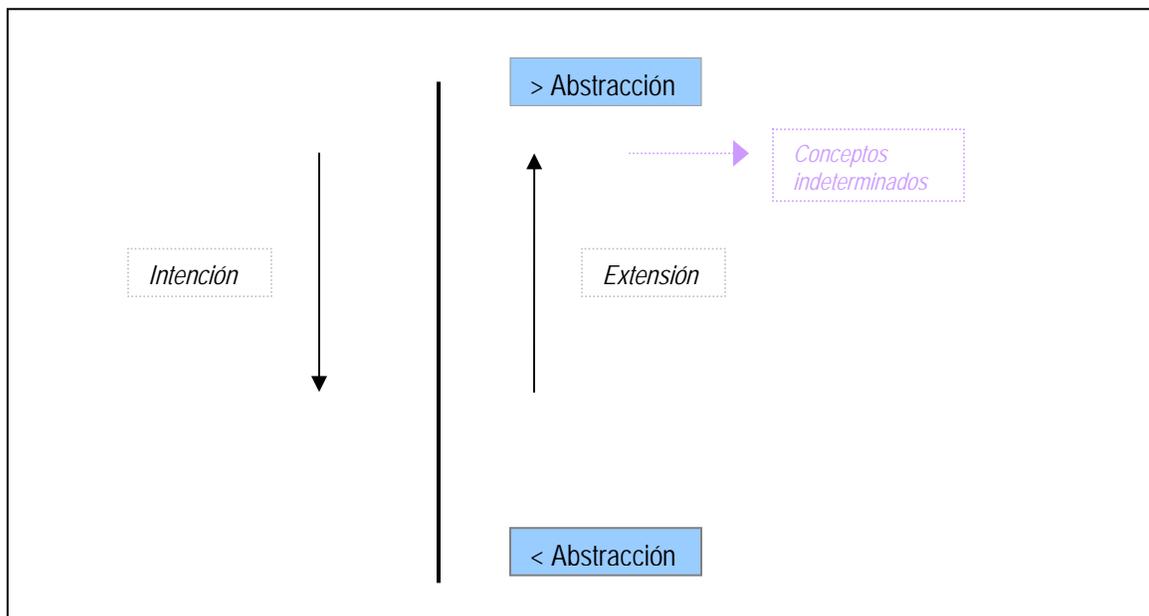
¹¹⁷ *Ibid*, p.35-39.

¹¹⁸ HABA, *vid supra* nota 41, p.267, en lo relativo a la creación de la noción “concepto connotativo”. , Metodología de las Ciencias Sociales. Introducción a problemas de elaboración de sus teorías. Hamburgo, 1970. (traducción libre de HABA del alemán).

¹¹⁹ SARTORI, *vid supra* nota 11, p.57-58, para sus definiciones de “concepto teórico” o, lo que es lo mismo, de “animal simbólico”.

Lo propone en el contexto de un tratamiento vertical o jerarquizado de los conceptos, en escalas de abstracción que cuenten con reglas de transformación. La denotación o extensión se refiere “*la clase de objetos a la cual se aplica el concepto.*”.¹²⁰ La connotación o intención alude al “*conjunto de características o propiedades que constituyen un concepto*”.¹²¹ Dichas características evidentemente son elaboradas por un sujeto cognoscente a partir de su percepción del objeto, que se presume material, tangible. Dentro de la escala de abstracción de Sartori, la connotación y la denotación están en una relación inversa.

Escala de Abstracción de SARTORI



Fuente: elaboración propia parcialmente basada en la explicación presentada en SARTORI, Giovanni, *La Política, Lógica y Método de las Ciencias Sociales*. México D.F., 2002: 77-80.

Al aumentar la intención, se agregan características y se delimita el concepto. Cuando se aumenta la extensión, se reduce el número de características, hasta llegar a lo que el autor llama “*conceptos universales*”, los cuales pueden tener inclusive solo una característica. Al relacionar la escala de abstracción con la escala de indeterminación mostrada previamente, se tiene que los conceptos indeterminados son aquellos con alta extensión y consecuentemente, que no están bien caracterizados. Entre los llamados “*conceptos universales*” pueden encontrarse asimismo las “*fórmulas vacías*”.

¹²⁰ *Ibid*, p.78-79.

¹²¹ *Ibid*, p.78-79.

En el caso de los DH, la escala encuentra dos complejidades adicionales. La primera, es la mencionada falta de referentes empírico y más bien la creación de realidades intratextuales. La segunda, es la existencia de una dimensión propia del Derecho, cual es la deóntica. No se habla entonces solo de la ontologización de conceptos, de la extensión e intención de las palabras, sino de naturalizaciones de afirmaciones normativas. Ejemplo de esto último es la atribución de propiedades a los seres humanos a partir de ideales religiosos o morales. Todos estos dilemas se disuelven, nuevamente, en una epistemología no positivista, que tome en cuenta el rol del sujeto en el proceso de elaboración de conocimiento y de creación de su entorno.

El tema de la indeterminación deja de ser meramente académico en el momento en que se considera que a mayor grado de indeterminación, mayor es la labor hermenéutica que debe llevar a cabo el juez. En el caso de los DH, el dilema político es particularmente importante, pues estos derechos tienen un rango muy alto dentro de la jerarquía de las normas jurídicas, ya sea como parte de la ‘norma fundante’ o en el marco del Derecho Internacional de los DH, donde se les intenta dar un carácter “transnacional”.

Esto quiere decir, en cuanto a los derechos fundamentales, que un Tribunal Constitucional con amplias potestades se convierte en un cuarto poder y a menos que tenga algún contrapeso, se volverá uno preponderante. En lo relativo al sistema internacional, se pretende que los DH tengan una fuerza tal que no puedan ser aplicables criterios como el de soberanía nacional o relativismo cultural para detenerlos.

Sobre el efecto que tiene el darle un alto valor a los DH han hablado algunos autores y es un tema de debate en Costa Rica, dadas algunas de las decisiones controversiales de la Sala Constitucional, como la repentina constitucionalidad de la reelección presidencial, la prohibición de la fertilización *in vitro*, la constitucionalidad del DR-CAFTA o la inconstitucionalidad del matrimonio homosexual.

Se ha dicho entonces que los conceptos indeterminados tienen una “*función delegativa*”, lo cual sirve paralelamente para: “*reforzar la posición política de los órganos a quienes esa delegación es efectuada*”¹²². Tal sería el caso de la Corte IDH. Vallès le llama a este fenómeno, “*la judicialización de la política*”¹²³, o el traslado de las discusiones que antes se daban en el parlamento como máximo órgano representativo, o en la esfera pública, a los gabinetes y salas de votación de los jueces. En ese mismo orden de ideas, Bentham señala que el discurso pasa de plasmarse en leyes, a decisiones judiciales. Es un fenómeno que consideró Inglaterra a inicios de los noventas, cuando era tema de debate la aprobación de una Carta de Derechos (*Bill of Rights*) que inevitablemente delegaría mucho del poder del legislativo al judicial¹²⁴. Tal efecto demuestra como detrás de la decisión de valores se dan cambios de estructuras que favorecen a unas u otras redes de poder.

El sistema de DH parte de la figura del juez y su labor constitutiva, y es distinto al sistema democrático representativo, en el que el poder legislativo es quien se apropia de la labor constructiva¹²⁵. Aquí se encuentra una nueva paradoja, pues las definiciones actuales de democracia representativa en el discurso político, contienen como elemento nodal la protección de la persona humana y la promoción de los DH como ideología. Es entonces importante comprender la relevancia de admitir que tanto la definición jusnaturalista de los DH, como muchas de las normas que conforman el articulado de diversas declaraciones y convenciones, son conceptos indeterminados.

Otras dos consecuencias que tiene la relación: a mayor indeterminación, mayor discrecionalidad del juez son:

1) Selección de casos: ¿asunto técnico o político? La selección de los casos que serán conocidos por la CIDH y la Corte IDH es ante la indeterminación un proceso no del todo

¹²² HABA, *vid supra* nota 66, p.259 quien a su vez cita a GARSTKA, H., Cláusulas generales, en KOCH, H-J, (ed.) Teoría del Método Jurídico y Filosofía Analítica. Kronberg, 1976. (traducción libre de HABA del alemán).

¹²³ VALLÈS, Josep M., Ciencia Política. Una introducción. Editorial Ariel Ciencia Política. Cuarta Edición. Barcelona, 2004. p 224-226.

¹²⁴ GAETE, *vid supra* nota 16, p.24.

¹²⁵ MATHIEU, *vid supra* nota 18.

técnico-jurídico, sino más bien de un carácter político. La Corte IDH y la CIDH probablemente consideren diversas variables, tales como la relevancia política del caso, el Estado que está siendo imputado, los DH que se alegan violados (no es lo mismo juzgar por violación a la vida, que a la libertad de expresión, o la propiedad privada; derechos sobre los cuales hay mayor o menor consenso en cuanto a su interpretación o en general, su aceptación), en relación con su sobrevivencia como institución.

2) No existe una solución única para un caso vs. formalismo. El decir que no existe una sola forma de resolver un caso podría verse como obvia en la época actual, mas el Derecho Internacional de los DH no puede verse como evidente. El Sistema Interamericano de Protección de los DH, ante el escaso apoyo político y financiero por parte de la OEA y la imposibilidad de asegurar el cumplimiento de sus sentencias por medios coercitivos, para funcionar debe valerse de su legitimidad como sistema ante los diferentes sujetos de Derecho Internacional (mediante una imagen de racionalidad de las sentencias, honorabilidad de los jueces, fuerza del discurso de los DH, funcionamiento transparente de la Corte IDH) y de la buena voluntad de los Estados (que estos tengan los DH en agenda y los consideren importantes en tanto vinculados con el tema de la gobernabilidad a lo interno, y a su imagen ante la comunidad internacional; en qué medida algunos de los tomadores de decisiones ven los DH como necesarios para la democracia y el bienestar, etc.). El sistema interamericano debe pues recurrir a la revitalización de instituciones imaginarias que ya han sido duramente debatidas en la crítica posmoderna, como lo es la racionalidad de las sentencias. A esto se le llama *formalismo o conceptualismo*, así como a la creencia que existe un método científico para poder resolver los problemas llevados al sistema judicial, como la que sostiene Hernández Valle¹²⁶.

Hasta el momento, la noción de DH ha probado ser vaga, mas existen normas dentro de la Convención Americana de DH que tienen un grado relativamente mayor de precisión, como por ejemplo el derecho a las garantías judiciales, que ha sido desarrollado a la par

¹²⁶ HABA, *vid supra* nota 66, p.283, en lo relativo a la definición en este contexto de “formalismo” o “conceptualismo”. Éste a su vez está citando a HART, L.A., El Concepto del Derecho. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963. (traducción de Genaro R. Carrió). p.57.

del pensamiento liberal y la doctrina penal garantista. Mientras que el ámbito de aplicación de otras normas, como el derecho al respeto de la honra y la dignidad, o el “*desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales*” (Art. 26 de la Convención Americana) han sido más bien delimitados por la jurisprudencia y la doctrina. Otros DH, como los de la llamada tercera generación, tienen una vaguedad tal que ni siquiera cabe considerar su justiciabilidad. Está también el caso particular del derecho a la propiedad privada, que aunque parece claro, el juez debe restringirlo o expandirlo dependiendo del contexto político-cultural.

“Justiciabilidad” es un término utilizado en la jerga del sistema interamericano para referirse a aquellos derechos cuya violación se puede denunciar ante la CIDH y la Corte IDH. Se relaciona por ejemplo con el Protocolo Adicional a la Convención Americana de DH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), o Protocolo de San Salvador, suscrito en el año 1998. En dicho tratado, ‘justiciabilidad’ quiere decir que únicamente los derechos contenidos en los artículos 8.a (derecho de los trabajadores a organizarse en sindicatos) y 13 (derecho a la educación) pueden ser alegados como violados ante la CIDH, la que eventualmente puede elevar el caso ante la Corte IDH (artículo 19.6 del mismo instrumento).

Las razones por las cuales solo estos derechos son justiciables es sin duda la baja aceptación desde 1948 de los DESC por los Estados, debido al desembolso económico que implican y por una cuestión de soberanía. También los DESC han sido vinculados con prácticas políticas socialistas, sobre todo en el marco de la Guerra Fría. La ONU habla de una obligación de “finés y no de medios” en relación con la garantía por parte del Estado de dichos derechos, pero aún así, ni siquiera los fines y metas quedan debidamente delimitadas. Podría pensarse que los Estados no querrían que una Corte internacional ligada a una organización regional que es dominada políticamente por Estados Unidos, quien tiene un dominio geoestratégico de la región desde finales del siglo XIX, interfiriera directamente con sus decisiones acerca de políticas públicas y otros. O bien, que precisamente porque EUA ni siquiera ha firmado y ratificado la

Convención Americana y en su momento tampoco aceptó el Protocolo DESC de la ONU, no hay necesidad de darle demasiada fuerza a esas normas.

Específicamente con respecto al ámbito de aplicación del artículo 26 de la Convención Americana, manifestó Piza Escalante:

“Sin que esto implique negar que se trata de auténticos derechos, en un sentido ‘material’, ni ignorar que en algunas oportunidades tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han elaborado ‘informes’ y emitido pronunciamientos más o menos concretos en materia de tales derechos, ni desconocer que alguna vez esas medidas hayan podido resultar actuales, la posibilidad jurídica o práctica de exigir de algún modo su cumplimiento, se evapora en una ilusión del ordenamiento internacional (más la tiene por ejemplo, la acción de dejar en la mesa al comensal que come con la boca abierta, y sin embargo nadie pretendería que los ‘desertores’ tenían ‘derecho’ a que comiera con la boca cerrada)[...]En el orden internacional, se ha intentado la explicación de que estos derechos económicos, sociales y culturales se instrumentan más bien como obligaciones de los Estados de procurar su realización y cumplimiento; explicación que, a mí personalmente, me satisface menos todavía en primer lugar, porque de todos modos una obligación de ‘procurar’, que es lo que se transpira de los textos citados, es tan vaga e indeterminada que prácticamente se convierte en un simple ‘deber moral’; en segundo, porque precisamente lo que define a los derechos humanos como ‘derechos’ son, al fin sus implicaciones ‘activas’ para el ser humano a quien se atribuyen, no sus consecuencias ‘pasivas’ para los demás o para el Estado, consecuencias que son correlativas pero no sustitutivas de los derechos mismos¹²⁷.” (subrayado no es del original)

Lo relevante de la cita anterior es el hecho de que Piza Escalante se refiera a un conjunto de derechos, los DESC, como inexigibles, en la medida en que la formulación actual de la norma es vaga y no se instituyen mecanismos reales para hacerles efectivos. No puede pasarse por alto tampoco el uso de una retórica jusnaturalista-esencialista en la cita anterior, como cuando menciona la “*existencia material*” de los DESC, pese a que sean vagos y tengan la exigibilidad de un “*deber moral*”. Así pues, los DESC pese a haber sido elevados al cielo de los conceptos jurídicos y ser parte de aquella masa indivisible de derechos, no gozan en realidad de igual rango, en la medida en que se les deja sin dientes.

Las explicaciones anteriores sobre los grados de indeterminación de los conceptos y su intención y extensión, se basaron en principio en la perspectiva clásica del proceso de

¹²⁷ PIZA ESCALANTE, *vid supra* nota 105, p.262.

nominación. Desde dicha perspectiva, no quedó realmente claro qué sería una ‘definición connotativa’ o un ‘animal simbólico’, que sería el caso de los DH. Se introdujo la mención de otras corrientes epistemológicas desde las cuales, incluso cuando la nominación hiciera referencia a un objeto material, siempre prima el rol del sujeto en la descripción.

Se distinguirán mejor ahora dos visiones acerca del proceso de nominación: la descriptivista y la relativista que usan Lacan, Žižek y Laclau. Esta última, que será la que se tome como referente teórico en el análisis ideológico, concibe a la designación como un proceso *no* mecánico. No se trata pues de un ‘juego nominalista’, en el que es fácilmente distinguible el sujeto que designa, de lo que se designa y del significante y contenido que se le da a este. Muchas veces, el tiempo borra la existencia de lo designado o este pierde los rasgos descriptivos que constituían su identidad en el momento de ser “bautizado”, y solo permanece la palabra, con un contenido que es ampliado o modificado con el tiempo.

La introducción de una perspectiva alternativa acerca del proceso de nominación permite analizar el discurso de los DH en lo relativo al proceso de dotación de contenido de sus principios nodales y del ser humano como sujeto de derechos. Luego, permite visibilizar el rol del juez en el proceso de nominación y, por último, cuestiona si los DH son susceptibles de ser reconstruidos desde epistemologías y semióticas alternativas. Un análisis ideológico que se refiera al proceso de nominación ayuda a explicar las razones de la disociación entre el nivel semántico y el práctico del que habla Haba; si bien dicha división no es enteramente válida si se considera que no existe un nivel pre-significante, material de la significación. La semiótica sí tiene relación con lo material, mas esta se da sobre todo en aquellas formas del lenguaje que tienen un origen funcional, las cuales no son mayoría sobre la preeminencia de lo simbólico en el lenguaje humano.

En todo caso, con respecto a la importancia de estas consideraciones en la crítica ideológica, autores como Voloshinov, hacen un vínculo ineludible entre los estudios ideológicos y la semiótica, pues la ideología se sostiene de los signos (hodge citando a

voloshinov.¹²⁸ Se comprende el llamado “*nivel semántico*” como una fantasía ideológica autoreferencial a lo interno de un texto que se traslada a la praxis social. El discurso de los DH en este caso, al no coincidir siempre con la cotidianidad o al ser usado de forma ineficaz, evidencia una retórica legitimante del poder y la dominación geopolítica. Otras veces, la ruptura hace ver que el discurso es solo inteligible desde la subjetividad de una ‘comunidad interpretativa’ (Kuhn) que cree en este discurso o al menos no lo cuestiona.

En el descriptivismo, del cual se derivan las nociones que usualmente se manejan sobre este tema, incluida la de Sartori y la intuida en la doctrina de los DH, se explica que cada palabra alude a un significado que consiste en un número de características descriptivas. Las palabras se refieren a ‘objetos en la realidad’ que poseen propiedades descriptibles. Žižek explica que en el descriptivismo, la extensión tiene prioridad sobre la intención del significante¹²⁹. De acuerdo con el autor esloveno, al darse prioridad a la extensión, se tiende a un esencialismo, pues se busca una serie de características consideradas propias, inmanentes del objeto.

El antidescriptivismo dice Žižek, igualmente considera una teoría general de la referencia, y ni este último ni el descriptivismo toman en cuenta lo que Lacan llama “*la radical contingencia de la nominación*”¹³⁰. El antidescriptivismo, luego de admitir que no puede hablarse de rasgos esenciales y, por ende, el significado no puede sostener la identidad de la cosa, pasa a considerar el referente empírico que, pese a todas las situaciones, incluida la contradicción, se mantiene. Tal línea de pensamiento que privilegia un referente inmutable, es la que se sostiene por ejemplo la categoría de ‘textura abierta’ de ciertas nociones, incluida la de DH¹³¹.

Para Lacan y Žižek, el lenguaje es una red social en la que el significado existe solo en la medida en que es reconocido intersubjetivamente. Esta afirmación coincide con la hipótesis kelseniana mostrada en el acápite anterior, acerca de la validez de la norma, la

¹²⁸ HODGE y KRESS citando a Voloshinov, *vid supra* nota 95, p.19.

¹²⁹ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.128.

¹³⁰ *Ibid*, p.133.

¹³¹ Se hizo referencia a la ‘textura abierta’ de los DH en la “introducción al problema” y se partió de la definición de Haba y Carlos Santiago Nino.

cual depende de su efectividad; su aceptación y cumplimiento en el *habitus* (Bordieu)¹³². La justificación de la nominación conlleva un razonamiento circular del tipo: “un nombre se refiere a un objeto, porque este objeto se llama así.” Dicho razonamiento circular es mencionado por Barthes en cuanto a los nombres propios: “Jean significa una persona llamada Jean”, donde la palabra resulta su propia designación¹³³. Para estos autores, ni el significado ni el referente sostienen la identidad del objeto, sino que lo hace el significante mismo, el cual construye retroactivamente el significado y el referente¹³⁴. Aluden en especial al *point de capiton*, que se explicará en el siguiente acápite.

El significante constituye una “*positivización de un vacío, de una discontinuidad abierta en la realidad*”. A ello le llaman “*el efecto retroactivo del nombre*”.¹³⁵ En cuanto al significado, el contenido de ese significante, al desbancar la solidez que Sartori le otorga a lo empírico-descriptivo, queda el juego de poder, y lo que llaman “*la apertura a toda clase de rearticulaciones hegemónicas*”¹³⁶. Si se posa la mirada sobre el sujeto, se tiene que este como sistema auto-referencial no conoce otra verdad más que la que construye como resultado de su interacción con el ambiente¹³⁷.

Desde la filosofía de la imaginación castoridiana, es igualmente posible explicar cómo pueden existir palabras sin referente alguno en el mundo empírico. Sus teorías parten también del predominio de la indeterminación radical. La humanidad se mueve en la indeterminación mediante una red simbólicamente sancionada de carácter imaginario, a la que llama ‘magma’ dado su carácter amorfo, no- estructural. Se da una preeminencia del símbolo y de lo imaginario sobre el aspecto funcional-alienante, dentro de la significación imaginaria. Así, lo simbólico no necesariamente refleja algo o sirve para algo.

¹³² El concepto de “habitus” se desarrollará posteriormente.

¹³³ BARTHES, *vid supra* nota 95, p.27.

¹³⁴ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.134-135.

¹³⁵ LACLAU, *vid supra* nota 6, su prefacio a la obra de ŽIŽEK. p.16.

¹³⁶ *Ibid*, p.17.

¹³⁷ Sobre la teoría de los sistemas autoreferenciales o autopiéticos, LUHMANN, *vid supra* nota 82, p.53 en adelante.

Contrario a una lógica identitaria, las categorías imaginadas o las instituciones resultantes de la expresión histórica de las significaciones imaginarias nunca pueden ser comprensivas y acabadas, puesto que siempre hay un componente de indeterminación en ellas. Todo esto puede parecer chocante dada esa lógica identitaria imperante, donde se tiende a pensar que las categorías imaginadas son exhaustivas y fieles a una realidad no comprensiva. La sociedad imaginada instituye al individuo, quien se percata de su existencia y de ser el centro de la ideología dada la fisura, dada la falla en su propio sistema imaginado, en la construcción simbólica de su propia identidad.

4. Derechos humanos y la conceptualización de “los derechos” en el ámbito jurídico

*“El carácter preformativo de la nominación es precondición para toda hegemonía y toda política”¹³⁸.
Ernesto Laclau.*

La palabra “derechos” no ha estado exenta de debate en el mundo jurídico y se constituye en un tema que tiene su propio campo problemático. En el área específica de los DH, la teorización sobre ‘derechos’ adquiere una forma *sui generis*, en tanto los DH tienen una calidad y rango especial en el ordenamiento jurídico. Se encuentra que la crítica a los DH se trasladará a la palabra “derechos” en este determinado contexto.

a. Crítica al discurso de los derechos ilustrado: el carácter de verdad trascendental de los derechos.

Gaete menciona la crítica de Olivier, acerca de los DH como “*el aliento pestilente de la ficción, que multiplica figuras literarias sin ningún referente en la realidad.*”¹³⁹ Desde la teoría de la ideología, “la pestilencia” no sería de ningún modo exclusiva de los DH, pues la realidad siempre será una construcción subjetiva; siempre habrá elementos de ‘ficción’ en la construcción del mundo a partir del lenguaje. Así, todo el ordenamiento jurídico, la

¹³⁸ ŽIŽEK, *op. cit.*, p.17, correspondiente al prefacio de LACLAU.

¹³⁹ GAETE, *vid supra* nota 16, p.23.

teoría del Derecho, no son más que una masa de ficciones, con construcciones como “derechos”, “obligaciones”, “personalidad jurídica”, “objeto de derechos”, etc.¹⁴⁰ Algunos mencionan que tales conceptos tienen gran extensión, en el sentido de pretender abarcar un sinnúmero de prácticas políticas y encerrarlas en un mismo concepto. Barthes menciona que la figura de la metáfora por otra parte, no es del todo criticable, es parte del orden del sistema y ciertos tipos de lenguaje y de discurso, incluso el metalenguaje, tiende a ser metafórico.¹⁴¹

La crítica a los derechos, en particular a los DH, se vincula con la crítica a la Ilustración ya mencionada en páginas anteriores¹⁴², en tanto los ilustrados trataron a los DH de la misma forma que se trataba anteriormente a los ‘universales’.¹⁴³ Los universales, serán siempre verdaderos y trascendentes.¹⁴⁴ En esto consiste la ya citada “*dialéctica de la Ilustración*” expuesta por Adorno y Horkheimer. Dichos autores argumentan que la Ilustración se encontraba comprometida con un modelo empirista y de ciencia natural y, en ese contexto, calificaban de superstición el afirmar que la verdad es la predicación de los universales (“*truth is predicable of universals*”). Tras los conceptos de esta clase se escondían los “demonios”, el mito. La sanción del mito, como apunta Kolakovski y se explicó anteriormente, fue una sanción a las preguntas esenciales acerca del porqué, y una reducción del discurso de la verdad a una forma única, el discurso de la ciencia y la tecnología.¹⁴⁵

La crítica ilustrada a los universales ha sido recogida por autores contemporáneos. Como lo afirma Badiou, ciertamente tras los universales se esconden complejas construcciones en curso que subliman el contexto histórico que les dio origen. En el caso de la Ilustración, la paradoja yace en el cambio de unos universales por otros, como. El cambio de la Divinidad por la Razón, si bien la divinidad no desaparece por completo y se manifiesta en los DH y en la búsqueda de una musa en los valores de la Grecia antigua.

¹⁴⁰ *Ibid*, citando a Jones, p.34.

¹⁴¹ BARHTES, *op. cit.*, p.55.

¹⁴² *Ibid*, p.34.

¹⁴³ GAETE, *op. cit.*, p.34.

¹⁴⁴ BADIOU, Alain, “Huit thèses sur l’universel». Centre d’Étude de la Philosophie Française Contemporaine. 11 de noviembre de 2004. p.9.

¹⁴⁵ KOLAKOVSKI, Leszek, *vid supra* nota 56, p.14.

La herencia de la premodernidad que se plasma en los modernos, se plasma en la conceptualización de los DH, en su rango en la jerarquía de normas y en su efectividad. En realidad, las contradicciones entre la lógica moderna anteriormente mencionada y la de universales se refleja en el Derecho en general, donde se percibe como síntoma la pérdida de capacidad simbólica del discurso jurídico para representarse y ser reconocido como el medio idóneo y ‘justo’ de organización social.¹⁴⁶

El formalismo en boga intenta ahogar la lógica de los universales y, sin embargo, parte de la misma visión epistemológica que la Ilustración. Sea, de una realidad moral objetiva y cognoscible.¹⁴⁷ El formalismo parte de la creencia que el ordenamiento jurídico supone un esquema defendible de asociación humana, un orden moral inteligible. De dicho orden y de los instrumentos jurídicos se pueden derivar principios, políticas y justificaciones. Si no fuere así, tendrían que provenir entonces de una teoría extralegal.¹⁴⁸ Explica Mangabeira que, aún cuando dicha teoría pudiese ser establecida de forma clara, es prácticamente imposible que las doctrinas actualmente existentes pudiesen coincidir todas ellas enteramente con tal presupuesta teoría extralegal.

b. Las formas de la ficción en el régimen de los derechos

De Man expone que una ficción no es un mito, porque se sabe que es una ficción.¹⁴⁹ En los sistemas legales que preceden el trabajo de los romanos – en los que se daban muchos ritos, como en la *emancipatio* – las ficciones eran raras. Este mismo autor expone que el lenguaje jurídico en realidad no es referencial, no es representativo, mas es un orden simbólico que produce diversas consecuencias en distintos contextos. Traducido a la terminología de Barthes, podría decirse que pertenece al orden connotativo, y su énfasis

¹⁴⁶ En este sentido ver por ejemplo a GARCÍA INDA, Andrés, *supra* nota 92. Dicho autor menciona que en la posmodernidad se da una crisis de legitimidad del Derecho, ya que nadie cree en la “razón jurídica” que erigió el paradigma teórico del Estado de Derecho.

¹⁴⁷ Sobre esto vid TOURAINE, *supra* nota 41, p.22. También vid MANGABEIRA UNGER, Roberto, The Critical Legal Studies Movement. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, y Londres, Inglaterra, 1986. p.3.

¹⁴⁸ MANGABEIRA, *ibid*, p.3

¹⁴⁹ GAETE citando De Man, *vid supra* nota 16, p.31.

es más simbólico que funcional. Gaete llega a hablar de “hechos simbólicos” en el ordenamiento jurídico (en contraposición con “hechos institucionales”), tales como la “inviolabilidad del matrimonio” o “acostarse con la esposa del jefe es pecado” o “la inviolabilidad” de la vida. Esto no obstante no es más que un ejemplo del lenguaje performativo en acción.

No obstante, Bentham en su crítica sigue la epistemología de Locke, donde ficción es sinónimo de falsedad o inexistencia.¹⁵⁰ Así pues, a partir de dicha epistemología, se hace una división: lo empíricamente probado es lo real y la ficción es la negación de la realidad. Bentham va más allá, acercándose a la crítica ideológica contemporánea y no ve a la ficción como una simple fantasía, sino con una fantasía ideológica, sea, una que esté vinculada con las relaciones de poder y las formas de organización social. Así por ejemplo, critica la noción de libertad, diciendo que no es cierto que todo hombre nazca libre, sino todo lo contrario. Y afirmar que es libre no es solo querer fervientemente que lo sea, no es solo un acto de fe, sino que es una forma de ocultar su subyugación. Ocultársela a quienes tiene bajo su zapato y, aún más, ocultar la propia fragilidad.

Si resulta que el Derecho y el lenguaje general están compuestos de elementos ficticios (“*ilusiones correctas sin las que el sistema no puede funcionar adecuadamente*” dicen los neoconservadores según Sloterdijk¹⁵¹), ¿cuál sería el problema con los DH en particular? Para algunos autores, es precisamente que dichas fantasías ideológicas juegan un rol particular. Hablan de un fetichismo que oculta las relaciones de dominación e invisibiliza la cotidianidad. En este orden de ideas, Bentham alega, como se ha mencionado en otra sección de este escrito, que declarar derechos no es realmente crearlos. Para él y otros autores, declarar que el ser humano tiene derecho de ser libre, no es más que decir que se es de la opinión que el ser humano debiera serlo. Se llama a esto “hechos institucionales”.¹⁵² Se llega entonces a la afirmación que las proposiciones legales no ‘representan hechos’.

¹⁵⁰ *Ibid*, p.24.

¹⁵¹ SLOTERDIJK, *vid supra* nota 23, p.62.

¹⁵² GAETE citando a SEARLE, *op. cit.*, p.25.

La “personalidad moral” en el discurso judicial y doctrinal del Derecho Internacional de los DH, las más de las veces solo puede ir vinculada a las condiciones para tener o ser titular de derechos morales fundamentales; mas no a las condiciones para efectivamente poder ejercerlos o disfrutarlos. Así, la disertación del juez en algunas ocasiones podría verse como tratar de convertir el hambre en pan, en palabras de Bentham, si bien dada la autoridad del juez, el discurso abstracto ha de tener repercusiones sobre los Estados, los cuales tendrán hipotéticamente la obligación de crear las condiciones para el ejercicio de los derechos a la víctima. Más allá del tema de la autoridad, lo que se hace patente desde esta línea de crítica, es el alejamiento del régimen de los derechos de las demás normas jurídicas, de manera que se les otorga un rango especial, un rango desde el que tienen valor por sí mismos, pese a que no aluden a otra realidad más que la del deseo de su intérprete.

Gaete menciona que los derechos son oraciones preformativas o imperativas y, consecuentemente, no constatan nada. No tienen referente alguno en alguna representación psíquica particular, no intentan denotar, pues son decisiones. Badiou elabora en este aspecto, mencionando que el hecho eventual es la decisión tomada acerca de algo ocurrido. A partir de allí se interpreta, se decide, se crea el discurso, el sistema, los universales, dejando en el olvido ese momento de la decisión y tomando como premisas verdaderas los universales. MacDonald expresa en este sentido que afirmar valores o derechos naturales (DH) es una acción de decisión y no de enunciación de proposiciones (las cuales se clasifican en falsas o verdaderas).¹⁵³

Los DH como oraciones imperativas no pueden atribuir cualidades al ser humano. Por otra parte, señalan Gaete y MacDonald que el carácter de estas proposiciones impide que desde una lógica formal se pueda hablar válidamente de ellas como “verdaderas” o “falsas”. En este sentido, ver a los DH como ‘verdad intrínseca’, más allá de su validez jurídica, resulta en un mecanismo ideológico ligado a sus pretensiones de universalidad y

¹⁵³MELERO citando a MCDONALD. MELERO DE LA TORRE, Mariano C., “Postmodernidad, Tradición y Derechos Humanos”. En: A Parte Rei. Revista de Filosofía. Volumen 42. España, noviembre de 2005. p.7

su naturalización. La naturalización, como se mencionó antes, impide la validación de discursos alternativos.

Uno de ellos por ejemplo, es el presentado por Dworkin, quien no está de acuerdo con el régimen de los derechos por considerar que difiere de los objetivos colectivos, en tanto operan con una lógica distributiva y están individualizados. Para él, las metas colectivas son no-individualizadas y agregadas. Perciben la posibilidad de una distribución desigual entre los individuos de recursos y oportunidades con tal de maximizar un objetivo global (caso de la seguridad nacional o el aumento del PIB). Los derechos en Dworkin son entonces un régimen que propondría la consecución de algunos objetivos colectivos como la lesión de intereses individuales.¹⁵⁴ Claro que, esa línea de pensamiento puede fácilmente llegar a justificar un sistema totalitarista; si bien el individualismo es base del sistema capitalista, que puede adquirir también formas totalitaristas.

c. Particularidades en la aplicación de los ‘derechos’ humanos.

Una particularidad de los DH es que son exigidos incluso a sistemas legales que no los “reconocen”, precisamente por ese motivo.¹⁵⁵ Actualmente, la mayor parte de los sistemas dice ‘reconocerlos’. ¿Qué pasaría si un sistema de importancia geopolítica como Cuba o Venezuela expresara abiertamente que no los va a respetar? ¿Justificaría una intervención militar de potencias extranjeras? (¿serviría de excusa para esto?). Este tipo de ‘derechos’ corresponde entonces a un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que su legitimidad-validez-vigencia se basa en un acto no-humano. No nacen de la convención, sino que siempre han estado ahí, pues tienen una “justificación intrínseca”.¹⁵⁶

Nino reflexiona sobre la idea imperante: que ‘el reconocimiento’ de los DH ‘emergió’ como parte de un desarrollo espiritual de la humanidad. De esta lógica de pensamiento puede derivarse un sujeto capaz de descubrirse, de superarse, de alcanzar elevación

¹⁵⁴ GAETE, *vid supra* nota 16, p.31.

¹⁵⁵ NINO, Carlos Santiago, The Ethics of Human Rights. Oxford University Press, New York, 1991. p.10

¹⁵⁶ *Ibid*, p.10

espiritual mediante la búsqueda de su bondad intrínseca. Un sujeto aristotélico. Una iluminación platónica también, pues los derechos aquí van más allá de la *doxa* y se perfilan como *episteme*.

La perspectiva anterior lleva a un debate acerca de cuándo es vigente una norma y cuándo debe obedecerse (cuándo es legítima).¹⁵⁷ De acuerdo con el Derecho Natural, los derechos naturales “son”, más allá del deber ser de toda norma con respecto a la legitimidad de su fuente. Sea, más allá del requerimiento del positivismo conceptualista, y el sistema jurídico costarricense por ejemplo, que la norma haya sido emitida por quienes tengan acceso al aparato coercitivo o, si se quiere, por quienes han sido popularmente electos y han seguido los procedimientos pre-establecidos en el marco de constitucionalidad para la aprobación de una norma.

De esto se concluye que, la definición de los derechos depende también de la forma en que se conciba al Derecho y al ordenamiento jurídico en general y desde dónde es analizado: desde la dogmática jurídica, desde su efectiva aplicación por parte del juez y los operadores del Derecho, desde los sujetos sobre los cuales se aplica la norma. También puede pensarse, sobre todo en la interpretación judicial, que la normativa vigente se puede dotar de contenido con respecto a la práctica social o la costumbre actual. Mas aquí se cae en la “trampa convencionalista”¹⁵⁸ pues, ¿Quién determina cuál es la práctica predominante? Más allá de eso, ¿no es este un razonamiento circular? ¿Establecer una práctica dominante a partir de lo que se considera es la práctica dominante?

Nino considera que el altercado acerca de cuál visión del Derecho es la mejor, se difumina en el momento en que se deja atrás el “prejuicio esencialista” de pretender tener una perspectiva unívoca del Derecho. No obstante, persiste la cuestión metodológica acerca de cuál concepto es más “funcional” en un momento dado.¹⁵⁹ (p.12) Aquí, se nota

¹⁵⁷ NINO, Carlos Santiago, op cit. P.12.

¹⁵⁸ Denominación de NINO, *ibid*, p.12.

¹⁵⁹ *Ibid*, p.12

la potencialidad del uso de un mecanismo ideológico. En aras de la ‘funcionalidad’, se da la imposición de una determinada perspectiva tras la cual haya ‘intereses’.

En el Sistema Interamericano de Protección de DH persiste en lo que Nino denomina la definición positiva del Derecho¹⁶⁰: aquello que los jueces consideran que es el Derecho y que es la norma. Así, aún cuando una norma parezca ‘moralmente correcta’, si no es reconocida por el juez, no es jurídica. Claro está que, en el ámbito del Derecho Internacional de los DH, la complejidad es aún mayor, pues no todos los derechos considerados DH son justiciables, y aún si lo fueren, no todos los Estados han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH para que esta decida la situación jurídica en un caso determinado.

Aparte del tema de la jurisdicción y la competencia, los estándares que han sido judicialmente reconocidos pueden tener fisuras y contradicciones. Nino sospecha de tener dos sistemas a la vez: el del Derecho que “evoluciona” a partir de la adaptación de los derechos a los casos que se presentan en las cortes constitucionales, y el del uso de axiomas o principios ejes de interpretación que se vuelven clave en los casos ‘difíciles’. En el caso de la Corte IDH la sospecha de la incongruencia entre usar principios eternos y consideración de las prácticas sociales no se da, en tanto el segundo ‘sistema de interpretación’ nunca es alegado. Si bien en algunas ocasiones, sí se alude a la consideración de convencionalismos culturales en el caso de los pueblos indígenas, de manera que no parezca que se impone un sistema de derechos donde no cabe, sino que se reafirme el carácter universal de los sistemas de protección de DH.

Al pasar de una lógica positivista a una hermenéutica, se encuentra el concepto interpretativo del Derecho de Dworkin. Ya no hay falacias convencionalistas, sino que la hermenéutica se ve como parte de la práctica y, como tal, es capaz de transformarla. La interpretación en realidad existe en aras de legitimar y permitir la pervivencia de una

¹⁶⁰ *Ibid*, p.13.

determinada práctica o institución social.¹⁶¹ Así, menciona Gaete parafraseando a Dworkin:

*“...Las controversias jurídicas no son simplemente fácticas ni trivialmente verbales. Son teóricas y significativas. Esto es así, de acuerdo con él, porque el concepto de Derecho es interpretativo aplicado a una práctica o institución que tiene un objetivo, cual es justificar esa práctica. El objetivo central de la ley es justificar el acceso del Gobierno a la coerción.”*¹⁶²

Los efectos de dicha situación de lógica circular, son señalados por la escuela estadounidense *Critical Legal Studies* (CLS): “contenido indeterminado en categorías insituacionales abstractas” y con esto, que “los sacerdotes en ocasiones aventajen a los profetas”.¹⁶³ De acuerdo con CLS, es necesaria una “teoría fuerte” para poder hacer un ‘razonamiento jurídico’ desde un “sistema doctrinario cerrado” y no un “universo ideológico abierto”. CLS habla incluso de cinismo en la aplicación formalista del régimen de derechos. Mencionan cómo ante la indeterminación, el jurista toma sus propias decisiones, las cuales cubre con una retórica tecnicista en un texto que pretende dominar la circunstancia:

*“...Once the lawyer abandons these methods of compensation and containment, he returns to a cruder and more cynical device. He merely imposes upon his background conceptions – his theories of right and social practice – an endless series of ad hoc adjustments. The loosens of the theories and the resulting difficulty of distinguishing the ad hoc from the theoretically required make this escape all easier. There emerges the characteristic figure of the modern jurist who wants – and needs – to combine the cachet of theoretical refinement, the modernist posture of seeing through everything, with the reliability of the technician whose results remain close to the mainstream of professional and social consensus.”*¹⁶⁴

En el caso de los derechos fundamentales, la CLS considera se requiere de una teoría política sobre la relación entre el individuo y el sistema, entre la persona y el Estado. Sin una perspectiva clara en este sentido, “*legal reasoning is condemned to a game of easy*

¹⁶¹ *Ibid*, p.14.

¹⁶² GAETE, *vid supra* nota 16., p.14 (traducción libre).

¹⁶³ MANGABEIRA, *vid supra* nota 148, p.8.

¹⁶⁴ *Ibid*, p.10. “Una vez que el abogado abandona los métodos de compensación y contención, vuelve a un dispositivo más crudo y cínico. Se limita a imponer sus propias concepciones – sus teorías sobre los derechos y la práctica social – una serie infinita de ajustes *ad hoc*. Los cabos sueltos en las teorías y la consecuente dificultad de distinguir lo *ad hoc* de lo requerido teóricamente hace este escape aún más fácil. Allí emerge la figura característica del jurista moderno que quiere – y necesita – combinar el cachet del refinamiento teórico, la postura modernista de ver a través de todo, con la credibilidad de un técnico cuyos resultados permanecen cerca de la corriente principal de consenso profesional y social” (traducción libre).

analogies”.¹⁶⁵ Sin embargo, la idea de una teoría única que sustente al sistema legal carece de sentido, por el hecho de que no cabe hablar de cuerpos de conocimiento cual si fuesen objetos individualizados, enteramente coherentes internamente, dada la fragmentación que se da ante la inconmensurabilidad semántica. Por otro lado, un pensamiento único requiere de un consenso universal que también difícilmente sea obtenible.

La idea sin embargo de una suerte de revisión de ciertos postulados teóricos que sustentan los DH, o de la ética tras estos, podría ser una tarea importante. En todo caso, CLS considera que solamente aceptando la teoría de Rawls de una “moralidad inmanente”, se podría concebir una doctrina prescriptiva unitaria, que trascendiera los conflictos de interés que conlleva la creación de normas, ya sea legislativa o jurisprudencialmente.¹⁶⁶ Una lógica de esta clase ya de por sí opera en los DH, donde se ve consideran verdades auto-evidentes.

Así que, para parafrasear a Gaete, “el demonio” se esconde no solo tras los universales, sino tras el formalismo, el que opera como mecanismo para sublimar el hecho de que el régimen de derechos no provee más que fórmulas semi-vacías, por lo que permite al operador del Derecho amplio margen para decidir y a la vez que sus decisiones no parezcan tales, sino que parezcan soluciones únicas que se derivan deductivamente de la argumentación de los hechos y el derecho en un caso determinado. La CLS se refiere incluso explícitamente a los derechos naturales. Mediante interpretaciones de diversas ramas del Derecho, los juristas pretenden vislumbrar señales de un orden moral que sirve de base para dichos derechos:

“...the rights and principles school [un intento de reestablecer el objetivismo y el formalismo p.12)], achieves similar results through very different means. It claims to discern in the leading ideas of the different branches of law, especially when illuminated by scrupulous, benevolent, and well-prepared professional elite, the signs of an underlying moral order that can then serve as the basis of a system of more or less natural rights.”¹⁶⁷

¹⁶⁵ *Ibid*, p.8.

¹⁶⁶ *Ibid*, p 9.

¹⁶⁷ *Ibid*, p.13. “La escuela de los derechos y los principios [un intento de reestablecer el objetivismo y el formalismo p.12)], obtiene resultados similares a través de medios similares. Afirma discernir de las ideas influyentes o de vanguardia en las diversas ramas del Derecho, especialmente cuando iluminados por la

Este normativismo que lleva a la búsqueda del descubrimiento de un orden moral subyacente mediante la interpretación judicial y la doctrina jurídica, borra la línea que Ferrajoli menciona entre moral y Derecho, por lo que de nuevo se cae en la paradoja de sostener universales en nombre de un sistema moderno que nunca se los quiso permitir, al ser estas cosas de superstición y fe.

Mangabeira de CLS considera que los DH solo pueden sostenerse de 3 ideas:

- a.) La existencia de un consenso moral
- b.) Los principios jurídicos son manifestaciones de un orden moral trascendental, cuya esencia está más allá de un determinado ordenamiento jurídico.
- c.) Una combinación entre a) y b), de tal manera que se concibe la existencia de un orden moral que descansa sobre algo que va más allá del consenso general.

A la vez, para poder hacer que derechos positivizados en un Estado de Derecho moderno se fundamenten en a.), b.) o c.), es necesario llevar a cabo lo que el autor llama, “*diversas maniobras intelectuales*”. La primera es minimizar el conflicto latente dentro de las normas acerca de cuáles son las “*formas de asociación humana*” deseables. En este sentido, cabe mencionar el conflicto existente en DH entre el principio de la universalidad de los DH y el relativismo, el cual combate la universalidad desde diversos flancos, así como entre el universalismo y el comunitarismo, como una visión enteramente distinta acerca de cómo el sistema político y jurídico incluyendo especialmente los DH, deben relacionarse con los diversos grupos humanos dentro de un Estado o una comunidad de Estados.

Lo segundo es la presentación de de las ideas jurídicas dominantes como un “*insight*”, momento de revelación, de un orden moral superior. Tercero, se requiere de un método que apele a una lógica circular, como la que se mencionó anteriormente: de lo particular (diversas doctrinas e intuiciones) se realizan generalizaciones que se convertirán en verdades morales y luego, dicha verdad moral justificará la deducción realizada en primer

escrupulosa, benevolente y bien preparada elite profesional, los signos de un orden moral subyacente que puede servir de base al sistema de derechos más o menos naturales.” (traducción libre).

término. Esta misma lógica es explicada por Badiou para la formulación de cualquier universal. El pensamiento de universalidad se genera de una dialéctica entre lo subjetivo-local y lo que él denomina “el proceso global de pensamiento”, que es continuo. Sea, una subjetividad inserta en un marco global de creencias que ha tenido continuidad.¹⁶⁸

De la misma forma que lo apunta Mangabeira, Badiou señala que lo que queda oculto en todo momento de la interpretación es el evento de la decisión acerca de la existencia, valor y significados de una realidad de la cual se va a partir (por ejemplo la realidad de los derechos) y, solo volviendo a esa decisión, es que se puede cuestionar la serie de afirmaciones que se derivan de ella y que se constituyen en un sistema. De acuerdo con esta lógica, no tiene sentido por ejemplo cuestionar la validez y aplicabilidad del derecho humano al desarrollo por sí solo, sino del sistema y los enunciadores que permiten su generación.

Badiou define la universalidad singular como el acto al que un sujeto se obliga al grado de dar a dicho acto la capacidad de iniciar un procedimiento que afecta radicalmente la lógica de la situación y, por ende, de lo que parece ser hasta el momento. Tal modificación nunca es plena. El acto unívoco inicial, que siempre es localizado, inaugura una fidelidad, esto es, la invención de unas consecuencias, que probarán ser tan infinitas como la situación misma.

De esta forma, los universales crean un universo ideológico del cual se derivarán conclusiones, consecuencias, deducciones, inferencias, que se perfilarán perfectamente coherentes con dicho universo. Es sin embargo, la interpretación del evento en el cual dicho sistema fue creado, y se decidió que era importante y debía ser asumido de cierta manera, lo que puede hacer caer el universo ideológico entero. Quizás no haya que ir tan atrás hasta cuestionar por ejemplo la construcción del discurso en el marco de la revolución francesa. Puede remitirse el análisis al texto de la sentencia, al contexto político y la aplicación de los derechos para ese caso. Esto en razón que ya se ha

¹⁶⁸ BADIOU, *vid supra* nota 145, p.2

mencionado que el grado de indeterminación de los DH es tal, que estos son dotados de contenido una y otra vez en su aplicación judicial.

El resultado de incluir exitosamente en la estructura de un discurso a a.), b.) o c.), señala Mangabeira, es la generación de un sistema de principios y de derechos que se traslapa con el “*contenido positivo de las normas*”, si bien los DH se les ha tildado de pseudo-normativos precisamente por no tener claros el ámbito, límites y fronteras en los que se mueven. Más allá de hablar de un contenido de un significante como DH, CLS enfatiza en que, ante un sistema de razonamiento como el descrito, una doctrina general de los DH creada por los mismos jueces de la Corte IDH por ejemplo, servirá como teoría normativa extralegal para interpretar los derechos establecidos en los instrumentos internacionales. El segundo resultado de esta metodología es que el sistema judicial pueda probar su eficacia mediante la redacción de sentencias condenando a Estados, a la vez que no se muestre como “*demasiado revolucionario*” con sus interpretaciones.¹⁶⁹ Esto es sumamente importante en el caso del Sistema Interamericano, en la medida en que dicho sistema solo cuenta con un apoyo parcial y oportunista por parte de la OEA.

La situación tras una “*forma canónica de vida social y de personalidad*”¹⁷⁰ a la que conlleva un sistema jurídico basado en axiomas incuestionables, es de estatismo. Es decir, la doctrina tras los DH hay una idea de orden que, como apunta CLS para la teoría de los derechos en general, fundamentalmente no puede ser re-construida ni re-imaginada. Se piensa más bien en términos de regeneración o corrupción. Es como una línea transversal y continua a los sucesos históricos, a los cambios políticos y en el ordenamiento jurídico.

No obstante, Mangabeira explica que, conforme pasa el tiempo, estas concepciones iniciales y aparentemente naturales de la sociedad se han vuelto más endeble; las categorías cada vez más abstractas e indeterminadas y los enunciadores menos asertivos al ver el carácter polémico de sus propias afirmaciones.¹⁷¹ La crítica de la CLS es la

¹⁶⁹ MANGABEIRA, *op. cit.*, p.13.

¹⁷⁰ *Ibid*, p.14.

¹⁷¹ *Ibid*, p.14.

misma realizada por Bentham cuando habló de los efectos de fijación ideológica al plasmar derechos en una Constitución, solo que realizadas en una época en la que los DH como ideología ya se encuentran bien establecidos en el imaginario social, a la vez que se han dado diversos cambios paradigmáticos que socavan sus premisas epistemológicas. El problema está en que, sin esta suerte de base metafísica, ética: ¿es posible mantener un sistema de DH?, ¿acaso es posible politizarlos, someterlos a discusión? Incluso las versiones más seculares de los DH no pueden dejar de partir de ciertos universales indiscutibles, que se ven como una decisión tomada antaño y sobre ello basar toda una serie de argumentaciones que construyen el ordenamiento jurídico.

La discusión acerca de los derechos, de los fundamentos, se vuelve entonces un retornar a la decisión y cuestionar la forma en que ha sido interpretada. Incluso considerar si no pueden convivir diversas interpretaciones, en un momento en que la sociedad occidental comienza a concebir a la sociedad no como un tributo del pasado, sino como algo que se imagina en el ahora¹⁷². El dilucidar el universo ideológico tras los universales y el sistema de interpretación permite resolver algunas controversias, en especial entre el jusnaturalismo y el juspositivismo clásico, los cuales aunque siempre han sido vistos como paradigmas encontrados, parten de perspectivas epistemológicas y antropológicas similares, sino iguales.

Finalmente, el ir a esta discusión evidentemente pone en jaque al sistema y lleva al cuestionamiento de las ambigüedades de un conjunto de principios y derechos que ante su inaplicabilidad en un caso, apela a un contexto doctrinario. CLS es enfático en subrayar la facilidad con la que ideas manipulables ganan una semblanza de autoridad, necesidad y de marco único del discurso.

¹⁷² *Ibid*, p.18. “Most legal traditions of the past incorporated the final level of legal argument by relying upon secular or sacred vision of the one right and necessary order of social life. Modern legal doctrine, however, works in a social context in which society has increasingly been forced open to transformative conflict. It exists in a cultural context in which, to an unprecedented extent, society is understood to be made and imagined rather than merely given.”

Una vez que el tema de los DH se aparta de lo doctrinario, lo que se tiene es una discusión sobre las estructuras y dinámicas de poder en el orden político.¹⁷³ A la vez, el rehuir de las discusiones que van más allá del marco establecido por la doctrina, si bien puede temporalmente salvar al sistema de protección, no detiene el problema del cuestionamiento de sus premisas base e, incluso, cosa que sucede mucha en la doctrina latinoamericana, la discusión doctrinaria sobre DH puede volverse pura retórica.¹⁷⁴

Sobre esto, Nino considera, como otros autores mencionados en el acápite de la discusión sobre fundamentos, que los DH como tales tienen detrás una “razón práctica” y no teórica, pues constituyen una base para accionar, una base de decisión.¹⁷⁵ Sin embargo, una argumentación pragmatista lo que lleva es a nuevamente esconder el evento de la decisión inicial de darles ese status de imperativo de acción, de verdad universal y, por ende, continuar tapando las incongruencias tras el discurso construido alrededor de la idea de los DH y los cursos de acción tomados en su nombre.

Por otra parte está la versión de la CLS, que considera que ese velo de pragmatismo y la deliberada generalización que lleva a la indeterminación, es un mecanismo mediante el cual adaptar estas normas pétreas a variaciones en el contenido de significantes como ‘democracia’ y ‘mercado’. Si bien, no se pierde la función inicial de la doctrina de los intereses constitucionalmente protegidos y de los medios legítimos de acción estatal (para el caso estadounidense) de definir una esquema jurídico-institucional de libertad regulada.¹⁷⁶

d. Principios morales, derechos naturales

En cuanto a la relación entre principios morales y derechos naturales, Nino tiene una tesis que vale considerar, consistente en que los DH son una sub-clase de los juicios

¹⁷³ Afirmación tomada parcialmente de MANGABEIRA, *ibid*, p.17-18.

¹⁷⁴ *Ibid*, p.17-18.

¹⁷⁵ NINO, *vid supra* nota 156, p.18.

¹⁷⁶ MANGABEIRA, *op. cit.*, p.7 y 18.

morales.¹⁷⁷ Los juicios jurídicos-legales justificativos que expresan razones operativas para las decisiones judiciales, son una especie de juicio moral. Por juicio justificativo, se refiere la racionalización del deseo en una creencia una vez que se da la acción, a la vez que la razón explicativa, que es la que mueve la acción, se volverá la creencia en esa razón justificativa. Es la misma línea de razonamiento althusseriana en cuanto a la práctica que retroactivamente afirma el dogma.¹⁷⁸

Nino considera que mientras los DH sean invocados por proposiciones justificativas, los juicios jurídicos pueden expresar DH solo si son una sub-clase de juicios morales. Ahora, los DH pueden ser juicios de adherencia normativa, o juicios morales puros. Con lo primero, se refiere a juicios que si bien derivados de proposiciones normativas, estos en primera instancia se fundaron directamente en un juicio moral. Con ello concluye que, siendo los DH una forma particular de proposiciones morales, comparten las características de estas, tales como no depender para su formulación de la aceptación por ninguna autoridad. Además, ser generales, universales, unívocos y prevalecer sobre otros principios a menos que estos también sean morales y constituirse en un sistema integrado. Como se puede notar, hay una equivalencia con los principios que rigen a los DH en el sistema interamericano, en lo relativo a indivisibilidad, universalidad, aplicación *erga omnes*.

En algunas formas de razonamiento judicial, se parte también de que los “principios objetivos de justicia” deben basarse en proposiciones sobre la naturaleza humana o sobre el *telos* de la naturaleza como un todo. Aún más específico, que esos principios deben basarse en la perspectiva aristotélico-tomista de la naturaleza humana, que podría evaluarse si es el caso de los DH en el sistema interamericano.

¹⁷⁷ NINO, *op. cit.*, p.18-29.

¹⁷⁸ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.67.

e. Discusión en torno a la palabra “derecho” y la extensión metafísica como mecanismo para ocultar los procesos de decisión

En torno a la palabra “derecho” propiamente, también ha habido algún debate en el caso de los DH. Algunas veces también ha habido ausencia de debate, lo que hace que las definiciones de tales derechos pasen a definirlos como “condiciones”, “situaciones favorables”, “facultades”, y otras tantas palabras.

Una tesis es que, la palabra es útil en tanto se muestra como operativa en el ordenamiento jurídico, donde la teoría de los derechos ha sido ampliamente desarrollada, siendo una palabra tan útil como “obligación”, “deber”, “prestación” y otras. Los derechos subjetivos son una categoría el Derecho Privado, que, de acuerdo con Pérez Luño, constituyen una expresión de pensamiento individualista positivista. Según este mismo autor, los derechos subjetivos tienen su antecesor en los derechos de autonomía ingleses, los cuales suponen la creación de un ámbito de libre acción de la voluntad del sujeto. Son entendidos como la facultad que tiene el sujeto de exigir a otro el cumplimiento de una obligación o deber. Son vistos como facultades de la persona frente al poder estatal o frente a particulares.

Los ‘derechos’ humanos pueden difícilmente ser equivalentes a los subjetivos, precisamente porque su base moral les otorga un rango especial y una fragilidad particular. Con respecto a lo primero, estos derechos son imprescriptibles e irrenunciables, a diferencia de los derechos subjetivos. Por otra parte, su aplicación no es tan efectiva como lo puede ser la de los derechos subjetivos, a los cuales van atadas invariablemente obligaciones específicas por parte de terceros.

La segunda tesis es que la palabra “derecho” en sí misma no significa nada, y para efectos de lenguaje tiene la función de permitir reducir varias palabras en una sola. En este sentido, Gaete menciona la argumentación crítica de Ross (teoría jurídica empirista) con respecto a la función de la palabra “derechos”. Al igual que Bentham, Ross afirma lo

que pareciera evidente pero en el discurso se olvida: que los derechos no son afirmaciones de verdad.¹⁷⁹

Ross entonces explica la ficción de un derecho al compararlo con la función de los tabúes en ciertas tribus del Pacífico sur (los Noit-kif de las islas Noisulli). Funciona como una afirmación de verdad y como una regla. Ejemplo: a) como afirmación de verdad Ross propone: Si alguien se come la comida del jefe es “tu-tu”. Esto pasado a derechos sería: “‘Z’ tiene derecho a la vida porque es un ser humano”; b) Como regla: Si alguien es tu-tu, entonces debe pasar por una ceremonia de purificación. En lenguaje de derechos: “Si Z tiene derecho a la vida, entonces tiene derecho a la salud”. Es una “taquigrafía”, pero en sí mismo no tiene un significado. Es una palabra que se usa para ahorrar decir otras palabras.

Así, Ross considera que se puede hacer una lista de situaciones en las que una persona puede obtener ciertas consecuencias, sin necesidad de decir la palabra “derecho”. En su presentación, en vez de estos ejemplos, Ross da ejemplos de derechos subjetivos. Por ejemplo, el derecho a la propiedad y consecuentemente el derecho de recobrarla. El decir que la propiedad privada es un “derecho”, ahorra tener que mencionar una serie de acciones que puede tomar el propietario ante la invasión de dicha propiedad. En el caso de los DH se vuelve más difícil ver que la palabra “derecho” es prescindible, precisamente porque se la ha dotado de una sustancia y se presenta como una atribución del ser humano pese a que, como se mencionó antes, una afirmación imperativa no puede válidamente atribuir de acuerdo con las reglas de la lógica formal.

En todo caso, la idea es que las fórmulas legales, usualmente presentadas en la forma condicional, pueden ser formuladas sin tener que usar la palabra “derecho”. Su uso es entonces condensar afirmaciones y conjuntos de normas que de lo contrario serían más largos. Si se trata de pensar en un ejemplo sin embargo, la palabra “derecho” siempre va ligada a un “poder hacer”, por lo que la argumentación acerca de que se pueda prescindir realmente de la palabra “derecho”, no es convincente. Sí parece tener un significado

¹⁷⁹ GAETE, *vid supra* nota 16, p.25.

delimitado, tanto como lo tiene la palabra “obligación” por ejemplo. Sin embargo, sí se considera válida la crítica, si bien no novedosa porque se ha venido mencionando a lo largo de este trabajo desde diversas perspectivas, acerca del carácter esencialista que adquiere la palabra “derecho” en el campo de los DH. La crítica por ende es la usual: el carácter esencialista que asume la palabra “derecho” tratándose verdaderamente de un significante vacío, no solo por su uso ideológico, sino en general por su función gramatical.

El razonamiento de Gaete da un paso más en la crítica estableciendo que si bien el uso de la palabra “derecho” puede ser útil en la medida en que reduce el número de palabras utilizadas para hacer una afirmación normativa, puede ser engañosa en tanto lleva a la gente a pensar que una ‘entidad real particular’ ha sido creada entre la situación legal y sus consecuencias, cayendo por consiguiente en una “falacia metafísica”. Incluso, afirma que la palabra “derecho” en determinados casos de DH es innecesaria y confusa, y llevan a los razonamientos circulares.¹⁸⁰

El ejemplo que se da es de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), particularmente el conocido caso Handyside de 1976 en Gran Bretaña y el Norte de Irlanda. Se trató de un libro, “El Pequeño Libro Escolar Rojo” (*The Little Red Schoolbook*) dirigido a público joven, que contenía pasajes sobre el tema de la sexualidad que en algunos puntos ciertos países consideraron depravados. La CEDH consideró que esto era cierto y se veía agravado por el tono demasiado liberal del libro que minaba los esfuerzos moderadores de la Iglesia, las comunidades, etc. No obstante, la moral cambiaba en los diferentes países, de manera que consideraron que el autor tenía derecho de publicar el libro en algunos países y en otros no.

En este caso, lo que se trata de hacer ver es que la palabra “derecho” ayuda a ocultar el evento, el momento de la toma de decisión, de ejercicio de poder, cuando se decide que este autor no puede publicar su libro. La oración “no tiene derecho de publicar” no es una afirmación de verdad. Solo informa sobre las consecuencias de la decisión de un jurado o

¹⁸⁰ *Ibid*, p.26.

de un juez. Antes de que se tomara la decisión no había ningún derecho o no-derecho. Es revertir el slogan “*the rule of law*” pues la norma existe cuando es aplicada.

El mecanismo ideológico aquí está en revertir el orden de validez y con ello ocultar el momento de ejercicio de poder del enunciador (el poder judicial del juez).¹⁸¹ En esto se sigue a Hobbes, quien de acuerdo con la cita de Gaete, consideraba que las afirmaciones normativas representan el estatus de sus enunciadores, y no el de los objetos a los cuales se referían.

En resumen, las teorías empiristas atacan el carácter apriorístico de los DH. La expresión “derechos” es redundante y “derechos humanos” es retórica (“*cosa infecciosa importada por los contrabandistas de la metafísica adulterada*”).¹⁸² Esto por cuanto la ley y el derecho son términos correlativos y no puede haber norma que no provenga de un ordenamiento jurídico determinado, como es el caso de los derechos naturales.

Esta conclusión, sobre la reversión del orden de validez y la puesta en evidencia del poder del enunciador es central. Sin embargo, no se considera que se siga necesariamente de un problema específico con la palabra “derechos”, sino la forma en general en la que se presentan los DH: como universales, como atributos del individuo. De esta forma, las proposiciones redundantes no son inocentes, no resulta que ‘no tienen sentido ni importancia’, como afirman algunos autores. Crean significado mediante una “extensión metafórica” (Burke). Transmiten algo incorpóreo: “tener un derecho”, al tomar prestado de una expresión que alude a algo tangible: “tener un escudo o una espada”. Esta vertiente crítica, alega que palabras como “justicia, libertad, razón, inconsciente” son presentadas como “misteriosos seres”. Expresan que, cualquier descripción que pretenda explicar qué son esas ‘entidades’, en vez de tratar de explicar su uso discursivo, es metafísica.¹⁸³

¹⁸¹ *Ibid*, p.27.

¹⁸² *Ibid*, p.28.

¹⁸³ *Ibid*, p.30.

La crítica de razonamiento falaz (falacia de razonamiento circular, falacia de naturaleza) de las decisiones judiciales sobre DH no responde pues al mal uso de la palabra “derecho”, sino la extensión metafórica del concepto de DH como un todo. De ahí que pueda considerarse a los DH como un significante amo por sí mismo¹⁸⁴, si bien al acercarse a él, al igual que en el cuento de Kafka sobre el “odradek”, se dude de su existencia y su razón de ser.¹⁸⁵ Es importante entonces hacer patente que uno de los problemas de las extensiones metafísicas, es el obviar la existencia de determinados procesos que se dan a la hora de aplicar una norma, desde el rol del juez hasta el abismo que existe entre la norma y su interpretación judicial.

Estas conclusiones vuelven a hacer mella en tres puntos que se han venido encontrando en las diversas argumentaciones:

- a. El carácter moral e incluso metafísico-universal de los DH
- b. El razonamiento circular que se da en la vía judicial al hablar sobre derechos
- c. La argumentación de DH tiende a ocultar el hecho de que la resolución judicial se basa en una decisión más o menos arbitraria, y presenta dicha conclusión como una proposición de verdad, y como una solución única para un caso determinado.
- d. Que el carácter de universal de los DH es lo que permite que se dé el razonamiento circular y que se oculte efectivamente el poder del enunciador.
- e. La ideología de la legalidad, las leyes naturales y los derechos humanos

En la historia de la ciencia, hubo un momento importante - que desde una perspectiva discontinuista puede decirse que aún presenta sus efectos – cual fue el predominio de la ontología de las causas y luego, la epistemología de las regularidades legaliformes. Se trae a colación en tanto los principios epistémicos que operan para la creación de conocimiento científico, así como el formular las verdades de la ciencia como leyes naturales, son muy similares a la lógica de los derechos naturales y la perspectiva epistemológica que opera en los tribunales de DH.

¹⁸⁴ Dicho concepto se explicará en otro acápite. Se trata de una palabra que aunque vacía, genera sentido y amarra otra serie de palabras para crear un discurso.

¹⁸⁵ KAFKA, Franz. The worries of a Householder (Die Sorge des Hausvaters), 1919.

La ontología aristotélica concebía la ciencia como la búsqueda de las causas del ser. De modo que se partía de la importancia de un causalismo, una diferenciación entre la forma y la materia, y se dirigía al conocimiento hacia lo universal, hacia el descubrimiento de la esencia de la cosa por medio de un proceso de inducción empírica y de abstracción. Las categorías y los conceptos, mantienen una relación “natural” con lo “real”, que implicaba una correspondencia entre el intelecto y la cosa. Desde esta perspectiva, la filosofía y la ciencia son una búsqueda de principios.¹⁸⁶

El razonamiento jurídico que funda los DH es muy similar al anteriormente descrito. Se está en una búsqueda/creación de principios a partir de los cuales se puedan resolver casos. Principios que se basarían en la naturaleza del ser humano y del sistema republicano democrático de Derecho. Se realizan abstracciones a partir de casos o de otros principios y categorías, con el objeto de aumentar el caudal doctrinal y jurisprudencial. La relación de DH con la realidad parece “natural”, y lo que se concluya sobre estos tiene pretensiones de universalidad y se trata no como afirmaciones normativas, sino como conocimiento puro.

En el rompimiento moderno que se hace entre certidumbre y verdad, y en este sentido el surgimiento de la teoría de la representación y la aceptación que la realidad percibida puede no ser coincidente con una realidad “objetiva”, es resuelta por el racionalismo al dotar al individuo de un conocimiento innato, puesto allí por el Creador, de modo que entre el ser y el conocer haya una coherencia y adecuación “*que llene de sentido la voluntad de saber del hombre*”.¹⁸⁷

Esta línea de razonamiento acerca de la existencia de conceptos y principios *a priori*, esencias y fines intrínsecos, seguida por autores como Rawls, permite explicar una idea como la inherencia de los DH y la dignidad humana, que implica que todos los seres humanos “la poseen”, son conscientes de su existencia y son capaces de reclamarlos

¹⁸⁶ CASTRO, Luis, CASTRO, Miguel y MORALES, Julián, Metodología de las Ciencias Sociales: Una Introducción Crítica. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. p.368.

¹⁸⁷ *Ibid*, p.369-370.

efectivamente. La paradoja se da en el hecho de que precisamente el sostenimiento de este innatismo moral no resuelve el problema planteado por la teoría de la representación, sino que más bien se constituye en una realidad en sí misma y deja por fuera la visualización de las relaciones de poder que impiden la simetría y los espacios políticos para la reivindicación de ciertos grupos frente a otros.

Durante el siglo XVI, se traslada de la filosofía moral a la ciencia empirista, la idea de una ley natural. Dicha idea no tiene que ver con aquella de causalidad ontológica o de principio, pues se basan en la idea de relación, regularidad y constancia. La idea de ley pasa a ocupar la de los principios, y de la búsqueda de principios se pasa a la de leyes mediante la experimentación y la observación. La idea de leyes de la naturaleza constituye una renuncia moderna al esencialismo solo parcialmente, pues la idea de regularidades fenoménicas conlleva a la busca de la trascendencia de lo particular y lo local, para buscar un conocimiento universal.

Así, durante los siglos XVII y XIX, las leyes se interpretarán desde una óptica ontoteológica.¹⁸⁸ En el caso del razonamiento jurídico, se tiene que los derechos naturales no rompen con esa filosofía clásica, y pese a las pretensiones de independencia del Derecho de la moral o de la religión, y las pretensiones de cientificismo y racionalismo en la labor judicial, la hermenéutica normativista y formalista siguen en realidad las mismas finalidades que la causalidad ontológica.

El principio de legalidad del pensamiento clásico y escolástico también trae consigo una visión del sujeto. El ser humano tiene una naturaleza universal, que implica un orden ontológico y social. Dicha idea fue retomada por los empiristas, los cuales, pese a querer alejarse del esencialismo y el pensamiento teleológico, finalmente mediante la observación del ser humano pretendieron encontrar características generalizables, tales como la sociabilidad, la simpatía, el egoísmo, la razón, a partir de lo cual se podía construir las instituciones.¹⁸⁹ El orden de los DH no es diferente de este empirismo

¹⁸⁸ *Ibid*, p.371.

¹⁸⁹ *Ibid*, p.372.

teleológico en el sentido de pretender defender un orden que sea el que tome en cuenta estos atributos del ser humano, incluidos sus derechos, aunque en la época actual se hace más evidente que dichas determinaciones actúan más bien retroactivamente justificando el *statu quo*.

f. ¿Qué es “derecho”, qué es “humano” en los DH?

Nino menciona algunas de las formas en que se comprende la palabra “derecho”:¹⁹⁰

- *La ausencia de prohibición.*
- *Una permisión explícita*
- *Correlativo de obligaciones pasivas o activas de terceros*
- *Derechos como pretensiones o demandas que alguien actúe de cierta manera, que Nino llama “derivativos” (implican un hacer, no hacer o permitir).*
- *Derechos como inmunidades: incompetencia de una agencia para alterar un estatus normativo o de realizar alguna actuación que represente un daño para el sujeto.*

Hart por su parte los considera “*elecciones protegidas*” y Bentham les llamó “*beneficios*”. Lo primero que se nota entonces es que no hay consenso en cuanto a la definición de DH y que las teorías y doctrinas sobre los derechos en general no pueden ser aplicadas con exactitud a la idea de DH.

La definición final que da Nino de qué son los “derechos” es la siguiente: un individuo tiene derecho a una situación “s” (ya sea la posibilidad de realizar una acción, disponer de algún recurso o verse libre de una contingencia) cuando pertenece a una clase “C” y se asume que el acceso a “s” es normalmente un bien tan importante para cada miembro de “C”, que Cx tiene que tener acceso a “s”, o que está mal privar a Cx de “s”, cualquiera que sea la consecuencia de ese acceso con respecto a valores de carácter agregativo.¹⁹¹

Ahora, algunos consideran que, cuando se crea un derecho, como el caso de las libertades constitucionales ya formalmente establecidas, hay una derogación tácita de las normas que puedan interferir en la conducta protegida por el derecho en cuestión. Mas dicha derogación no está generando una nueva norma, simplemente cambia forma en que se

¹⁹⁰ NINO, *vid supra* nota 156, p.25-28.

¹⁹¹ *Ibid*, p.33.

define “la membresía” de un sistema de normas, al determinar el criterio que define la entrada a dicho sistema.

Otro elemento de existencia del derecho es la competencia para promulgarlo. De modo que, la falta de competencia para promulgar ciertas normas implica la no existencia de dichas normas si, entre las normas de competencia, el sistema incluye una regla de reconocimiento que aplique a los actos normativos de poder soberano, y si el “criterio de membresía” sostiene que, excepto por esta regla, ninguna norma pertenece a ese sistema si no es promulgada por agentes competentes de acuerdo con las normas del sistema.¹⁹²

En el caso de los DH, se trata pues de normas morales que se aplican a los seres humanos. Dichos derechos se verán como inherentes a la “personalidad moral” de tales individuos. Sin embargo, Nino apunta que hay dificultades con esta definición, en tanto existen para empezar condiciones negativas que los habrán de limitar.¹⁹³ Esto es, que se considere por ejemplo que la persona humana en cuestión es un criminal, un terrorista, un comunista, un loco, entre otros tantos calificativos. Previamente también, un negro, una mujer, un niño. O bien, fuera del derecho de igualdad ante la ley, un indigente, una prostituta, un travesti. Así también, hay condiciones positivas para el disfrute de ciertos derechos, como estar enfermo, en el caso de derecho a la atención médica.

Se intenta solucionar el problema diciendo, en contra del primer argumento, que la condición primaria para disfrutar de los DH es ser una persona humana. En cuanto a lo segundo, que estos derechos que requieren condiciones positivas se derivan de otros más generales, como en este caso sería el derecho a la salud, y el derecho a la vida y la calidad de vida, o incluso a la no-discriminación. La lógica tras la universalidad en la definición, es la aspiración igualitaria. Si bien como se ha venido mencionando, la universalidad resulta tener un doble filo, definir cuándo se puede o no ejercer un derecho humano o fue violado, cuándo existen condiciones negativas, etc., y si debe o no hacerse algo respecto a una violación, depende de una serie de condiciones referidas al sujeto enunciador, el

¹⁹² *Ibid*, p.33.

¹⁹³ *Ibid*, p.34.

contexto y quién sería la víctima; el obviar esto precisamente impide cambiar las condiciones que sostienen la asimetría. De manera que por ejemplo un terrorista o exparamilitar no tiene derecho de refugio, y en Haití la situación de DH solo es importante mientras dicha nación tenga un valor geopolítico para la potencia en la región.

Otra especialidad de los derechos morales es que no se pueden disfrutar en menor o mayor grado, sino que todos deben poder disfrutarlos en igual grado. Al mismo tiempo, todos los seres humanos son tales en igual medida. Esta última afirmación ha sido retada en diversos momentos. Por ejemplo se ha dicho que las mujeres, los afro-descendientes o las personas con retardo mental son menos humanos pues tienen menos capacidad de razonar, o que los terroristas no pueden ser tratados como humanos pues sus acciones son *contra natura*, o que los judíos son menos humanos pues “su raza es por naturaleza perniciosa”. La propiedad de ser humano no es por consiguiente algo que se haya eximido de discusión, pese a la moral establecida por los DH.

En el discurso de DH siempre se apela a una esencia del ser humano, a características propias de este comenzando con su intrínseca dignidad, que se deriva de su relación con la divinidad, su superioridad como especie, etc. Si bien estas formas de razonamiento originalmente tienen corolarios elitistas que apelan a la superioridad de ciertos seres humanos o grupos de seres humanos sobre otros por ser más inteligentes, bondadosos, hermosos, civilizados, etc.

Si se quiere una perspectiva más inclusiva, podría partirse de que ser humano es el *homo sapiens*, el que tiene cierto número de cromosomas. No obstante el debate no termina allí, pues con el avance de la genética y la medicina, la discusión del aborto y la clonación, se vuelve de nuevo al campo ético y político en cuanto al *homo sapiens*. Así también, quienes defienden los derechos de los animales o de los seres vivientes en general, consideran discriminatorio, igual de negativo que el racismo, limitar los ‘DH’ a la especie humana. En tal caso, la dignidad se expande a toda forma de vida, que es una ética compatible con ciertas formas de budismo y de prácticas espirituales basadas en la

literatura védica de la India antigua u otras religiones como el jainismo. En “occidente”, la Unión Europea comienza a abrirse a una ética de la empatía y la inclusión que implica una reconceptualización de la libertad que no se trate de la autonomía individual sino de la relación de la persona con los demás. Dentro de toda esta lógica, los DH deben extenderse a todos los seres sintientes¹⁹⁴. Esto implica claro está, un cambio de paradigma y un abandono parcial, al menos en los textos, del antropocentrismo.

Nino afirma que, al delimitar el concepto de derecho tal como lo hizo, y de lo que es un ser humano, y de los alcances de lo que significa el ejercicio de los DH por parte de las personas (que sea efectivo dicho ejercicio y su protección), se acaba la discusión semántica. Una vez firmes los principios morales, puede saltarse a su aplicación ante la consideración de situaciones de hecho en la que hayan de ser aplicados. Sin embargo, aquí nuevamente se minimiza el rol del juez y se parte de la premisa moderna del razonamiento jurídico como un acto lógico-mecánico y objetivo.

Se pretende que la definición que se dé simplemente será aplicada sin problemas y no reconstruida en cada caso. Así también, ya se señaló las diferentes objeciones que se ha hecho a la definición de “ser humano” y la falta de mecanismos para que un DH pueda tener la fuerza de un “derecho” tal y como fue definido *supra* por el autor en cuestión. El grupo que Nino denominaría “C” sería la humanidad entera, y en la praxis no se da ni la creencia ni existe la estructura política para que toda “C” pueda tener “s”. Aquí nuevamente se cae en considerar que por definir DH se van a dar las condiciones para su aplicación uniforme en el discurso y en la práctica política y judicial y se convertirán sin más en parte de la cultura política de los diversos países.

Por otra parte, la universalidad de las premisas morales ha de ser cuestionada, no solo por el hecho evidente de que en la práctica no lo son, sino porque su aceptación tampoco es universal, ni siquiera por quienes utilizan los DH como justificación de su discurso. Esto en tanto la lectura o interpretación creadora de dichas normas morales es tan amplia como

¹⁹⁴ RIFKIN, Jeremy, The European Dream. How Europe’s vision of the future is quietly eclipsing the American Dream. Editorial Penguin. Nueva York, 2004. p. 280-282.

abierta es su textura. Claro está que, una vez aceptado como legítimo y autoritativo un sistema y sus intérpretes oficiales y exclusivos, se tendrán que concebir de manera inferencial como válidos/universales/verdaderos los juicios emitidos desde dicho sistema, como se explicó anteriormente en relación con las ideas de Badiou.

Ahora, el punto es que los Estados pueden pensar que han aceptado “A”, pero no conocen en realidad las implicaciones que puede tener el efectivo ejercicio de “A” en un determinado sistema normativo y en un determinado sistema de protección, que obedece a sus fuerzas internas y al sistema político que le vio nacer. Cuándo, cómo, porqué decida un sistema determinar en un momento dado que hubo violación y cuáles serán las repercusiones de esto no está exento de cierto grado de incertidumbre. Es así como en Haití, la OEA ignoró durante largo tiempo las violaciones del dictador Duvalier, quien era financiado por la EUA, mas condena internacionalmente a Chávez por no volver a otorgar una concesión a un medio de comunicación. Así, la OEA como órgano político considera que la gente en Cuba vive miserablemente y se considera un país violador de DH, mas no se vuelve a violador Honduras y su inequidad extrema, al Salvador con su política con respecto a las maras, o a EUA y su base en Guantánamo.

Otro abordaje de los “derechos” humanos es la perspectiva sociológica. En particular el trabajo de la socióloga Mayra Gómez, quien realizó un estudio que denominó sociológico acerca de los abusos de DH en Cuba, El Salvador y Nicaragua centrados en las relaciones entre: Estado, sociedad, sistema internacional, abogados de DH, formuladores de políticas públicas. La autora en realidad parece centrarse en hacer un recuento parcial y muy breve de la discusión acerca de la vigencia del discurso de los DH. Asume una posición de defensa del discurso de las organizaciones internacionales y de la visión universalista de una serie de derechos indivisibles.

Propone una visión de los DH como un discurso en constante transformación y no como un discurso estático y hegemónico. Ve los DH como objeto de constante construcción y transformación y, aunque presentados como supranacionales y eternos, van siendo moldeados por experiencias muy puntuales, como el holocausto judío. Menciona el status

jus cogens de algunas normas del Derecho Internacional de los DH, como la abolición en el papel de la tortura y de la esclavitud, si bien en el papel y en la acción esa petrificación hoy día es una quimera.

Explica que, como los derechos implican cierta “titularidad”, se vuelven herramientas políticas y estrategias retóricas.¹⁹⁵ Como agente social, se ha convertido en un lenguaje y estrategia “estándar” para muchos movimientos políticos y sociales. El poder de estos derechos, alega, radica en que vinculan ideas abstractas e idealistas acerca de la dignidad del ser humano con la práctica política actual. Si bien esa extensión metafísica también se constituye en su debilidad al caer en la ‘dialéctica de la ilustración’ y terminar siendo un discurso heterónimo alienante.

Gómez resalta el hecho de que el discurso actualmente es legítimo, porque es enunciado por actores sociales poderosos. Así, por una parte, vincula su legitimidad actual a los movimientos sociales, los cuales construyen y son construidos por este discurso. Por otro, menciona que los espacios para la discusión y ejercicio legal de los DH son abiertos e institucionalizados por grandes organizaciones internacionales.¹⁹⁶ Tercero, Gómez resalta la labor del abogado especialista en DH, y su labor en términos de efectividad y estrategia en situaciones de reparación de abuso de DH, en cuanto a la negociación para la formulación de políticas públicas y prácticas políticas. Por último, habla de la formulación por parte de estos enunciadores de “políticas neutrales” de injerencia en terceros países, para evitar el abuso de DH.¹⁹⁷

En cuanto a esto último, el discurso de los DH es un discurso de poder de alcance supraestatal que vuelve ideológicos conflictos de carácter militar o geopolítico, como señala Žižek.¹⁹⁸ Un discurso que sanciona violaciones hechas por sistemas que no son aceptados por razones más allá de la violación a los DH pero alegando que es por dichas violaciones así como por la desestabilización de la “democracia” (da por sentado que DH

¹⁹⁵ GÓMEZ, Mayra, Human Rights in Cuba, El Salvador and Nicaragua. A Sociological Perspective on Human Rights Abuse. Routledge. Nueva York y Londres, 2003. p.5.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.5.

¹⁹⁷ *Ibid.* p.6.

¹⁹⁸ Este punto se revisará con mayor detalle en el acápite destinado al análisis de los DH de Žižek.

es un sistema que puede trabajar a lo interno del sistema democrático y no que sus normas lo trascienden y lo dominan). Un órgano que propicia la democracia representativa liberal como la mejor forma de sostener un sistema económico que no parte de las mismas premisas igualitarias que los DH.

Gómez plantea los DH como situaciones. En este sentido, construyó indicadores para análisis cuantitativos que según dice, le permitieron realizar una correlación entre determinados índices en un país y existencia de situaciones de abusos de DH y de cambios en los patrones de represión política. El problema metodológico de tales planteamientos es la indeterminación de la categoría “DH” y que un indicador de esta clase puede arrojar muy diversos resultados dependiendo del derecho del que se trate. Un DH puede ser desde integridad física, propiedad privada o libertad de culto, derecho al trabajo, derecho a la educación, etc.

Dependiendo del marco teórico, cada ‘derecho’ y su cumplimiento puede ser valorado de manera distinta. Además, como lo admite la autora, el partir de un esquema Estado-víctima sobre-simplifica las dinámicas de poder, los actores en juego y las estructuras que implica una categorización de esa índole. Finalmente, el estudio no parece realizar una contextualización regional de los tres países de estudio (Cuba, Nicaragua y El Salvador), si bien los relaciona porque todos han tenido guerras civiles, regímenes dictatoriales e intervenciones estadounidenses que Gómez consideró intervenciones para evitar los abusos de DH.

En conclusión, el enfoque sociológico de los DH de Gómez no salva a estos de su indeterminación, no redefine los DH desde una perspectiva extra-discursiva ni evidencia su rol en la práctica social. El hablar de violación de DH como indicador, puede volverse simplemente un estudio estratégico para considerar si las políticas de un país son coherentes con las de aquel que está analizando sus funciones como órgano represivo y con la de los organismos internacionales que establecen cuándo hay violación de DH.

5. Definición de ideología

“El sentido depende de un cierto olvido de nuestra verdadera condición, y está profundamente arraigado en el no sentido.”
Terry Eagleton (parafraseando a Schopenhauer), *Ideología. Una introducción*. (1995).

a. Los orígenes: La Ilustración

Al explorar los orígenes históricos de la noción de ideología, se tiene que nació precisamente como un mecanismo ideológico ilustrado. Ideología y DH emergen políticamente en el mismo momento histórico en el marco del liberalismo político. El inventor del término fue Destutt de Tracy (1754-1836), uno de los portavoces más combativos de la burguesía revolucionaria francesa.¹⁹⁹

La ideología era la ciencia de las ideas, la cual los hombres debían conocer para poder salir de su ignorancia y gobernarse a sí mismos.²⁰⁰ Lobkowicz coincide con esta apreciación y agrega que ideología era *“la disciplina metodológica que sometía a revisión las bases metodológicas de todas las ciencias garantizando su aplicación desprejujada.”*²⁰¹ No obstante, considera que si bien De Tracy acuñó el término, dicho pensador atribuye la fundación de la disciplina a E.B de Condillac (1715-1780) y, más aún, quien le dotó de contenido fue Francis Bacon (1561-1626). Dicho pensador afirmó que, *“el progreso de las ciencias solo puede asegurarse cuando se consiga liberar al pensamiento científico de la jurisdicción de las ideas falsas.”*²⁰². Con ello efectivamente se llegó a relacionar el término ideología con el de “ideas falsas”.

Una de las primeras críticas ideológicas fue la *“teoría de los ídolos”* de Bacon. En dicha crítica, se considera que el sentimiento, la voluntad, la comunicación y los prejuicios constituyen perturbaciones del *“conocimiento puro”*.²⁰³ Es en realidad una teoría que si se intentara aplicar, abarcaría desde análisis de discurso racistas como los realizados por

¹⁹⁹LOBKOWICZ, Nikolaus (dir.). *Marxismo y Democracia. Filosofía*. Tomo 3. Rioduero. Madrid, 1975. p.109.

²⁰⁰ EAGLETON, Terry, *Ideología. Una Introducción*. Editorial Paidós. Colección Surcos. Barcelona, 2005. (originalmente publicado en inglés en Londres y Nueva York, 1997) p.97

²⁰¹ LOBKOWICZ, *op. cit.*, p.109.

²⁰² *Ibid*, p.109

²⁰³ *Ibid*, p.111

Van Dijk, hasta las discusiones que se centran en problemas del lenguaje. La teoría parte de la existencia de una especie de núcleo platónico de conocimiento al que hay que acceder. En ese sentido es que se semeja precisamente a una idea de ideología como conocimiento falso, en la que los ídolos serían obstáculos a la obtención de un conocimiento verdadero o a la visión del mundo “como realmente es”.

Bacon – en la manera que lo lee Lobkowitz – divide los ídolos en cuatro grupos: los “ídolos de género” (*idola tribus*), que representan la incapacidad del hombre de conocerse a sí mismo (las teorías de la ideología basadas en el psicoanálisis podrían alojarse aquí); luego, los “ídolos de la caverna” (*idola specus*) referidos a la propensión del ser humano a juzgar al mundo exterior desde su propio punto de vista (prejuicios). Los “ídolos del comercio” (*idola fori*) se refiere a que los equívocos en el intercambio de las ideas se deben a la escasa precisión del lenguaje (algunas de las discusiones sobre los DH se ubican en esta categoría); y los “ídolos del teatro” (*idola theatri*) que son ideas que inhiben el conocimiento y que están condicionadas por aspectos como la tradición, la autoridad, la convención y “teorías irracionales”, las que podrían referirse a la religión (un enfoque que pareciera similar al marxista del condicionamiento social del ser humano)²⁰⁴.

Los primeros ideólogos, según Eagleton, se basaron en la filosofía empirista de Locke, sea, la concepción de las ideas como surgidas de las sensaciones y no de la trascendencia (p.94-95), a la vez que se creía en el *apriorismo*. Eagleton expresa que el pensamiento de estos ideólogos se circunscribe a un materialismo mecanicista. Buscaban determinar la base material del pensamiento y concebían “*la indagación racional de las leyes que rigen la formación y desarrollo racional de las ideas*” como una ciencia.²⁰⁵

La ideología también opera como una forma de rechazo a la metafísica.²⁰⁶ Sloterdijk llama a esto “*el desenmascaramiento ilustrado a la apariencia metafísica*”, como se verá *infra*. Asimismo, se buscaba eliminar las ideas falsas tanto en el campo científico, como

²⁰⁴ *Ibid*, p.111, en lo relativo a la descripción de los ídolos.

²⁰⁵ EAGLETON, *op. cit.*, p.94.

²⁰⁶ LOBKOWICZ, *op. cit.*, p.109.

el crítico-social. Ello se demuestra en la llamada “*teoría de los intereses*”, la que luego deviene en la “*teoría sobre el fraude de los sacerdotes y los señores*”, y la “*teoría sobre el fraude consciente*”.²⁰⁷

La teoría de los intereses consiste en considerar que el pensamiento del hombre es dirigido por sus intereses instintivos y voluntaristas, idea que es aceptada hasta nuestros días tanto en enfoques de Derecho Privado como las teorías de la elección racional, aunque esta añade que el individuo siempre buscará el máximo beneficio al mínimo costo como tendencia natural. En este caso se considera, como luego menciona también Sloterdijk, que la persona no es que se encuentre sujeta a equivocaciones propias de su circunstancia, en la que se encuentra atrapada, sino que ella engaña con el fin de imponer sus intereses.²⁰⁸ Aquí, de un enfoque de condicionamiento social, se pasa a uno en el que el libre albedrío tiene un rol central. Tales críticas son vertidas sobre la religión como aseguradora del poder y al orden político establecido. En esta teoría es posible entender una idea como la del “efecto retroactivo del nombre”, en la que el deseo va primero y luego su justificación intelectual y moral frente a la persona misma y los demás.

Lobkowitz señala que la ideología surge ante la desconfianza de la Ilustración frente a la “*facultad humana del conocimiento*”. A la vez, había una esperanza cifrada en que los errores del conocimiento pudieran ser reparados mediante la razón. En este sentido, Eagleton explica que la ideología se mostró como una cura contra las supersticiones, los prejuicios y el oscurantismo, un mundo transparente de la razón. Critica que, como todo en la Ilustración, “*al iluminar el oscurantismo del viejo orden, arrojó sobre la sociedad una intensa luz que cegó a hombres y mujeres en relación con el oscuro origen de esta claridad.*”²⁰⁹ La definición de ideología original, la ilustrada, se basa pues en la creencia en la razón como una dimensión “*socio-filosófico-utópica*”. Si se deja esto de lado, la crítica ideológica ilustrada pierde sentido.²¹⁰

²⁰⁷ *Ibid*, p.112.

²⁰⁸ *Ibid*, p.112.

²⁰⁹ EAGLETON, *op. cit.*, p.94-95.

²¹⁰ LOBKOWICZ, *op. cit.*, p.110.

Más tarde, con Napoleón en el poder, el concepto de ideología se relacionó con el republicanismo y el liberalismo político, en confrontación con el autoritarismo bonapartista.²¹¹ Napoleón expresaba que Tracy y sus colegas eran “*charlatanes y soñadores*” que cuestionaban las raíces de la autoridad política y privaban brutalmente a la gente de sus “*ficciones consoladoras*”. Eagleton menciona que para Napoleón, “*la era de las ilusiones es la de la felicidad*”.²¹²

Sloterdijk apunta que la crítica al poder, la lucha contra la tradición y “*el asalto contra los prejuicios*” fueron elementos habituales de la Ilustración. Aduce, como ya se mencionó, que la ideología desde su nacimiento fue un “*devolver el golpe*”, en este caso contra el poder, la tradición y los prejuicios, cerrados todos ellos al diálogo.²¹³ La crítica ideológica fue para los ilustrados, según este autor alemán, tanto una defensa contra el pensamiento autocomplaciente del antiguo régimen, como un “*instrumento de ejercicio y autoestabilización*”.

Un aspecto importante es que, la crítica ideológica fue según Sloterdijk una forma de atacar a quienes se resistían al movimiento ilustrado, con un discurso cuasi-científico y neutralizante que cosificaba al enemigo. Dice Sloterdijk, “*De esta manera, el contrario se constituye en un ‘caso’, su conciencia en un objeto.*”.²¹⁴ Se intenta establecer una jerarquía entre la teoría desenmascaradora y la desenmascarada, o bien, se pretende comprender a un autor mejor de lo que este se comprende a sí mismo.²¹⁵ A la vez, apunta que de la crítica ilustrada muchas veces salieron nuevos dogmatismos: “*Allí donde ejerce su influencia aparece una penumbra, una profunda ambivalencia. La caracterizamos como la atmósfera en la que tiene lugar la cristalización cínica en medio de un ovillo de autoconservación fáctica en una autonegación moral*”.²¹⁶ La idea es compartida por Lobkowitz, quien señala que fue precisamente esa “*difamación del ideólogo*” contra ciertos discursos, lo que preservó de toda crítica racional al pensamiento de estos. Un

²¹¹ EAGLETON, *op. cit.*, p.97.

²¹² *Ibid*, p.98.

²¹³ SLOTERDIJK, *vid supra* nota 23, p.52-53

²¹⁴ *Ibid*, p.53.

²¹⁵ *Ibid*, p.58-59.

²¹⁶ *Ibid*, p.63.

pensamiento que cumpliría una función estabilizadora del poder criticada por los anti-ilustrados.²¹⁷

Finalmente, Sloterdijk considera que la diferencia entre utilizar la crítica ideológica como “*instrumento heurístico*” o un “*bizantinismo jurídico*” que lleve a un cierre del diálogo, es el “*reconocimiento*” de la “*identidad satírica*” de la ideología, y no que se trata de “*ciencia*” (entendida en la Ilustración como mecanismo legítimo para descubrir la verdad). Este carácter satírico se ve incrementado por el hecho de que este tipo de crítica precisamente busca llegar al emisor, hacer argumentos *ad hominem*, descubrir los intereses de clase, las prepotencias, los resentimientos, etc., del emisor del discurso²¹⁸.

La perspectiva de Helio Gallardo en este sentido es similar a la de Žižek, en el sentido que no se pretende juzgar al emisor del discurso, valorar su personalidad conforme a este, como se realizaba en la Ilustración al partir de la premisa que “*la filosofía que se eligiera dependía de la clase de hombre que se fuera*”²¹⁹ acentuando nuevamente la idea del libre albedrío sobre la de condicionamiento social. Esto en la medida que se considera que las formas ideológicas se reproducen en la conciencia y la práctica social a manera de sentido común, de modo mecánico, irreflexivo. Es posible por ejemplo que en un artículo periodístico un columnista reproduzca el pensamiento o la lógica de tal o cual autor o corriente, mas no lo haya hecho de manera deliberada, sino que tal línea de argumentación ya se encuentre en él interiorizada y él no vea las repercusiones de su discurso sobre diversos espacios de poder²²⁰.

Como ya se había mencionado en acápites precedentes, aunque la crítica ideológica es presentada por Sloterdijk como un instrumento de poder, Žižek considera que su análisis se centra en la ideología como creencia, como debate de ideas, y no como prácticas sociales. En este sentido es que no está de acuerdo con el uso del término “*cinismo*”, en tanto el actuar “*como si*” tiene efectos reales y llega a modificar la conciencia, como lo

²¹⁷ LOBKOWICZ, *vid supra* nota 199, p.110.

²¹⁸ *Ibid*, p.59.

²¹⁹ *Ibid*, p.59.

²²⁰ Curso de teoría de la ideología de Helio Gallardo. Escuela de Filosofía de la Universidad de Costa Rica. San José, octubre de 2004.

menciona Hegel. Pese a considerar el pensamiento ideológico como deliberado e intencionado, Sloterdijk llega a mencionar un aspecto inconsciente en la definición de ideología ilustrada, cual es la equivocación. Esta se supone es casi inocente, y ocurre de forma mecánica, inevitable, contrario al otro aspecto de la ideología, que es la voluntad perversa.²²¹

Sloterdijk menciona ocho críticas ideológicas hechas por los ilustrados, cuyos modos de proceder considera polémicos. Los discursos criticados sobreviven pese a todo adquiriendo nuevas formas. El autor alemán critica a la crítica, más que al discurso criticado, en un estilo similar al de Kolakowski, quien reivindica los llamados mitos y señala al pensamiento moderno científicista como la ideología de dominación. El mencionar estas críticas y su contra-crítica se considera relevante para efectos de comprender mejor los usos que se le ha dado a la noción de ideología y a la crítica ideológica. Por otra parte, porque la época ilustrada y algunos de los discursos “desenmascarados” tienen una relación directa con el discurso de los DH.

²²¹ SLOTERDIJK, vid supra nota 23, p.54.

Recuadro 1
Los ocho desenmascaramientos de la Ilustración

- 1- *Crítica a la revelación.* Crítica a escrituras consideradas sagradas dado su relación con lo absoluto. La Ilustración cuestiona la existencia de pruebas y destruye la pretensión de absoluta de la tradición. Sloterdijk critica que el saber humano para considerarse válido deba, según las pretensiones de los ilustrados, "*retirarse a los límites de la historia, la filosofía y la lógica*" (p.67).
- 2- *Crítica de la ilusión religiosa.* Cuestionamiento acerca de la existencia de Dios y sobre todo quienes afirman su existencia. En la crítica juega un papel importante la subordinación de los atributos divinos a la experiencia humana, dado que no se puede percibir la divinidad. Estos atributos se dan en la mayoría de las religiones, salvo las que parten de una "teología radical de los misterios" o de un "Dios inenmencable". La crítica a la crítica está en su caída al dogmatismo, en lo que Sloterdijk denomina un "*torpe ateísmo*". (p.71). Un segundo punto es la tendencia ilustrada a aceptar la religión como una "mentira piadosa", dada la función que considera cumple en la sociedad. Esta forma de "cinismo señorial" (dominadores dejan a la plebe estúpida tener sus creencias) ve en la religión una forma de legitimación del orden y una superación de la angustia vital. Sloterdijk considera que la teoría del engaño (o teoría de los señores) es un avance hacia el concepto de ideología reflexiva y la crítica multidimensional, en la medida en que no se trata solo de estar en error, sino engañar a otros y se ve entonces al emisor del discurso (al juez, al cura) como un "estafador despierto y reflexivo" (p.74). Los críticos se vuelven aquí maestros de la sospecha. Un tercer punto que menciona Sloterdijk, que viene a explicar la religiosidad en los DH, es que las "*las consignas de la Revolución francesa al comienzo de la modernidad fulgen como la más cristiana supresión del cristianismo.*" La crítica tendiente a la supresión de la religión se transforman en una circunspección, en un aceptarlas, pese a ser 'ilusiones', y admitir que las ilusiones también estaban del lado de la no-religión. (p.79)
- 3- *Crítica de la apariencia metafísica.* Reducción de lo cognoscible a lo empíricamente perceptible. La reflexión científica moderna no obstante hereda su lógica de la reflexión metafísica. Es la tradición ilustrada radicalizada en el positivismo lógico, el que Sloterdijk considera una forma de cinismo en tanto reducen el pensamiento al puro análisis y se ríen de las grandes preguntas de la tradición filosófica, tildándolas de "problemas de apariencia" (p.81)
- 4- *Crítica de la superestructura idealista.* Crítica de Sloterdijk al desenmascaramiento marxista (también moderno), en tanto cosifica la conciencia, a la vez que la cree capaz de liberarse de la mistificación. Es importante en relación con la posterior teoría de Lacan que critica el ver la individualidad como una máscara de la función. En el caso de Lacan, el individuo barrado tiene como único sustento real el deseo. El cinismo está en el funcionalismo de considerar la necesidad de la conciencia falsa. (p.86-87)
- 5- *Crítica de la apariencia moral.* Las raíces de la ilustración moral también están en la crítica del hombre, el cual no es lo que pretende ser (p.89). La crítica de la moral busca: descubrir una doble moral, convertibilidad de ser y apariencia, reducción a un motivo primigenio realista (p.92-93). La crítica de Sloterdijk está en considerar que en lo primero, se realiza una división de morales de acuerdo a quién se trate. El político puede ensuciarse las manos, la mujer debe permanecer pura. Lo segundo es un ataque a la moral cristiana, aunque la moral burguesa sea para él egocéntrica tanto teórica como económicamente. Lo tercero refiere a la crítica ilustrada de motivos ulteriores en beneficio propio, y considera la inmoralidad aristocrática reflexiva. El cinismo está en considerar que una vez en el poder, a la burguesía no padecería de la misma ambivalencia y reprimiría al pensamiento disidente, pese a acomodarse en una moral protestante.
- 6- *Crítica de la transparencia.* Descubrimiento del inconsciente y destrucción de la pretensión que el Yo es el que mejor se conoce y es el señor de las manifestaciones de la razón. Exaltación de la autoexperiencia y miedo del individuo de sí mismo y sus posibilidades. (p.98-105)
- 7- *Crítica de la apariencia natural.* Consideración esencialista que tras las cosas hay algo más que hay que descubrir, y ese el objetivo de la filosofía y la ciencia. Por otro lado, la cultura se ve como algo artificial en contraposición con el estado de naturaleza bueno. Concepción del hombre como malo, salvo el niño y el buen salvaje. Todo esto va cambiando con la investigación científica pero persisten ciertas formas de naturalismo, entre ellas lo natural de la dignidad del ser humano que como se ha visto, persiste en la idea de DH (p.108-114).
- 8- *Crítica de la apariencia privada.* Alude a la posición del "yo" entre naturaleza y sociedad. Sobrevivencia del mecanismo de naturalización en la modernidad pese al abandono de la creencia en un orden objetivo. Esto incluye el egoísmo y posteriormente la construcción de la interioridad de un yo que no se identifica con los procesos sociales. Contrario a la creación anti-ilustrada de "ficciones base" como personalidad, se supone la privacidad e identidad como defensas a la autorreflexión y como formas de fijar el yo. Crítica de Sloterdijk a los narcisismos de clase, las programaciones colectivas y a las auto-programaciones de la intimidad política, erótica, ética y estética (p.114-135).

El cinismo o las “*contradicciones ideológicas*”, no son según Eagleton, reflejo de las contradicciones de la praxis social. La fantasía ideológica está precisamente para enmascarar las contradicciones sociales, y sus contradicciones internas son resultado de su naturaleza ambigua:

*“Más bien, la ideología tenderá a representar lo que hay de positivo en esta libertad, enmascarando, reprimiendo o desplazando sus corolarios odiosos; y esta labor de enmascaramiento o represión, al igual que ocurre con el síntoma neurótico, probablemente interferirá desde dentro de la expresión genuina. Así, podríamos decir que la naturaleza ambigua y auto-contradictoria de la ideología proviene precisamente de su reproducción no auténtica de la contradicción real; de hecho, si en realidad lo hiciese, podríamos dudar de si denominar ‘ideológico’ ese discurso.”*²²²

La idea anterior parte más bien de una perspectiva epistemológica clásica y, consecuentemente, una división entre una realidad cognoscible y la praxis social por un lado, y el discurso por otro. La ideología, como se verá más tarde, más que representar u ocultar realidades, las crea y desde esa edificación ideológica emergen diversas instituciones que constituyen un orden social. No obstante, un aporte interesante de Eagleton está en señalar que la ideología por definición tiene contradicciones. Žižek las explicaría por el hecho de que la ideología lo que trata de ocultar es un núcleo de imposibilidad, a la vez que se basa en un deseo que no es simbolizable.

La teoría de la ideología en sus inicios no escapa de poseer una ideología propia, la cual será el norte de sus supuestos y sus finalidades. Condillac y Destitutt de Tracy conciben, como ya se mencionó, a la teoría de las ideas como un instrumento para la educación del hombre. Parte de un sujeto humano naturalmente bueno por dentro (una moral natural), que mediante su esfuerzo también natural logrará desentrañarla y descubrir la verdad en la forma de la ciencia positiva.²²³ En este respecto, la teoría de las ideas ilustrada guarda gran similitud con la idea de los DH ilustrada, y al igual que esta última cae en la contradicción de querer deslastrarse de una tradición judeo-cristiana sin realmente dejar atrás todas sus premisas.

²²² EAGLETON, *op. cit.*, p.179.

²²³ LOBKOWICZ, *op. cit.*, p.113.

La ciencia de las ideas propone una forma de sociedad y de Estado. Una sociedad naturalmente armónica, ordenada, similar al ideal de Rawls. Se constituye en una teoría del comportamiento social racional, y también en una base filosófica para el Estado liberal, cuya función es permitir la llamada libertad y tener un rol marginal en la manutención del orden público. La ciencia de las ideas también creará un ordenamiento jurídico mediante un ejercicio de ‘descubrimiento’ de las leyes que le son naturales a la sociedad, en una lógica que anteriormente se ha explicado en relación con el normativismo y la ideología de la legalidad tanto en las ciencias naturales, como en relación con la sociedad y el comportamiento humano. Toda esta naturalización de una serie de reflexiones es lo que Sloterdijk criticó en su acápite “crítica de la apariencia natural”. La ilustración también cae, como lo apunta explícitamente Lobkowitz y usando la terminología de Sloterdijk, en una “crítica de la apariencia metafísica”, dado que critica las explicaciones metafísicas hasta ahora existentes acerca de la sociedad y el ser humano, a la vez que elabora otra serie de premisas que según dicho autor “*le deben mucho a la metafísica*” y la lógica del pensamiento metafísico.²²⁴

Más adelante, durante lo que Lobkowitz denomina la Restauración Francesa, cambia la concepción del ser humano por una más similar a la mencionada por Sloterdijk en su “crítica de la apariencia natural”. El hombre es malo por naturaleza y para poder llevar a cabo su existencia, “*debe recurrir a la revelación sobrenatural*”.²²⁵ Por otra parte, la idea ilustrada acerca de la posibilidad de cambio del hombre es retada con otra en la que existe una imposibilidad general de cambiar el orden social y del Estado. En este periodo, la crítica ideológica es la crítica a los postulados básicos de la Ilustración, que según Lobkowitz, proponían un orden basado en la idea de la libertad o autodeterminación del hombre y los “*principios científicos*”²²⁶; ideas que persistieron hasta el presente, incluso como base de la idea de los DH. De hecho, una continuación del pensamiento ilustrado fue el de Comte, para quien era importante liberar a la investigación científica de los prejuicios.

²²⁴ *Ibid*, p.113.

²²⁵ *Ibid*, p.114.

²²⁶ *Ibid*, p.114.

En Comte, la crítica ideológica fue la crítica a religión y la metafísica. Esto si bien, ideas religiosas son secularizadas (al igual que ocurre con los DH, como lo indica Perry) en la afirmación de una “*fe universal en la humanidad, por la que debe ser poseído el individuo para activar sus fuerzas, movilizándolas y orientándolas hacia la realización de una sociedad positiva.*” El amor como objeto y fin de la sociología de Comte. A la vez, se considera la resignación como una tendencia fundamental del ser, garantía del orden duradero²²⁷. La relación entre esta doctrina de la ‘resignación al orden armónico’ y los DH valdría la pena explorarla.

Posterior a la crítica positivista, Lobkowitz sitúa la crítica a la ideología marxista, ya explorada en el desarrollo sobre la ideología como falsa conciencia. Una característica adicional de la idea de conciencia falsa es verla, no como una condición intrínseca del ser humano, sino como un resultado de las relaciones sociales.²²⁸ La conciencia falsa también opera –y en este respecto la explicación de Žižek es igual a la marxista – como una justificación de las relaciones capitalistas de producción. En relación con los DH por ejemplo, como se había mencionado en la introducción al problema, para Marx la declaración de DH realizada en 1789 “*significó para el proletariado únicamente la imposición de un nuevo dominio de una clase y no su liberación.*”²²⁹ En el marxismo, la crítica ideológica como una “*negación determinada*”, término que Lobkowitz vincula con Hegel: “*la idea de la sociedad es confrontada con la realidad observable de la sociedad.*”²³⁰ Esto claro está, desde una perspectiva de epistemología clásica, en la que aún el discurso no es visto como constitutivo de la realidad, de modos que ambos planos se combinan.

A finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, se da la crítica ideológica irracionalista, la cual es anti-ilustrada, si bien conserva el mismo postulado de un conocimiento objetivo que ha de ser alcanzado. Concibe como pensamiento ideológico no al metafísico, sino a aquel que afirma ser capaz de descubrir “la verdad”. “La razón” ocupará un lugar

²²⁷ *Ibid*, p.115.

²²⁸ *Ibid*, p.117.

²²⁹ *Ibid*, p.118.

²³⁰ *Ibid*, p.118.

marginal en las valoraciones irracionistas, como una compensación de la pérdida de instintos. Se alega que para entender a la sociedad, deben cubrirse aspectos emocionales y trans-rationales. De modo que la realidad no es cognoscible por las vías anteriormente imaginadas.

Además, el destruir los prejuicios e ilusiones, no es un acto inofensivo, sino que cuestiona el *statu quo* y lleva a su derribamiento.²³¹ Así pues, de acuerdo con estas teorías, la crítica ideológica que es aceptada, el rompimiento de la fantasía ideológica por parte de una colectividad, conlleva a un cambio de orden, al surgimiento de nuevos grupos de poder e ideologías. Según con los irracionistas, las ideologías son cambiables mas insuprimibles, en la medida en que la acción irracional es connatural al ser humano. Por este motivo, la idea que el hombre es modificable mediante ‘la buena educación’ es rechazada.

Como corolario de esto, se encuentra la afirmación política anteriormente hecha por Napoleón y ahora atribuida a Nietzsche (y ligada a los DH en la afirmación de Gaete), de la necesidad de ciertas creencias para el mantenimiento de la estabilidad. También, se menciona una idea de Sorel, que en acápites anteriores se relacionó con una de Sartori y es un lugar común en la actual disciplina de la Comunicación Política: el mito es necesario para la movilización de las personas, en contraposición con la racionalidad científica. Se acepta la superioridad del discurso retórico sobre el racional en la política para la movilización de las masas. A la luz de estas consideraciones, valdría analizar la estructura del discurso de los DH, en el sentido de si su privilegio de formas retóricas y palabras indeterminadas es una acción política tendiente a la búsqueda de consenso, así como la aceptación general y movilización de grupos hacia una ética de la justicia determinada y hacia los regímenes políticos capitalistas liberales.

Dentro de la corriente irracionalista, Lobkowitz incluye formas de pensamiento político como el anarquismo de Bakunin y el sindicalismo de Proudhon. En el marco de estas ideas, lo mítico es más bien vinculado al fascismo. Por otro lado, se propone como

²³¹ *Ibid*, p.118-119.

alternativa a las ideas de “libertad, fraternidad e igualdad” que actualmente constituyen un pilar de la idea de DH en el imaginario colectivo, las de “verdad, justicia y moral”. Términos igualmente vagos, emocionalizantes y que propician formas políticas distintas a las defendidas por los principios ilustrados.

Lobkowitz explica luego al fascismo y al marxismo-leninismo en relación con la teoría de la ideología. Considera que el fascismo no hizo ningún aporte, mientras que el marxismo-leninismo es un ejemplo de cómo una crítica ideológica puede llevar a la institucionalización política de otra. Para el marxismo-leninismo, la heteronomía (la creencia en algo exterior a la sociedad como causa y norma de esta) y el esencialismo solo pueden ser combatidos con un pensamiento dialéctico-materialista. La crítica ideológica pues debe ser consecuente con esta lógica.

En adición a lo anterior, el análisis científico por sí mismo no es garantía de la verdad, sino que este es atravesado por la concepción de mundo tras él.²³² En esta forma de marxismo político, la aceptación o no de “verdades científicas” es entonces una decisión política explícita. Un elemento importante aquí es el descubrimiento de los mecanismos ideológicos de neutralidad y discurso técnico. En el marxismo-leninismo, el discurso que se pretende neutral es por definición ideológico y se hace patente la decisión política en su manejo. Lo mismo puede aplicarse para otros discursos que utilizan idénticos mecanismos, como el jurídico y, en particular, el de los DH.

Otro aspecto relevante de la teoría la ideología en el marxismo-leninismo es el giro que Lobkowitz denomina “*psicológico-cognoscitivo*”, que plantea la relación entre la ideología como un fenómeno colectivo relacionado con las llamadas “*estructuras sociales*”, y el proceso de conocimiento. Siendo que finalmente la ideología se concibe como una perturbación constante al conocimiento.²³³ Nuevamente, desde una epistemología que no considera el papel del sujeto cognoscente en la constitución de la realidad.

²³² *Ibid*, p.121-122.

²³³ *Ibid*, p. 122.

Es en este momento en el cual Lobkowitz hace mención de la división luego propagada por Bobbio y Mateucci en su diccionario sobre política, de ‘acepción fuerte’ y ‘acepción débil’ de ideología. La segunda se define como cualquier “sistema de ideas” mientras que la primera, según la cita de Engels dada por el autor checo puede resumirse en lo siguiente: “*es ideológico todo operar apartado de la realidad con ideas en cuanto a esencias autónomas, que se desarrollan independientemente y que solo están sometidas a sus propias leyes*”.²³⁴ Dicha definición es cercana a la crítica al esencialismo desarrollada en acápites anteriores, al concepto de heteronomía en Castoriadis, y al mecanismo de naturalización que se verá posteriormente. La división “acepción fuerte y débil” se verá luego que es superada, al darse definiciones que abarcan aspectos de ambas.

Luego del marxismo leninismo, Lobkowitz menciona las construcciones del concepto ‘ideología’ de la sociología del saber y el positivismo. En lo pertinente, la sociología del saber pretendió sistematizar la relativización de todas las posiciones ideológicas hasta el momento, y también la de las posturas anti-ideológicas ejercida por la crítica a la ideología. Se pretendió despojar a la crítica ideológica de su función polémica, destructiva, y hacerla parecer neutral. Su función no será librar de la falsa conciencia, sino la de “*establecer la relación entre el saber y la sociedad*”²³⁵. En Mannheim, “espíritu” y sociedad son interdependientes, forman parte de un mismo proceso. Se construye una idea de historia como totalidad, en la que el “*carácter ideológico del espíritu humano*” hace que este rechace “la verdad” sobre la historia y considere a la vez que tiene comprensión de lo que existe, una que esta impregnada de estos pensamientos ideológicos.

Mannheim define ideologías particulares e ideologías totales. Las primeras son procesos de pensamiento o proposiciones condicionados por los intereses individuales. Estos “errores” son suprimibles si el individuo se ve ante un “hecho neutral”. Aquí la ideología entonces se define de manera similar que en la Ilustración, como errores en el pensamiento, obstáculos para ver las cosas como son. No es claro si ese error es

²³⁴ *Ibid*, p. 121.

²³⁵ LOBKOWICZ, *vid supra* nota 199., p.123.

consciente o puede también ser inconsciente, mas se trata de los intereses del ser humano que se filtran en el proceso de conocimiento. Se prueba no obstante la capacidad de este de evaluar un hecho neutral de manera correcta. La ideología total se compone de ideas, mas penetradas por el proceso social. Es el objeto de la ideología del saber, en tanto se ve la relación entre espíritu y sociedad, hasta llegar a concebir una especie de sujeto colectivo y el pensamiento como algo suprapersonal.²³⁶ Se busca al fin de cuentas un pensamiento libre, tendiente a la observación de la totalidad, que trascienda la temporalidad. Esto en última instancia es una idea religiosa.

En el positivismo de Geiger, se quiere mantener la connotación peyorativa, “*de reproche*”, de la palabra ideología. Una proposición ideológica (en contraposición a una lógica) es una proposición “*teóricamente ilegítima*”, con lo que se refiere a proposiciones que tienen un “*contenido teórico*”, pero quieren referirse a algo que es “*extra-teórico*” (juicios metafísicos, interpretativos o de valor). Topitsch, autor mencionado anteriormente en relación con quienes consideran que un análisis sobre los fundamentos o razones de ser de los DH es inútil, diferencia a las ideologías de la “*verdad científica*” y la “*verdad absoluta*”. La verdad científica, la cual llega a proveer solamente un cierto grado de seguridad, es la que puede derribar al pensamiento ideológico. Consideración que no toma en cuenta la crítica a la ciencia y el pensamiento científico que se mencionó anteriormente en el presente trabajo²³⁷. En relación con la ideología, Topitsch también menciona las “*fórmulas vacías*”, concepto desarrollado anteriormente. Así también, “*el efecto corrosivo*” de la crítica ideológica en la destrucción de otras formas de pensamiento²³⁸.

²³⁶ *Ibid*, p.123.

²³⁷ Una crítica al método científico se ve por ejemplo en SOKAL, Alan D., *Transgressing the Boundaries: Toward a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity*. Social Text 46/47. Duke University Press. 1996. (*Imposturas Intelectuales*, en español). P. 231-232. La ciencia, (¿y los DH?) se aferran al dogma impuesto por la “*larga hegemonía post-ilustrada en el pensamiento occidental que consiste en decir: existe un mundo exterior, cuyas propiedades son independientes de cualquier ser humano individual e incluso de la humanidad en su conjunto; dichas propiedades están codificadas en leyes físicas “eternas”, y los seres humanos pueden obtener un conocimiento fidedigno, aunque imperfecto y tentativo, de estas leyes ateniéndose a los procedimientos “objetivos” y las restricciones epistemológicas prescritos por el (así llamado) método científico.*”.

²³⁸ LOBKOWICZ, *op. cit.*, p.126.

Otra afirmación recogida por Topitsch, esta vez del pensamiento de Bergmann, es la de ideología como una valoración (no un juicio de hecho). Al ser así, no puede ser considerada como verdadera o falsa, sino como una “falsa presentación”²³⁹ o lo que se ha definido previamente como una falacia de naturaleza: el juicio de valor presentado como uno de hecho, que es el caso de muchos de los desarrollos doctrinales de los DH. La idea es también desarrollada por Marx, quien no solo denuncia las valoraciones vueltas hechos, sino que señala cómo las condiciones reales de poder contribuyen a formar determinadas representaciones que lo justifican y dan paso a formas éticas de la subordinación y la obediencia.²⁴⁰ Salas menciona esta misma idea sobre la valoración presentada como hecho mas en relación con el concepto de “poder simbólico”; “*constituir el dato a través del enunciado*” para hacer admisible una visión de mundo y una acción social²⁴¹. Foucault explica que son por ejemplo los académicos, los médicos y los sacerdotes quienes elaboran estas realidades mediante el discurso²⁴². Podría agregarse a los jueces entre quienes ejercen el poder simbólico.

Posteriormente, se explora la idea de ideología como “falsa motivación”, que “*cubre o enmascara los motivos reales de la dominación o de la obediencia*”.²⁴³ La ideología así definida por Pareto y por Nietzsche, y se verá posteriormente que también por Žižek, es una justificación retroactiva del proceder; un velo que oculta los impulsos, los instintos y los sentimientos. Precisamente, apuntan Bobbio y Mateucci que la falsa motivación se relaciona con el concepto psicoanalítico de “racionalización”, a la vez que se diferencia de este al comprender comportamientos colectivos y no individuales. En este sentido, se privilegia la idea de la ideología como un fenómeno colectivo. Para que trascienda la simple fantasía o la racionalización del propio proceder, debe relacionarse con los juegos de poder en un grupo determinado. Es por esto que el rompimiento de un velo ideológico conlleva muchas veces a un cambio de orden o un cambio en los grupos hegemónicos y a la superposición de otra ideología, como ya se mencionó.

²³⁹ BOBBIO y MATEUCCI, *vid supra* nota 55, p.765.

²⁴⁰ *Ibid*, p.769.

²⁴¹ SALAS, *vid supra* nota 83, p.53.

²⁴² TIRADO, Javier y MORA, Martín. “El espacio y el poder: Michel Foucault y la crítica de la historia”. En: *Espiral Publicaciones. Estudios sobre Estado y Sociedad*. Volumen IX. No. 25. Septiembre-Diciembre 2002. Universidad de Guadalajara. Jalisco. P.10.

²⁴³ BOBBIO y MATEUCCI, *op. cit.*, p.767.

Por otra parte, Eagleton alega que el concepto de ideología se diferencia del de racionalización por el hecho de que en la teoría psicoanalítica, “*el verdadero motivo*” del acto de racionalización está necesariamente oculto al sujeto, cosa que no pasa siempre en la ideología, donde el (auto) engaño puede ser (en distinta medida) voluntario.²⁴⁴ Contra esta idea sin embargo, se manifiestan otros autores como Žižek, en los que, aunque se conozca el engaño o se ignore, en la medida en que se proceda “como si”, ese automatismo, esa inconsciencia está allí y tienen efectos racionalizadores de un orden social. En este sentido, racionalización es un concepto cercano a legitimación, definida como la interiorización de los criterios dominantes por parte de los sometidos.²⁴⁵

Eagleton hace una aclaración en cuanto al uso del término “*intereses*” que valdría tomar en cuenta puesto que desde la Ilustración, es un elemento asociado al discurso ideológico. Considera que dicho concepto acuñado en Economía, no debe ser central en la definición de ideología ya que todo discurso está ligado a intereses sociales específicos.²⁴⁶ La afirmación también vale para recalcar que la ideología va más allá de los procesos conscientes. El autor encauza la discusión hacia un callejón sin salida, al igual que lo hizo al aportar los conceptos de poder, función y relaciones de dominación, pues quiere establecer jerarquías entre los eventos, de manera que algunos puedan ser considerados relevantes en términos de impacto – y por ende ideológicos – y otros no. Considera que pueden establecerse jerarquías de intereses, entre los cuales los primordiales son, al igual que se establece en la filosofía oriental, aquellos que los seres humanos comparten con los demás animales, que incluyen las necesidades básicas como comer y reproducirse. En este sentido, vincula interés con necesidad.

Salas por cierto menciona otra dimensión de la palabra “necesidad” que también debe ser satisfecha por la ideología. Esto es la necesidad simbólica expresada por ejemplo en la necesidad de la credibilidad de las instituciones jurídicas²⁴⁷; una necesidad que es mutable en el sujeto y no tiene la fijeza de la necesidad básica. El grado de legitimidad

²⁴⁴ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.79.

²⁴⁵ *Ibid*, p.82.

²⁴⁶ *Ibid*, p.29-30.

²⁴⁷ SALAS, *op. cit.*, p.46-47.

institucional está pues vinculado con esta percepción de necesidad por parte de los individuos. Se plantea así la necesidad simbólica referida por Žižek de la fantasía ideológica como sostenedora del orden social.

Así que, Eagleton al igual que Žižek expresa la ideología en términos de necesidad, más allá del interés y la contingencia radical. No cabe decir sin embargo que, puesto que todos los conflictos sociales (‘antagonismos’ como los llamaría Laclau) pueden ser limitados a conflictos de intereses, quiera decir que entonces para diferenciar qué es ideológico de lo que no lo es, sea suficiente señalar el conflicto central en un momento dado, como lo propone Eagleton. Recuérdese que la percepción misma del evento y su problematización, como lo señala Badiou, y la determinación de lo histórico y lo temporal en un espacio particular, todo ello es objeto también del proceso ideológico, que en Žižek y Lacan está expresado en términos del lenguaje. Por otra parte, está el elemento “deseo” en la ideología, el cual es irracional y cuyo objeto es variable y no necesariamente “real”. Un deseo que es capaz de crear necesidades. Esto se verá cuando se analice la teoría de la ideología de Žižek.

b. La división entre definición débil y definición fuerte

De acuerdo con el diccionario de Ciencias Políticas de Bobbio y Mateucci, la palabra ideología tiene una multiplicidad de significados, que pueden ser divididos en dos tendencias: el significado débil y el fuerte²⁴⁸. **El significado débil** se referiría al sistema de creencias políticas, al conjunto de ideas y de valores concernientes al orden político que tiene la función de guiar los comportamientos políticos colectivos. Es con respecto a esta acepción por cierto que se habla sobre una ‘declinación de las ideologías’.

En la llamada definición débil, se da una oposición conceptual entre lo considerado ideológico y lo pragmático. Sartori elabora en esta contraposición fundándola en una doble dimensión de los sistemas de creencias políticas: la dimensión cognitiva y la emotiva. La cognitiva se refiere a la mentalidad dogmática (rígida, impermeable) y

²⁴⁸ BOBBIO y MATEUCCI, *op. cit.*, p.755.

doctrinaria (apela a principios y argumentaciones deductivas). Lo emocional por su parte es el componente pasional que le confiere alto potencial de actividad. La ideología es pues cerrada, emocional, deductiva. En otras palabras, para Sartori ella es tanto dogmática como emotiva²⁴⁹.

De acuerdo con Bobbio y Mateucci, es este el significado que predominó, pero en realidad el importante es el significado fuerte, que es el que según ellos se presta para la crítica ideológica. Las ideologías en su definición débil no tienen según estos autores una “*naturaleza primariamente política*”. Es decir, poseen un sentido más neutral, en contraste con el peyorativo que se le endilgó a las ideologías en las teorías de la representación, o el uso polémico y contestatario de la crítica ideológica ilustrada o marxista. Este rasgo de neutralidad, explican Bobbio y Mateucci, se vuelve importante a partir del siglo XVII y predominante a partir del siglo XIX.

En resumen, el concepto débil de ideología la percibe como un sistema coherente, un universo de ideas entrelazadas que tienen un propósito político-social. Piénsese por ejemplo en el liberalismo como ideología, o el cristianismo. Se verá más adelante que en realidad el llamado ‘significado débil’ no es del todo neutral, y es uno de los que más aporta a los enfoques actuales en ideología, que le ven como un fenómeno ineludible, ligado a los signos y al lenguaje. Así también, la ideología más bien se verá como un todo incoherente en vez de coherente.

El efecto totalizante de la definición es interesante, en la medida en que también en Žižek la ideología parece abarcar prácticamente cualquier forma de discurso, en tanto el lenguaje es un acto político y siempre en la mención de las cosas y su definición habrá juegos de poder. Sin embargo, en autores como Žižek, además de inevitable, la ideología siempre tendrá una nota negativa; es una construcción social de la realidad en gran medida consciente y automática, que conlleva determinadas formas de dominación. Ella enmascara un núcleo imposible de deseo y un vacío estructural inevitable. El esfuerzo

²⁴⁹ *Ibid*, p.759.

con el significado débil fue el de neutralizar toda connotación; ideología como otra palabra para sistema de ideas, para doctrinas políticas y sociales

Algunos ejemplos de usos de la acepción débil son la definición de Friedrich, que define ideología como un sistema de ideas conectadas con la acción; es el programa y la estrategia de actuación para un partido político u otro tipo de grupo. También cabe mencionar a Easton, para quien la ideología es un conjunto de interpretaciones o principios éticos explícitos y elaborados que definen los objetivos, la organización y los límites de la vida política. Brezezinski le concibe como un programa apto para la acción de masas derivado de determinados “asuntos doctrinales” sobre la naturaleza general de la dinámica de la realidad social. Así también, para este último autor la ideología se refiere al estado ideal de las cosas²⁵⁰.

Finalmente, en cuanto a ejemplos del significado débil de ideología, Shils expresa que la ideología es uno de tantos sistemas generales de interpretaciones y de ideas morales concernientes al hombre y la sociedad, sobre la base de nueve rasgos característicos: 1) la formulación explícita; 2) el alto grado de integración y compatibilidad sistemática obtenidos a través de una concentración sobre unas pocas proposiciones cognoscitivas y valorativas; 3) el énfasis en la diferencia con respecto a otros sistemas; 4) la resistencia a la innovación y a la reducción de los significados; 5) la influencia de la ideología en la forma de pensamiento y actuación de sus adherentes: indica pautas de comportamiento, asignación autoritaria de valores; 6) carga emotiva en la promulgación y la aceptación de la ideología; 7) el consenso total de los adherentes; 8) el carácter autoritario que los simpatizantes reconocen a su formulación explícita; 9) el nexo con una asociación colectiva que pueda hacer que el sistema ideológico se traduzca en realidad, mediante la disciplina de sus simpatizantes²⁵¹. Estas características pueden ser de utilidad para la definición de trabajo de ideología aunque separándolas del lenguaje que vincula la noción con los partidos políticos o formas sectarias de agrupación, pues el fenómeno ideológico no se circunscribiría exclusivamente a tales formas.

²⁵⁰ *Ibid*, p.757-759.

²⁵¹ *Ibid*, p.757-759.

Para Bobbio y Mateucci, **el significado fuerte** tiene origen en el concepto de Marx de ideología como “creencia falsa”, producto de las relaciones de dominación de clase.²⁵² Según estos autores, la acepción fuerte por un tiempo no se usó y se diluyó en la sociología del conocimiento,²⁵³ donde la idea importante es la de la determinación social del pensamiento, como en el caso anteriormente mencionado de Mannheim.

De acuerdo con Sartori, la ideología está conectada con el conocimiento y la política. En el primer caso, la ideología como concepto se contrapone al de verdad (lo científicamente comprobado, etc.) e importa allí lo distorsionado, lo condicionado ideológicamente. En el segundo caso, ideología y política, no importa la verdad, sino el valor “funcionalidad”. Originalmente, en la acepción marxista, falsedad y funcionalidad no se analizaban de manera independiente. Simplemente se alegaba que la falsa conciencia era producto de las situaciones de dominación basadas en las relaciones de producción. Desde esta acepción: *“la comprobación del carácter ideológico de una creencia política permitiría extraer conclusiones sobre la relación de poder a la cual la creencia se refiere; sobre su conflictualidad potencial o sobre su estabilidad”*²⁵⁴.

En síntesis, dentro de la acepción fuerte, Bobbio y Mateucci incluyen las ideas desarrolladas anteriormente en cuanto ideología como falsa representación, como falsa presentación y como falsa motivación. Resalta el hecho de que en la noción fuerte, se vincule a la ideología con aseveraciones sobre todo prescriptivas (aunque quieran pasar por descriptivas), en un ejercicio propio de su función de dotación de sentido. Continuando con esta idea, Eagleton argumenta que la ideología parece componerse, más que de proposiciones, de “pseudo-proposiciones”. Con ello quiere decir que tras un velo de referencialidad, de lenguaje aparentemente descriptivo, se entrevé una ‘superficie emotiva’, en el sentido de ser una expresión de la vivencia, y ‘conativa’, u orientada a conseguir efectos. La crítica al Derecho en estos términos ha sido realizada por Haba, entre otros autores y es relevante para la crítica de los DH.

²⁵² *Ibid.*, p.755.

²⁵³ Aclaración: anteriormente llamada en este trabajo “sociología del saber”. La diferencia en la denominación se debe a la distinta traducción al español del nombre “*Sociology of knowledge*”.

²⁵⁴ BOBBIO y MATEUCCI, *op. cit.*, p.759.

Para seguir desarrollando esta idea, se reitera que la ideología expresa un deseo, si bien el discurso se codifica de manera que parece que describe ‘cómo son las cosas’. Es pues, un lenguaje performativo, más que constataivo.²⁵⁵ Esto quiere decir que el lenguaje ideológico “*pertenece a la clase de actos que hacen algo*” y no es descriptivo²⁵⁶. Con respecto a este punto, Ducrot considera que de todos modos, no existe una verdadera diferencia entre el nivel argumentativo/valorativo del lenguaje y el descriptivo²⁵⁷, idea ya expuesta cuando se habló de la imprecisión de los DH. Como consecuencia de lo anterior, no es posible describir, designar: los predicados descriptivos son siempre “*gestos argumentativos reificados o naturalizados*”.²⁵⁸ Es en este contexto en el que se genera el uso de “topoi” o los lugares comunes; el hablar de un “sentido común” que se traduce en la aplicación automática, inconsciente.

Es importante, sobre todo a la hora de analizar la doctrina y jurisprudencia de la Corte IDH, tomar en cuenta la relación del discurso ideológico como visión de mundo, con las proposiciones empíricas.²⁵⁹ Según Eagleton, hay afirmaciones, como sucede en la literatura, que son presupuestos empíricos no explícitos. Ellos se asemejan a las llamadas supuestos auxiliares en el método científico (aquellas premisas que se presuponen en la construcción de una teoría²⁶⁰). Pero a diferencia de estos últimos, se enredan con presupuestos ficticios llegando a crear un soporte para la cosmovisión general del propio texto. Así, las “verdades empíricas” están organizadas como componentes de un todo retórico. De una serie de premisas, no todas ellas racionales, se derivan universalidades que imprimen una dinámica y una realidad a un texto determinado, el cual bien puede ser una resolución judicial de DH. Todo este efecto novela tiene un impacto sobre la cotidianidad de los individuos al traducirse en prácticas sociales efectivas.

²⁵⁵ EAGLETON, *vid supra* nota 201, citando a J.L Austin, p.41.

²⁵⁶ BOBBIO y MATEUCCI hicieron una afirmación idéntica.

²⁵⁷ ŽIŽEK explicando a Ducrot. El espectro de la ideología. P.19. ŽIŽEK, Slavoj, *vid supra* nota 256.

²⁵⁸ *Ibid*, p.19.

²⁵⁹ EAGLETON, *op. cit.*, p.45.

²⁶⁰ Ver DÍEZ, José y MOULINES, Ulises. Fundamentos de Filosofía de la Ciencia. Editorial Ariel. Barcelona, Año p.71-72.

RECUADRO 2

La sociedad post-ideológica

La idea del fin de las ideologías se refiere a la declinación de la ideología entendida como doctrinarismo, dogmatismo, fuerte carga pasional, propensión hacia el conflicto radical (Bobbio y Mateucci, 2000:760). Es una idea que se pone en boga durante los años cincuenta con respecto a la acepción débil de ideología explicada anteriormente. La idea se vincula con autores como Lipset, Aron y Bell. Alude particularmente a las denominadas "grandes ideologías": comunismo y liberalismo, así como a las formas tradicionales de hacer política.

Contra esta idea ha habido 4 críticas: 1) esa afirmación es falsa; los conflictos ideológicos de entonces siguen en boga; 2) no es fin de las ideologías, lo que se desplaza es el área de conflicto ideológico; 3) la tesis de la declinación de las ideologías es ideológica y trata de favorecer el *statu quo*; 4) constituye una expresión del fetichismo del empirismo que quiere traer abajo cualquier intento de utopía o de cambiar las cosas. Bobbio critica esta última crítica pues la idea del fin de las ideologías no se traduce en el fin de determinados sistemas de creencias y de las utopías, sino del uso que se hace de ellos, su expresión práctica. No obstante, podría considerarse que dependiendo del significado débil del que se parta, esta contra-crítica podría ser cuestionable.

La idea de sociedad posideológica es también mencionada por Fukuyama, quien luego de la caída de la Unión – Soviética, vaticina una sociedad más allá de la pugna ideológica. Para autores como Helio Gallardo, dicha aseveración es absurda, al dejar de lado por ejemplo los sangrientos conflictos entre etnias, o los intentos de dominación oriente por parte de occidente y la resistencia terrorista fundamentalista, todos ellos considerados conflictos ideológicos. Nuevamente aquí se trabaja con el significado débil de ideología.

Una tercera mención de 'sociedad posideológica' es la de Sloterdijk, refutada por Žižek, en la que se menciona que la ideología está acabada porque la imposición que realiza la clase dominante ya ha sido descubierta por la clase subordinada. Esta última ya ha hecho mofa de dicha fantasía, pero la clase dominante responde con cinismo. Žižek la critica diciendo que la fantasía está aún presente en el hacer, tanto para la clase dominante como para la dominada. Con respecto a lo último, el autor esloveno tiene una definición de ideología como un proceso que pese a basado en la necesidad, tiene un grado de contingencia radical a la vez que es central en la determinación de la identidad y, en este sentido, está fuera del control de cualquier grupo.

c. Otras definiciones de ideología

Desde su origen, la definición de ideología ha ido cambiando e integrando diversos elementos. La crítica ideológica puede seguir siendo tanto instrumento de reflexión como de poder, mas la forma en que se haga esta crítica varía dependiendo de la definición que se utilice de ideología. Asimismo, como lo indicó Sloterdijk, si se percibe al ejercicio de la crítica como un acto político/satírico o científico/determinación de la verdad. En ambos casos constituye un acto de poder mas en el segundo se recurre precisamente a mecanismos ideológicos para la imposición de una nueva verdad. De ciencia de las ideas, la noción "ideología" pasó a definiciones que buscaban explicar la relación entre los individuos y su entorno social, la creación imaginaria de las instituciones y también evidenciar la manipulación. En su obra "*Ideología. Una introducción*", Eagleton

menciona definiciones no ya de un momento histórico determinado, sino que considera actuales:²⁶¹

- a. *Proceso de producción de significado, signos y valores*
- b. *Características de un grupo o clase social*
- c. *Ideas que permiten legitimar un poder político dominante*
- d. *Ideas “falsas” que permiten legitimar un poder político dominante*
- e. *Comunicación sistemáticamente deformada*
- f. *Lo que facilita la toma de posición ante un tema*
- g. *Tipos de pensamiento motivados por intereses sociales*
- h. *Pensamiento de la identidad*
- i. *Ilusión socialmente necesaria*
- j. *Unión de discurso y poder*
- k. *Medio por el que los agentes sociales dan sentido a su mundo, de manera consciente.*
- l. *Conjunto de creencias orientadas a la acción*
- m. *Confusión de la realidad fenoménica y lingüística*
- n. *Cierre semiótico*

Posteriormente, el autor inglés propone su propio grupo de definiciones.²⁶² Cabe resaltar solamente dos definiciones que propone que él mismo considera se acercan a la de cultura y de cosmovisión:

- 1- el proceso material de producción de ideas, creencias y valores en la vida social. Considera Eagleton que es una definición cercana a la del término “cultura”. Ella subraya la determinación social del pensamiento pero deja atrás el aspecto del conflicto social.
- 2- Ideología como creencias e ideas que simbolizan las condiciones y experiencias de vida de un grupo o clase concretas, socialmente significativas (clases dominantes). Este concepto de ideología se acerca al de “cosmovisión”, dice Eagleton. Ideología como una autoexpresión simbólica colectiva.

Lo que diferenciaría a cultura y cosmovisión de ideología sería el énfasis de la ideología en los juegos de poder en el campo discursivo, en el uso del poder simbólico por parte de ciertos emisores evidenciado en la valoración convertida en dato, y la función legitimadora de la ideología y de creadora de una armonía artificial allí donde prevalece el conflicto social. Salas apunta que Barthes y Althusser enfatizan el aspecto del origen

²⁶¹ EAGLETON, *op. cit.*, p.19-20.

²⁶² *Ibid*, p.52-53.

de la ideología. Cómo la visión de unos cuantos es convertida en una totalidad, cómo el ejercicio del poder por parte de esos pocos es vuelto incuestionable.²⁶³

Eagleton señala que usualmente se habla de ‘ideología’ como una visión del mundo simplista, de manera que “hablar ideológicamente” es hacerlo de manera estereotipada, con cierto deje de dogmatismo o fanatismo. Lo contrario a esto sería, al mejor estilo de la modernidad, el uso ideas ‘empíricas’ o ‘pragmáticas’. Expresa que dicha categorización es imposible, en la medida en que todo pensamiento parte de preconcepciones, por lo que todo pensamiento es ideológico.²⁶⁴ Es una idea de alguna forma similar a la de “ideología particular” de la sociología del saber, pero con la diferencia que no concibe la posibilidad de un pensamiento neutro. Todo pensamiento es, desde la definición que se usa en este trabajo, ideológico, en la medida en que el individuo es incapaz de abstraerse del orden simbólico y de los procesos ideológicos mediante los cuales construye su identidad y satisface su deseo de goce.

Eagleton, al igual que Bobbio, trae a colación dos grandes acepciones de ideología: la crítica y la amplia.²⁶⁵ La acepción crítica es atribuida a Hegel, Marx, Lukács y algunos pensadores marxistas. El interés de ellos es, de acuerdo con Eagleton, el conocimiento verdadero o falso, la noción de ideología como ilusión, distorsión y mistificación. Desde esta perspectiva, la ideología es “*un conjunto unificador, orientado a la acción, racionalizador, legitimador, universalizador y naturalizador*”.²⁶⁶

La otra “tradicción” se centra en la función de las ideas en la vida social, en vez de su realidad o irrealidad. El autor inglés considera que la perspectiva epistemológica de la que parte la versión de la ideología como conciencia falsa está superada, y propone una tercera perspectiva a las ya planteadas, cercana a la de Lacan y Žižek, en la que ideología se formula en términos de signos, significaciones y representaciones. En este enfoque, la

²⁶³ SALAS, *vid supra* nota 83, p.36.

²⁶⁴ EAGLETON, *op. cit.*, p.20.

²⁶⁵ *Ibid*, p.21.

²⁶⁶ *Ibid*, p.71.

ideología concierne a “los conflictos en el campo de la significación”.²⁶⁷ Eagleton no obstante se rehúsa a rechazar las teorías de la representación en relación con la ideología, dado que sí considera que existe una realidad objetiva cognoscible. A la vez, no incorpora conceptos como poder o dominación en su definición.

Žižek logra ir más allá, al usar otras categorías marxistas como alienación, encubrimiento de las relaciones de dominación, fetichismo, mezcladas con términos propios de la lingüística y, así, expresar los procesos de dominación en términos de procesos de enunciación. Para el autor esloveno, al igual que para Saussure y Barthes, la significación es secundaria en relación con el significante. Uno de estos significantes, al que llamara significante amo, se volverá el punto de referencia de una determinada construcción discursiva. Así pues, Žižek al igual que Eagleton, aboga por expresar la ideología en términos de significaciones y signos, mas pareciera que el conflicto en el campo de la significación es la razón misma de ser del discurso, el cual cubre esta imposibilidad. A la vez, el conflicto es solo evidenciado abiertamente por la crítica ideológica, la cual valiéndose de las fracturas en el discurso, interpela y deja al conflicto al descubierto.

Una definición de ideología que realiza un vínculo entre las teorías de la representación y una epistemología en la que se diluya la diferenciación sujeto-objeto es la de Althusser. Eagleton explica que para Althusser, la ideología “representa la realidad”, pero con ello no se refiere a una realidad objetiva, sino a la forma en que el sujeto vive y percibe sus relaciones con la sociedad.²⁶⁸ Ello, expresa Althusser, no podría, como en la literatura védica, ser juzgado como una falsedad, pues no hay otra realidad más allá de la intersubjetiva.

Específicamente, para Althusser la ideología es *“una organización particular de prácticas significantes que constituye a los seres humanos en sujetos sociales, y que produce las relaciones vividas por las que tales sujetos están conectados a las relaciones*

²⁶⁷ *Ibid*, p.32.

²⁶⁸ *Ibid*, p.41.

de producción dominante en una sociedad".²⁶⁹ En Althusser predomina entonces la idea de la ideología como una práctica social que luego se vuelve creencia y que permite la estabilidad de un determinado sistema social. Con esta perspectiva de ideología, Eagleton considera que Althusser termina con la visión racionalista de ideología como "*colección de representaciones deformadas de la realidad y de proposiciones empíricamente falsas*". Parece ser que es Althusser más que Žižek quien introduce en los últimos tiempos la perspectiva de la ideología como las "*relaciones inconscientes y afectivas con el mundo, y los modos en que estamos pre-reflexivamente ligados en la realidad social.*"²⁷⁰

La relación entre las prácticas sociales, el discurso y los significados es explicada por Žižek en "*El espectro de la ideología*" haciendo uso de las categorías de Hegel de doctrina, creencia y ritual, ya mencionadas en este texto.²⁷¹ Como "doctrina", la ideología pretende convencer de su verdad pero está al servicio de "*algún poder inconfeso*". La crítica ideológica en este caso se da por medio de la lectura de los síntomas. "El ritual" alude a las prácticas ideológicas o sociales, los rituales y las instituciones.²⁷² Finalmente, es el ritual el que genera "la creencia" al operar como un mecanismo reflexivo, autopoietico. La reflexividad está en la autodefinición. Sea, la práctica social que genera su propio fundamento; la resolución judicial que dice basarse en un ritual y genera su propia doctrina. La creencia que entonces genera un ritual. Aquí una vez más, el rasgo primordial de la ideología es su función legitimadora del orden social.²⁷³

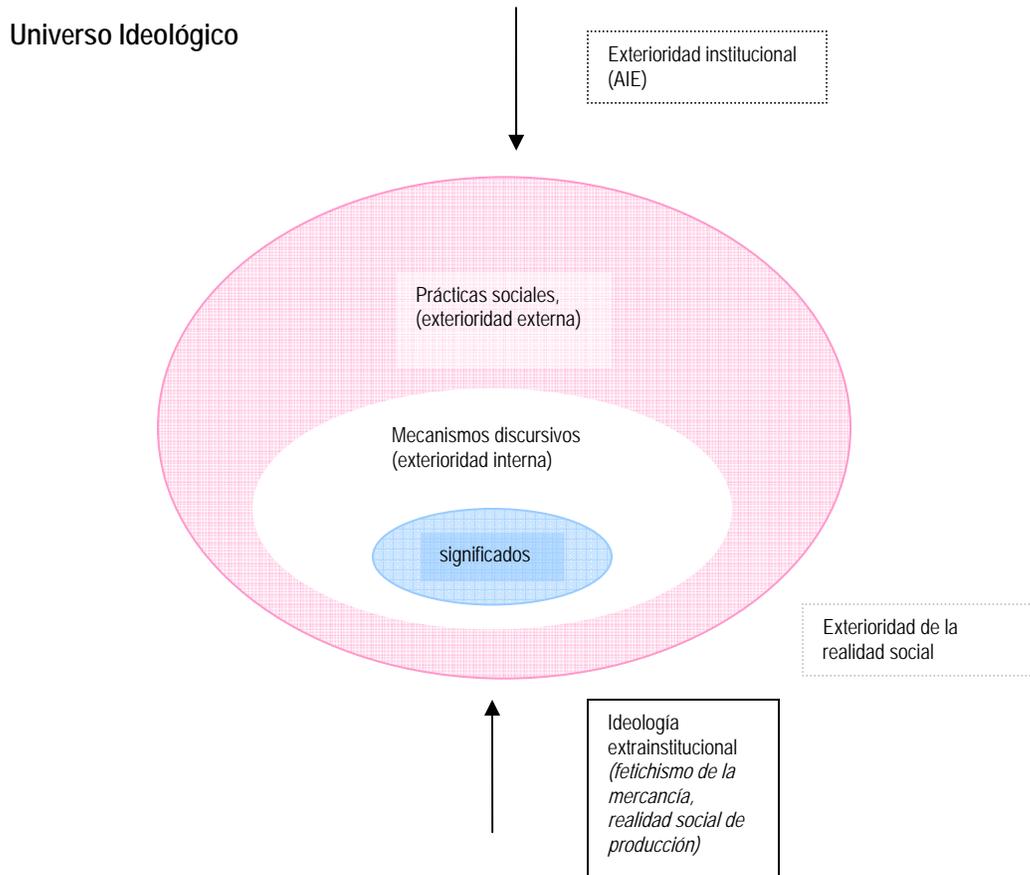
²⁶⁹ *Ibid*, p.41

²⁷⁰ *Ibid*, p.41

²⁷¹ ŽIŽEK, *vid supra* nota 256, p.17 y p.38.

²⁷² ŽIŽEK, *op. cit.*, p.21

²⁷³ *Ibid*, p.22.



Fuente: elaboración propia.2007

En el mapa conceptual anterior, se intenta ilustrar lo explicado por Žižek. La llamada “*exterioridad interna*” corresponde al orden simbólico, a los mecanismos discursivos descentrados que generan significados. La “*exterioridad externa*” se refiere a los aparatos ideológicos de Estado y los rituales que materializan la ideología. La “*exterioridad de la realidad social*” es extratextual y desconocida para el análisis ideológico. Esta a su vez tiene un exterior institucional y un exterior no institucional. Žižek opone a esas dos exterioridades como la ideología del Estado y la del mercado (mercado y fetichización de la mercancía como práctica social alienante). Si nos saliéramos un poco de la teoría marxista, podría considerarse que lo que viene “desde abajo” puede pertenecer a los diversos mundos de la vida o la realidad intersubjetiva, entre los cuales se incluye el económico y consecuentemente la realidad social de producción. Sería pues la oposición

entre la realidad institucional y la biográfica en términos de las teorías de los mundos de la vida.

Turner citado por Eagleton, también menciona esta dimensión de la ideología como experiencia vivida, como constitutiva y parte de la práctica social. Como *“creencia vivida”*, la ideología no puede ser considerada falsa. No existe, dice Turner, una distancia epistémica entre lo socialmente vivido y las *“ideas sociales”* de ello (en la terminología de Hegel, una desvinculación real entre el ritual y la creencia). La ideología es por definición práctica social. El discurso es también práctica social y la ideología es expresada en el campo discursivo.

¿Es la ideología una cuestión de representaciones o de relaciones vividas? Si fuera de lo último, ¿acabaría con el tema de falsedad/verdad? Eagleton alega (p.42-43) que la experiencia vivida es algo incluso más ambiguo que las ideas. No tiene mayor contenido de “realidad”. Tanto la experiencia consciente, y aún más la inconsciente, no son un absoluto, sino algo casi inaprensible, indeterminado simbólicamente. Para Eagleton, las posturas de Althusser, cercanas a las de Žižek, no implican que no se pueda hacer juicios de verdad sobre lo ideológico, en la medida en que allí hay elementos cognitivos²⁷⁴. No obstante, tal como se viene diciendo, si es el sujeto parte del objeto de estudio mismo, y si la realidad es algo tan inaprensible, y si todo lo que es cognoscible lo será siempre a través de edificaciones ideológicas, no vale la pena hablar de verdad, sino más bien de funcionalidad, como se mencionó en acápites anteriores.

Salas arroja luz sobre este tema al definir la falsedad de la ideología como debida a una disociación entre *“el discurso y las imágenes”*, *“en el que se alienan lo que se percibe y la vivencia social, a través de un proceso de supresión, que arroja una creencia y conducta inconsecuentes con el material originario”*.²⁷⁵ Así, la falsedad está en esa característica central de la ideología de mostrar una idea imaginada como una realidad ineludible. Este es un tema del que se ha hablado en relación con el mundo normativo

²⁷⁴ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.42-43.

²⁷⁵ SALAS, *vid supra* nota 83, p.34.

creado por los jueces y los legisladores. Hay una negación de lo que se experimenta dice Salas, y una transustanciación de ello en otros enunciados o entidades borrando las huellas de esa transustanciación. La efectividad depende pues de que todo este procedimiento esté oculto; ello es algo que enfatiza Žižek. La relación del sujeto con su realidad es una que tiene dos vías y es de ella que surgen las “*relaciones de verdad*”, en términos de Foucault²⁷⁶.

En resumen, si se parte de la autopoiesis, verdad/falsedad no se son más que mecanismos ideológicos de legitimación de uno u otro discurso. Lo que conlleva aquí apelar a verdad/falsedad es desviar la discusión acerca de las relaciones de poder tras el discurso y la identificación de sus puntos nodales, y dentro del esquema discursivo que se trata de analizar (haciendo uso de sus propios elementos), valorar la ideología en cuestión en una suerte de espíritu reformista.

Gaete menciona que en relación con los procesos judiciales, el ritual ha sido en mucho despojado de sus velos de supuesta racionalidad y justeza, si bien no lo suficiente como para cambiar el sistema. En la vivencia de las personas, la vía judicial continúa siendo una vía para la resolución de sus conflictos actuando ‘como si’ el juez fuere a tomar una decisión lógica y única basada en un ordenamiento jurídico, y no fuese una decisión finalmente personal y política. El mayor margen de discreción se da, como se critica en este trabajo, ante la indeterminación de ese universo jurídico. Una indeterminación quizás inevitable, ya que los **DH son normas que han sido puestas en la cima de la pirámide, deben como toda ideología tener gran heterogeneidad para poder totalizar**, ser universales; que atraviesan todas las demás y han llegado a tener legitimidad para penetrar la soberanía de Estados que ni siquiera las conceptualizan de la misma manera o en los que la idea de derechos no es tan relevante, sobre todo en la construcción de las identidades, como lo es en algunos espacios del llamado mundo occidental.

Se habla pues de ‘dos realidades’: la que está por completo fuera del texto y la realidad producida por ese texto. Desde este enfoque, la ideología puede ser definida como el

²⁷⁶ *Ibid*, Foucault citado por Salas. P.34.

universo de la experiencia espontánea, quebrantable mediante la reflexión científica (*veçu*).²⁷⁷ Es lo que en la modernidad llaman el mito, la ilusión.

La realidad ideológica se evidencia mediante la identificación de procedimientos, estrategias o mecanismos ideológicos. En general, se vuelve a la idea que todo discurso es potencialmente ideológico, al considerar que toda percepción es discursiva. La percepción de carencias y de excesos por ejemplo, según Žižek presupone la existencia de universos simbólicos. Para algunos autores, existen afirmaciones típicamente ideológicas, del tipo “no necesitas creer, velo por ti mismo”. O bien, concebir que pueda haber un pensamiento sin dispositivos retóricos no transparentes, de la manera en que se concebía en la sociología del saber.

Una delimitación que propone Eagleton del concepto “ideología”, además del vínculo con ‘conjunto de ideas, creencias’, es la relación de la ideología con el poder, ya mencionado anteriormente en relación con el concepto de legitimación. Cita precisamente a Thompson, quien se refiere a las formas en que la ideología sustenta relaciones de dominación, las legitima.²⁷⁸ Como se mencionará posteriormente, otro elemento de la ideología es la utilización de mecanismos o procesos para el enmascaramiento o supresión de los conflictos sociales. Nótese que en este caso, contrario a las teorías cercanas a la Ilustración, se concibe una sociedad de conflicto y no tendiente naturalmente a la armonía social. La ideología pretende pues “una resolución imaginaria de contradicciones reales”.²⁷⁹ **Una crítica de este tipo es pertinente para las soluciones normativas de conflictos sociales que se dan en el campo de los DH.**

Eagleton considera que no todo conflicto social es ideológico. Žižek y otros autores sin embargo, mencionan que aquello que se considere apolítico es político por excelencia, y el mecanismo mediante el cual pretende neutralizarse, es ideológico. Žižek hace esta crítica particularmente para los DH, como se verá posteriormente.

²⁷⁷ ŽIŽEK, *op. cit.*, p.28.

²⁷⁸ EAGLETON, *op. cit.*, p.24.

²⁷⁹ *Ibid*, p.24-25.

Eagleton, al igual que menciona Haba con respecto a los conceptos en general, considera que un término debe ser capaz de distinguirse de su contrario para no caer en el vacío. Esto es cierto en el mundo de las palabras, si bien como se mencionó en la introducción, la contradicción y la convivencia de opuestos es algo plausible en el sujeto y la colectividad. En todo caso, el contrario de ideología, de fantasía ideológica, sería una realidad más allá del individuo, a la que no se puede acceder con facilidad. En los límites de la ideología está, como se verá luego, la cotidianidad, el deseo, el antagonismo social.

En general, existe un vínculo entre el concepto “ideología” y las nociones de poder, lo político, los procesos de conocimiento y los de construcción de la identidad. Con respecto a esto último, Eagleton apunta que otro rasgo de las ideologías es su tendencia a homogenizar, si bien “*rara vez son homogéneas; suelen ser formaciones internamente complejas y diferenciadas con conflictos entre sus diversos elementos que tienen que renegociarse y resolverse continuamente.*”²⁸⁰ Alega que ello se debe, y en esto coincide con otros autores, a que las ideologías solo existen en relación con otras ideologías. Por otra parte, para que una ideología dominante pueda “*intervenir en las conciencias de quienes somete*”, debe volverse internamente más compleja y heterogénea, de modo que pueda reflejar la otredad.²⁸¹

Eagleton critica la perspectiva de ideología en relación con el poder en la medida en que considera que no toda ideología es opresiva y legitimadora.²⁸² Se está de acuerdo pero no por las mismas razones. En primer término, la ideología puede ser parte de cualquier tipo de discurso, no solo uno dominante. En este sentido, la fantasía ideológica no se ve limitada por categorías reducidas como “clase” o “verdad”, sino que las hace parte de ella. La ideología es definida como un mecanismo de sostenimiento de la sociedad y de producción de la realidad subjetiva. Y con ello no se cae en la “*neutralidad disfuncional*” de la definición de la que habla el autor inglés posteriormente, cuando critica la versión de ideología como “*sistemas de creencias y poder político*”, lo que corresponde a la

²⁸⁰ *Ibid*, p.71.

²⁸¹ *Ibid*, p.72.

²⁸² *Ibid*, p.26-27.

acepción débil. Él considera que extender un término hasta el punto que lo abarque todo, es vaciarlo de contenido.²⁸³

En el caso de la ideología sin embargo, su funcionalidad depende de procesos de totalización en un nivel semántico y su expresión en la práctica social. En palabras de Eagleton, que “*una ideología con éxito debe operar tanto en el nivel práctico como en el teórico, y descubrir alguna manera de vincular dichos niveles.*”²⁸⁴ Debe haber cierta concordancia entre la experiencia vivida y la ideología vista como una doctrina rígida y explícita. El vínculo se consolida cuando la ideología dota de sentido la experiencia de la gente. La ideología tiene una función primordial de creación de sentido, que Luhmann apunta como necesario para el sostenimiento y complejización de la sociedad, y Schopenhauer como indispensable para el sostenimiento del ego individual.

La brecha entre nivel semántico-discursivo y la vivencia social sería una de las principales críticas a los DH, en tanto este defecto, como se mencionó en la introducción, atenta contra su función de legitimación del orden social. La segunda crítica es una crítica a la historia de las ideas y el sistema que sostiene a los DH, en tanto estos promueven la asimetría que los DH intentan paliar. Con ello se tiene a los DH como la fantasía ideológica que cubre la imposibilidad de un sistema capitalista equitativo.

El problema de los DH es en gran parte un dilema epistemológico. Por otra parte, es un problema de su efectividad como ideología. ¿Cuánto ha sido interiorizada la idea como para llegar a ser necesidad o algo existente e incuestionable? ¿Podría considerarse realmente una ideología práctica? ¿Cuánto están dispuestas a ceder los grupos hegemónicos para una mínima coherencia de este universo discursivo? Los DH permiten una mínima seguridad y estabilidad en muchas ubicaciones sobre todo a las clases hegemónicas y dominantes. En otras, la construcción de un yo con derechos e igual valor que el otro lleva a muchos a dejar atrás la ideología de

²⁸³ *Ibid*, p.28.

²⁸⁴ *Ibid*, p.74.

“conocer cuál es mi lugar” y alzarse ante lo que consideren injusto, en términos cristianos o aristotélicos. No obstante, existen las más de las veces mecanismos para que el sistema asimile dichas protestas sin ser destruido; tan solo reformándose parcialmente o de alguna forma ignorando y neutralizando a quienes se oponen.

Las cortes internacionales de DH permiten la visibilización de ciertos casos que más bien muestran la ruptura entre la armonía que el sistema promueve como fachada, y casos de violencia de Estado. Su rol de poder, de mecanismo regulador del sistema, como se mencionó anteriormente, les permite elegir cuáles casos visibilizar y cuáles no y conceptualizarlos o no como violaciones de DH, para luego proponer una solución única e individualizada al conflicto social intentando muchas veces que las resoluciones de alguna forma reformen al sistema, como en el casos de las solicitudes de cambio de legislación de la Corte IDH o la CIDH.

La idea de la concordancia doctrina-práctica también es desarrollada por otros autores. Es importante explorar este punto en profundidad en el presente trabajo, pues constituye la comprobación parcial de la segunda hipótesis contingente, al dejar patente que el alejamiento entre lo que digan los jueces en las sentencias y la práctica social atenta contra la funcionalidad de los DH como ideología. El segundo punto sería ahondar en el hecho de que un discurso esencialista jusnaturalista promueve este alejamiento. Ello se está comprobando, en primer lugar, al vincular al discurso de la Corte IDH con el esencialismo y el jusnaturalismo, entre otras corrientes. Luego, al evidenciar los mecanismos ideológicos a los que recurren tales corrientes y al rompimiento que se ha hecho con respecto a ellas en el pensamiento posmoderno.

Un punto particularmente importante en este sentido es evidenciar el discurso ideológico como un acto de poder. El juez como un reservorio de poder simbólico, toma decisiones políticas que disfraza de neutralidad y técnica, valiéndose de conceptos indeterminados que le dan margen para tal proceder, al igual que de unas pretensiones de universalidad. Este ejercicio, atenta contra la ficción de la certeza jurídica, pilar del Estado de Derecho moderno. El romper la fantasía ideológica de la función del juez en la posmodernidad,

deja al descubierto la función de los DH como mecanismo de legitimación del *statu quo*, más que, en palabras de Jameson, fuente de satisfacción de los deseos y utopías de la clase subordinada que los sigue aceptando como el último mito de la modernidad, aferrándose a ideas como libertad e igualdad, aunque el contenido y razón de enunciación de estas no tenga nada que ver con sus sueños o, lo que es similar, la racionalización del discurso por parte de sus emisores.

Gramsci menciona la discrepancia entre una conciencia oficial (la de la Corte IDH, la CIDH y sus operadores jurídicos) y la práctica (los Estados y sus instituciones, las víctimas). **Para que una ideología tenga efectividad, debe en términos de Bordieu, ser una ideología práctica.**²⁸⁵ Con esto se refiere a *“la forma en que los imperativos dominantes se convierten de hecho en formas de comportamiento rutinario”*. **Agrega que, al igual que la “ideología comportamental” de Voloshinov, la forma en que estas ideas sean interiorizadas y vueltas rituales no es rígida.** Habermas también establece como un elemento relevante de su definición de ideología el hecho de que el dominio se inscriba en el habla cotidiana, y la ideología sea *“un conjunto de efectos internos a los propios discursos particulares”*. Que la red de comunicación sistemáticamente distorsionada tenga una apariencia de normatividad y justeza.²⁸⁶

La ideología práctica se relaciona con el concepto de *“habitus”* de Bordieu, el cual se define como un *“mecanismo de retrotransmisión por el que las estructuras sociales y mentales se encargan de la actividad social diaria”*. Eagleton lo relaciona con el concepto de ideología porque el *habitus opera como un sentido común*, una serie de prácticas particulares inculcadas en hombres y mujeres que *“tiende a generar en los agentes sociales las aspiraciones que son compatibles con los requisitos objetivos de sus circunstancias sociales”*.²⁸⁷ Eagleton explica que, al igual que Habermas, Bordieu habla de una espontaneidad de la conducta habitual en la que sin embargo se reproducen ciertas normas y valores tácitos. En su nivel más potente, la ideología (en este caso conectada a

²⁸⁵ *Ibid*, p.171.

²⁸⁶ *Ibid*, p.171.

²⁸⁷ *Ibid*, p.205.

la definición de *habitus*) descarta todos los modos de desear y comportarse y ser fuera de ella, como algo impensable.²⁸⁸

La efectividad de los DH estaría, en palabras de Althusser, en la adaptación de los individuos a sus funciones sociales, proporcionándoles un modelo imaginario de conjunto que es más simbólico y afectivo que cognitivo.²⁸⁹ El modelo evidentemente debe tomar en cuenta, como menciona Jameson, las necesidades y deseos de las personas. Las personas desean cierta libertad, la libertad de consumir por ejemplo, desean tener derechos, y esa práctica y ese deseo y esas formas legales también son inculcados por el sistema. Ahora, en su forma más vigorosa, la ideología liberal capitalista que incluye los DH, descarta cualquier otra forma de sistema, como ya mencionó Eagleton. Žižek en este sentido critica que es más factible pensar en una crisis ecológica que destruya al planeta que un cambio de sistema político y económico y de estilo de vida.

Un último aspecto que vale mencionar de la ideología muy relevante para el caso de los DH, es que si se observa quien emite el discurso, resulta muchas veces abiertamente contradictorio lo que se dice con respecto a quien lo dice. En este sentido, dice De Man que hay una contradicción preformativa, en la que se discrepa con lo que se expresa:

“Cuando la clase media predica la libertad universal desde una posición de dominio, o cuando un profesor advierte tediosamente a sus alumnos sobre los peligros de un pedagogía autoritaria, tenemos una ‘contradicción entre un significado, transmitido explícitamente, y el significado transmitido por el propio acto de transmitirlo’”.

La contradicción sin embargo resulta inevitable, pues se da en el cumplimiento de la ideología de su función legitimadora. Para el caso de los DH, vale mencionar lo expresado por Habermas en cuanto a que:

“los intereses solo pueden ser satisfechos duraderamente mediante expectativas generalizadas de comportamiento si se unen con ideas que justifican a pretensiones de validez normativas; y las ideas que a su vez solo pueden imponerse empíricamente si se unen con intereses que les presten eficacia.”²⁹⁰

²⁸⁸ *Ibid*, p.206.

²⁸⁹ *Ibid*, p.188.

²⁹⁰ SALAS citando a Habermas, *vid supra* nota 83, p.24.

De modo que la efectividad de lo que se propugna en el discurso de los DH (ideales liberales y cristianos de libertad, igualdad y consideración del valor intrínseco de todo ser humano) es posible en primera instancia si se adscribe a los intereses de un determinado grupo, el cual dará a sus expectativas un giro normativo. Los universales que se creen a partir de dichos intereses solo podrán trascender ese plano normativo si hay una voluntad política para imponerlos.

A ello súmese lo que se ha venido planteando sobre la posibilidad de una ideología práctica, la cual no solo dependerá de esa voluntad política y una expresión jurídica, sino de una mínima coherencia interna del discurso y vínculo con la cotidianidad, que le permita reducir la brecha entre el plano semántico y la praxis social. La hipótesis es, que un discurso jusnaturalista esencialista no reduce la brecha, a la vez que se cae en la paradoja que el discurso de los DH, tal y como viene siendo planteado desde que se denominaban derechos naturales, no puede abandonar ciertas premisas metafísicas y éticas sobre el sujeto y el orden del mundo, so pena de caer en un sin sentido. Tampoco parecen poder deshacerse de mecanismos ideológicos de naturalización y universalización, que les evidencian como ideología, pero que sin los cuales pierden toda legitimidad.

6. Análisis ideológico en Žižek

La ideología no es una ilusión ensoñadora que construimos para rehuir una realidad insoportable: en su dimensión básica, es una construcción fantástica que sirve para sustentar nuestra propia 'realidad': una 'ilusión' que estructura nuestras relaciones sociales efectivas y con ello enmascara un núcleo insoportable, real, imposible...".
Slavoj Žižek (1989).

El análisis ideológico de Žižek resulta una versión útil para los efectos del presente trabajo por varias razones. En primer lugar, la racionalidad lacaniana es enteramente diferente a la de los DH; es una lectura post-estructuralista. Por ejemplo, no concibe a la realidad como algo objetivo, y las categorías esencia y verdad son consideradas mecanismos ideológicos. En este sentido, permite un contraste desde el cual analizar el discurso de los DH y el discurso judicial en general. Este precisamente fue atacado, por la crítica marxista, la nietzscheana y, más tarde, por vertientes de las teorías posmodernas.

La ideología en Žižek permite leer los DH desde una teoría política contemporánea que evidencie las relaciones de poder tras el discurso y, en un segundo plano, el *plus de goce* tras él. Como se mencionará posteriormente, la crítica ideológica en Žižek tiene dos niveles. Una en la que se reconstruye el discurso desde la identificación de sus puntos nodales, y otro en el que se devela la fantasía que cubre un antagonismo y un vacío; una fantasía que produce un goce.

Žižek, al igual que otros autores que ya se vieron en el acápite anterior, explica que una ideología solo puede ser analizada desde otra. No existe – y en esto se sigue también la crítica a la crítica ideológica de Sloterdijk – una posición privilegiada desde la cual se pueda juzgar la realidad. No hay una metateoría, una salida de la cotidianidad, del condicionamiento social, de la red intersubjetiva, para juzgar una realidad no cognoscible o inexistente. De modo que no se considera a la perspectiva de Žižek como suprema ni como verdad última, sino como un lugar apropiado desde el cual situarse para observar el edificio ideológico de los DH. Esto sin dejar de lado que muchas de las ideas expuestas por este autor no son del todo originales, si no que, como se vio en el acápite precedente, su teoría tiene claros antecedentes en diversos autores cuando toca ideas como el efecto retroactivo del nombre, la importancia del significante, la función del lenguaje en las estructuras de poder, el carácter impuesto del sentido común, la función de la crítica ideológica de evidenciar al emisor, entre otros.

La segunda razón por la cual Žižek se presenta como apropiado es por el hecho de que es un autor que ya ha hecho varias críticas al discurso de los DH, tal y como dicho discurso está siendo aplicado en el siglo XXI. Lo anterior permite contrastar las conclusiones del autor acerca del intervencionismo militar (geopolítica) y la construcción del sujeto en los DH, con las conclusiones propias basadas en el análisis del discurso judicial y sus puntos nodales.

Finalmente, en el acápite anterior se explicó brevemente la evolución de la palabra “ideología”, hasta llegar a sus últimas conceptualizaciones. Desde allí se puede concluir

que Žižek proporciona una metodología para la crítica ideológica a partir de una definición actual, relativista, que da un papel central al lenguaje.

En el presente acápite, se explicará la teoría de la ideología Žižek a partir de varios de sus escritos, artículos y entrevistas. Se toma como guía principal su obra *'El Sublime Objeto de la Ideología'*. Žižek utiliza tres autores como base para sus elaboraciones: Hegel, Marx y Lacan. De la explicación de las teorías del autor esloveno se podrá derivar:

- La perspectiva epistemológica del autor desde la cual situarse para realizar el contraste con el discurso de análisis.
- La metodología de análisis de discurso: categorías a utilizar, criterios de análisis.
- “Deconstrucciones” del discurso de los DH y el pensamiento ilustrado en general, que constituirán la base desde la cual se realice una primera aproximación a la doctrina de los DH de la Corte Interamericana de DH.

La estructura del acápite será la siguiente:

- 1- Definición de ideología
- 2- Crítica ideológica (aplicación práctica)
- 3- Crítica a la crítica ideológica
- 4- Mecanismos ideológicos
- 5- Análisis preliminar de los DH.

La manera más accesible de presentar la teoría de la ideología del autor esloveno es partiendo del grafo del deseo lacaniano. No se mencionará explícitamente dicho grafo, pues su alusión directa constituye una complejidad innecesaria, sino que se irá definiendo conceptos clave en un orden tal, que permita ver su relación, así como la forma en la que van tejiendo el discurso en el que se maneja esta teoría. De manera preliminar, los conceptos clave son los siguientes:

- Significante: en Žižek, el significante es el que carga con la identidad de la cosa. Hay usualmente en el discurso puntos nodales, a los que llama designantes rígidos, que tienen una definición circular basada en la creencia, y a partir de los cuales se le da sentido a una serie de significantes “flotantes”. A estos se les llama así porque su

significado es flexible, su identidad más o menos abierta²⁹¹. De esta manera, se da el ejemplo del liberalismo o el comunismo como significantes amo o designantes rígidos, y a partir de allí se construye el significado de democracia, ser humano, luchas de género, etc.

- Significado. El significado como tal es usualmente puro discurso y puede variar con el tiempo. De esta manera, el contenido de una palabra o significante puede vaciarse y llenarse dependiendo del significante amo y del emisor del discurso. No es “realidad objetiva” sino parte del orden simbólico, del edificio ideológico, Las incongruencias que se encuentren en él, y en él con respecto a otros significados o a sí mismo en diferentes momentos, son indicadores de fallas en el universo ideológico y permiten ver qué hay – o no hay- detrás de él.
- Point de capiton. También llamado significante amo, designante rígido, es la palabra a partir de la cual se realiza el llamado “proceso de acolchamiento”. Esto es, a partir de la cual se fija el sentido de una serie de significantes y se crea un discurso o, lo que llama Žižek, “una red estructurada de significado”²⁹². Se le llama “acolchar” porque además de dotar de sentido, se da también un encubrimiento; el encubrir una imposibilidad, una falla, una decisión que se hace ver como un hecho histórico. Se da entonces un fenómeno de exclusión de este significante clave de la estructura del orden simbólico en tanto está cubriendo un vacío, a la vez que se construye la fantasía sobre él²⁹³. Por eso, Žižek llama al *point de capiton* “un real imposible”, un “significante puro”²⁹⁴, que tiene una función totalizadora determinante; este significante amo designa a la vez que constituye la identidad de un objeto determinado²⁹⁵. Es “ese objeto que es más que el objeto”, un plus producido por la operación significante.²⁹⁶ El *point de capiton* es central en el análisis ideológico.
- Identificación simbólica: se refiere a al ideal del yo. La conexión entre el individuo y el universo simbólico, su visión de sí mismo a partir de lo que considera es la mirada

²⁹¹ ŽIŽEK, Slavoj, *vid supra* nota 16, p.125, en cuanto a la definición de significante flotante. ŽIŽEK no habla de “textura abierta” sino de “identidad abierta”. La aclaración es importante en tanto el concepto de textura abierta tiene presupuestos epistemológicos distintos.

²⁹² *Ibid*, p. 125-126.

²⁹³ *Ibid*, p.108, *vid* cuando habla de la “forclusion” en LACAN.

²⁹⁴ *Ibid*, p.134-135 y 127 en cuanto al efecto totalizador.

²⁹⁵ *Ibid*, p.138, en cuanto a ser la identidad del objeto.

²⁹⁶ *Ibid*, p.137.

de los demás; la construcción de su identidad a partir de lo que piensa es el mandato del Gran Otro (el orden simbólico). A ello se refiere también el término “nombre del padre”.

- Identificación imaginaria: el yo ideal. Lo que se desearía ser. El verse a sí mismo como amable, como importante.
- Mecanismo de transferencia: materializar un deseo a partir de una cosa o grupo o individuo determinado. Ver en este ente, cosa o palabra, propiedades y características que permitan el sostenimiento de una fantasía. Dicha fantasía a su vez hace que perdure cierto orden social.
- Che vuoi: en la conjunción de la identificación simbólica y la imaginaria queda un resto. No se da un encuadre perfecto, sino que queda “un resto”. Este es la interpelación, la pregunta del sujeto al orden simbólico: ¿por qué? ¿por qué soy esposa, ama, reina? Es lo que en Castoriadis se conoce como la imaginación radical. Esa parte del individuo que duda, que se rehúsa a asimilar. Tanto desde la teoría de Žižek como la de Castoriadis, una completa alienación del individuo con respecto al sistema implica la pérdida de su individualidad y la implosión del sistema. De modo que ese resto es infranqueable y necesario. Luego, el individuo pregunta y nadie responde. Porque en realidad, esas identificaciones no las impone ni las justifica el orden social; el individuo las crea y las asume sin una razón consciente y deliberada de fondo. Lo hace porque esa es su manera de relacionarse con el mundo. Tras la identificación solo hay un deseo pre-ideológico e irracional; un sujeto barrado, un vacío. Eagleton adiciona que la experiencia del *che vuoi* puede ser colectiva y darse por el choque entre diversas formas de subjetividad.²⁹⁷
- Fantasía. La fantasía es sumamente importante. Constituye una respuesta a la pregunta *che vuoi*, a la interpelación que nunca recibe respuesta. Llena un vacío y en vez de explicación se vuelve un mandato con el cual identificarse. **Los DH en este sentido pueden ser vistos como la fantasía ideológica que llena la imposibilidad radical de homogeneidad, que todas las personas vivan en iguales condiciones de bienestar en un sistema en el que son pocos los que se benefician de los procesos de acumulación.**

²⁹⁷ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.68.

- Deseo, deseo del Otro. El deseo en Žižek parece ser lo único ‘real’ en el individuo. Algo que realmente no es simbolizable; ni siquiera ‘racionalmente procesado’. Conceptualizado a partir de la idea de pulsiones de Freud, “el deseo” es la razón de ser final de la ideología y la ‘realidad’ misma.
- Goce. Žižek concibe dos niveles de análisis, dado que considera que la razón última de la ideología es precisamente un gozo (*jouissance*).
- Sujeto lacaniano. El sujeto en Lacan y Žižek está barrado, está vacío. Es imposible y no simbolizable. Tras él no hay nada más que un deseo desde el cual construye su mundo. En su fuero no hay más que ese temor a su propia vacuidad. Se toma la concepción lacaniana de sujeto en este trabajo, en tanto sujeto como categoría conceptual es algo construido. Si se vacía el nombre “sujeto” de su determinado contenido, no se queda más que con el significante. De igual manera, el papel del deseo y la autorreferencialidad son posiciones epistemológicas de las que también se parte en este escrito. Ambas (la percepción del sujeto en el discurso normativo y la construcción del mundo a partir del deseo²⁹⁸) son posturas de utilidad para analizar el discurso de los DH.
- Orden simbólico barrado. El orden simbólico, el Gran Otro, también carece de una ‘sustancia’, de una realidad más allá de sí. El orden simbólico se constituye desde subjetividades y no puede realmente justificarse ni a sí mismo, ni la identidad del sujeto.
- Anamorfosis ideológica: la “pura diferencia” percibida como identidad, el suprimir la relación y la diferencia. Hay una deformación en la perspectiva que hace que algo que está vacío de sentido (por ejemplo un significante) se “*abra en pleno significado ideológico*”.²⁹⁹
- Separación. Es otro término para ese espacio que permite la individualidad en contraposición a la completa *absorción* por parte del orden simbólico.

²⁹⁸ En esta perspectiva, Žižek también toma a Hegel, el cual propone que en la relación entre ser y conocimiento, “la realidad” no es algo que esté dado, que exista “afuera”, sino que se trata de algo que no es ajeno ni previo al proceso de conocimiento. De esta manera, se juega con contingencia y necesidad, siendo que una explicación la vea como producto de la necesidad, y otra como algo en lo que convive la contingencia. Sobre esto ŽIŽEK, Slavoj, *vid supra* nota 297. En: LACLAU Ernesto, et. al., Debates políticos contemporáneos: en los márgenes de la modernidad. Plaza y Valdés, México, 1998. (original en inglés publicado en 1994)

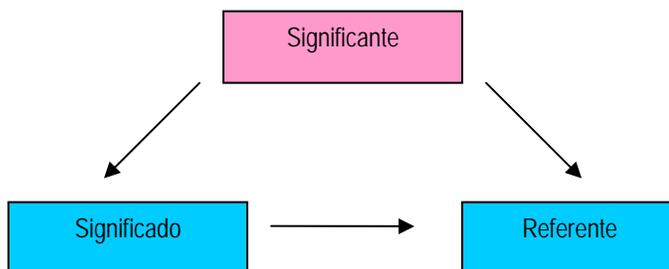
²⁹⁹ ŽIŽEK, *vid supra* nota 16, p. 141.

- Fórmula de pulsión. Dicha fórmula ($S \diamond D$), donde “D” significa demanda simbólica es la fórmula del *sinthome*.
- Sinthome. Es el momento en el que coinciden el orden simbólico y el goce. Este último no puede ser simbolizado, pero al adentrarse al orden simbólico, se circunscribe a una fantasía. Por otra parte, el orden simbólico es incapaz de conquistar el goce, de totalizarlo. Salas explica al *sinthome* como la interacción de elementos en que se da la estructuración del significante y como una forma de organización del discurso en la que se busca la coherencia del orden simbólico y el sostenimiento de la red de relaciones sociales. El síntoma permanece oculto, a la vez que tapa la imposibilidad³⁰⁰.
- Antagonismo como base y falla social: la sociedad es vista como un imposible, pues siempre hay un antagonismo que divide la sociedad, que no puede ser integrado por el orden simbólico y que a la vez es el punto sobre el que este se erige.

a. Definición de ideología y el grafo del deseo

La retroactividad del significado

Al dar su interpretación del grafo del deseo, Žižek comienza por hablar de su postura acerca de la retroactividad del significado y la preeminencia del significante. Dicha postura, compartida por Laclau, y cuyos antecedentes se ven ya en autores previos, cambia el triángulo referente-significado-significante de Sartori, expuesto en el acápite sobre la indeterminación de los DH:



Fuente: elaboración propia.2007.

³⁰⁰ SALAS citando a Habermas, *vid supra* nota 83, p.17.

En esta perspectiva del proceso de nominación y la construcción del lenguaje, el significante asume un rol central y, así, la imaginación y la fantasía también lo hacen, en tanto la palabra es una ocurrencia del individuo. Tanto la “realidad objetiva” representada por el referente, como el significado, son percibidos a través del significante. El significante, como se mencionó anteriormente, es el soporte de la identidad de la cosa.³⁰¹ Lo que se conoce como silla seguirá denominándose así, ya sea que sus características iniciales hayan cambiado, y una persona se esté imaginando una silla de madera y otra una con rodines. El efecto retroactivo del nombre garantiza la identidad del objeto; la palabra construye su propia referencia.³⁰²

Eagleton leyendo a Žižek, explica cómo mediante este proceso de fijación de la significación en ciertos significantes dominantes, el lenguaje infinito hace un cierre artificial (al que llama “*cierre semiótico*”) creando un mundo propio, un universo ideológico que tiene una unidad imaginaria. Dentro de este sistema, “*los signos se organizan mediante una cierta violencia encubierta en un orden rígidamente jerárquico.*”³⁰³ Con este cierre, se limita “*el libre juego del significante*”, atribuyendo un significado espuriamente determinado a una palabra; significado que el sujeto acepta como natural e inevitable.³⁰⁴

Desde una perspectiva política, Laclau habla de la lucha por la hegemonía discursiva y del efecto retroactivo del nombre. Para estos efectos, los elementos, mecanismos, tácticas de la ideología en la forma de significantes flotantes, son fijados por el modo de articulación hegemónica.³⁰⁵ En el caso de los DH, sería un significante fijado por el liberalismo capitalista como significante amo, si bien se ha descubierto también un matiz judeo-cristiano importante. Por lo que, es desde dicha sensibilidad que se percibirán los conflictos, las creencias, el contenido de las palabras.

³⁰¹ ŽIŽEK, *op. cit.*, p.134-135.

³⁰² Acerca del efecto retroactivo como garantía de identidad, *ibid*, p.134-135.

³⁰³ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.253.

³⁰⁴ *Ibid*, p.253.

³⁰⁵ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p. 20.

Así que, la forma en que se describa una cosa y el significado que se le dé a través del tiempo cambia. Pero la palabra con la cual se denomina permanece. Esta visión del proceso de nominación tiene más fuerza aún cuando se pone en el tapete palabras como “libertad” o “igualdad”, las cuales funcionan como parte de la cosa designada.³⁰⁶ De acuerdo con la teoría ideológica de Žižek, palabras como esas pueden ser significantes flotantes que adquieren sentido al ser relacionadas con un designante rígido, o ellos a su vez son un significante amo con una significación que tiene una forma tautológica.

Es de gran relevancia comprender que, en esta teoría, la “identidad” de los significantes está “*sobredeterminada*” por su contexto; “*su significación literal depende de su plus de significación metafórica.*”³⁰⁷ La metáfora como medio de expresión y articulación del discurso, que incluso sobrepasa a la función en el universo simbólico humano, como se mencionó en el acápite sobre indeterminación.

Así por ejemplo, considerándose que los DH poseen como nodo los conceptos de dignidad y libertad, se tiene que, todos los seres humanos tienen derechos porque son dignos y libres. Y un ser humano es tal porque es digno. Y es digno porque es ser humano. Y un ser humano es tal porque es libre. Y es libre porque es ser humano. Lo relevante aquí es comprender cómo el significante llegó a convertirse en esta explosión de sentido, pese a ser en sí mismo vacío. Ello es posible al conocer el contexto en el pensamiento político y religioso en el que se comenzó a dar importancia a ese significante. Nuevamente, no hace falta buscar referentes materiales tras los DH, porque nunca han existido. Ellos son más bien un ejemplo claro y rico de una fantasía ideológica que sostiene un sistema determinado y la forma en que muchas personas en occidente se perciben a sí mismas y perciben al sistema.

³⁰⁶ Vid ŽIŽEK, *vid supra* nota 297, en cuanto a nombres que funcionan como parte de la cosa designada. En el texto de cita da el ejemplo de la palabra “socialismo”.

³⁰⁷ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.125.

La función del significante y la construcción reflexiva de la realidad

La relación significante-referente consiste entonces en que, a partir del significante y el sentido que se le dé, se concibe la realidad. El significante sigue hasta cierto punto teniendo una función de representación, no es que haya una identidad significante-referente, como lo critica Eagleton en la teoría de Hindess y Hirst³⁰⁸. Hay ciertas lecturas que llevan a esa conclusión. Sin embargo, se considera que lo importante es el énfasis en la creación de la realidad a partir del deseo; cómo la utopía y la fantasía se vuelven componentes de la realidad. Cómo la ideología no es un escape sino el mundo en el que vivimos. Con respecto a esto menciona Eagleton: “*la ideología es una manera decisiva en la que el sujeto humano se esfuerza por ‘suturar’ las contradicciones que anidan en su mismo ser, que la constituyen de manera nuclear. Como en Althusser, es lo que nos crea como sujetos sociales, y no solo un corsé conceptual en el que luego nos vemos metidos.*”³⁰⁹

En esto coincide Althusser, quien define la ideología como “*una representación de las relaciones imaginarias de los individuos con sus condiciones reales de existencia*”.³¹⁰ En cuanto a esto, afirma Eagleton que en la ideología, la relación real con las condiciones de existencia está inevitablemente en la relación imaginaria con estas.³¹¹ Un ejemplo de la relación imaginaria que establece el ser humano con sus condiciones de existencia es el antropomorfismo, de acuerdo con el cual el mundo es algo que le pertenece al ser humano, está orientado a este y, a la vez, el ser humano es parte natural de dicho mundo. La sociedad además, interpela al individuo, “*le saluda*”, le individualiza como ser único y especial, dice Eagleton.³¹²

Más allá de todo este proceso auto-referencial hay una realidad, que es difícilmente cognoscible. Sin embargo, como apunta Eagleton, aspectos de la cotidianidad, como la condición socio-económica, sí son elementos ‘reales’ que influyen en el proceso de

³⁰⁸ EAGLETON, *vid supra* nota 201, capítulo sobre ideología y discurso, p.267.

³⁰⁹ *Ibid*, p.255.

³¹⁰ *Ibid*, p.188.

³¹¹ *Ibid*. p.188.

³¹² *Ibid*. p.188.

construcción del lenguaje, la identidad, la ideología y la acción. Esto Žižek lo admite al hablar de la preeminencia de la necesidad y cómo el proceso de nominación se alimenta del entorno³¹³. Pero, pese a que la intención atraviese al significante en un momento dado, afirma Žižek, “*el significante continúa*”³¹⁴.

En Lacan, la relación entre significante y significado no es lineal ni inmanente. No es tan sencillo como decir “*silla es un asiento con respaldo de cuatro patas*” o, “*libertad es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.*”³¹⁵. ¿Y la silla de tres patas no es silla? ¿Y qué pasa con lo natural de la facultad de ser libre en el caso de la explotación infantil? Para Lacan y Žižek, la dotación de significado es un acto de poder. Esto se ve claramente en el discurso normativo, donde se limitan o extienden definiciones a conveniencia, sin perjuicio que se sostenga por convicción o estrategia. Lo que se define se le acredita una esencia o un núcleo y un rango ontológico que no tiene.

Žižek tiene dos posiciones diferentes en cuanto al proceso de nominación y dotación de significado. En su texto de 1989, lo describe como un proceso “*radicalmente contingente*”³¹⁶. En un texto de 1996 sin embargo, trayendo a colación a Hegel, considera que:

“el status puramente epistemológico de la contingencia es entonces invalidado, sin que nos repleguemos en una ingenuidad antológica: detrás de la apariencia de la contingencia no existe una necesidad oculta aun no conocida, sino solo la necesidad de la apariencia misma; detrás de la contingencia superficial, existe una necesidad substancial subyacente.”

La contingencia en Žižek se refiere a la incompletud del propio conocimiento, que repercute en el objeto de conocimiento. La contingencia es un caos entendido como la ausencia de sentido, como lo ininteligible, sobre la cual se erige la necesidad de la apariencia de sentido.

³¹³ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6.

³¹⁴ ŽIŽEK, *ver supra nota 6*, p.142.

³¹⁵ Extracto de las definiciones dadas por el Diccionario de la Real Academia Española. Versión en línea.

³¹⁶ ŽIŽEK, *op. cit.*, p.144.

Más allá de esta discusión acerca de la naturaleza del proceso de *acolchamiento* o dotación de significado, está su carácter retroactivo. Las razones de la elección se plantean *a posteriori*, y solo se ven como razones a una serie de argumentos reconocidos como tales. Así también, como parte del mecanismo de transferencia, se piensa que esa decisión depende de las razones.

Este punto (relación referente-significante) es más comprensible en la explicación de Badiou acerca de la universalidad mencionada en acápites previos. Lo relevante en ella es entender que más allá del hecho de que haya o no una realidad objetiva, está que la interpretación histórica y las instituciones no parten de hechos sucesivos en una línea temporal. Parten del aislamiento e interpretación de una situación en el espacio, que se visualizó como importante. Luego se toma una decisión con respecto a ella, y esta decisión es el “hecho eventual” que será percibido como hecho objetivo.

El hecho eventual tiene una estructura declarativa, ya sea que tome la forma de una proposición, un axioma, o una configuración. De allí se derivan consecuencias, principios, sistemas de pensamiento, ordenamientos. En Žižek, es en este proceso de decisión en el que se crea el *point de capiton* que quedará fuera del orden simbólico. Por eso le llama “*el punto de subjetivación del significante*”³¹⁷. A partir de dicho significante, se imaginan dimensiones que proyectan el deseo.

¿Dónde queda pues la “realidad objetiva”? Todo lo que hay son interpretaciones de ella, sobre las cuales se construyen formas que adquirirán su cuota de realidad en la mente de los individuos. Al relacionar esto con la teoría de la ideología, Badiou apunta, como se ha mencionado a lo largo de este texto que lo interesante es develar ese hecho eventual. El momento de la decisión, en vez de atacar las derivaciones implicadas a partir de esta. Lo universal se desmorona al reconocer que fue producto de una decisión en un momento y espacio dados.

³¹⁷ ŽIŽEK, ver *supra* nota 6, p.143.

Debe anotarse que, pese a la insistencia de algunos autores como Eagleton en traerlo a colación, el binomio “verdadero-falso” carece de sentido y utilidad en este esquema. Žižek explica como una ideología no necesariamente es falsa. Puede ser falsa o verdadera, si bien cuando se parte de la autorreferencialidad, tales categorías por sí mismas carecen de sentido. Eagleton aclara que si bien no cabe hablar de falsedad epistémica, sí podría hablarse de “falsedad funcional”, referida a que ciertas ideas son funcionales para el mantenimiento de un poder opresor, y quienes las sostienen ignoran este hecho³¹⁸. Podría ser el caso de la Corte IDH.

Para Žižek al igual que para los autores analizados en el acápite anterior, lo relevante en la crítica ideológica no es el binomio falso-verdadero, sino el análisis de la efectividad para el sostenimiento de determinadas relaciones de poder, “*cómo el contenido se relaciona con la posición subjetiva supuesta por su propio proceso de enunciación.*”³¹⁹ Dicha determinación es útil, en la medida que los mecanismos de legitimación siempre están ocultos. En palabras del pensador esloveno, “*la argumentación exitosa presupone la invisibilidad de los mecanismos que regulan su eficacia*”³²⁰.

En esta parte de la explicación, cabe mencionar la lógica de la transferencia, la cual aporta a la crítica de los DH:

*“...es el anverso de permanecer detrás del significado con respecto al flujo de los significantes; consiste en la ilusión de que el sentido de un determinado elemento (que quedó retroactivamente fijado mediante la intervención del significante amo) estaba presente en él desde el comienzo como su esencia inmanente. Estamos “en transferencia” cuando nos parece que la libertad real ‘es su naturaleza misma’ opuesta a la libertad formal burguesa, que el Estado es “en su naturaleza” solo un instrumento de la clase dominante...”*³²¹

Aquí se menciona explícitamente la libertad, que es un significante importante en el discurso de los DH. Eagleton afirma que, una forma de poner en evidencia una estructuración ideológica, es cuando pese a que diversas situaciones hacen ver que no hay

³¹⁸ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.47-48.

³¹⁹ ŽIŽEK, *vid supra* nota 297, p.15. *Ideología. Un mapa de la cuestión*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2003. (Traducción al español. Obra original en inglés: 1994).

³²⁰ *Ibid*, p.19.

³²¹ *Ibid*, p.143-144.

tal inherencia de la igualdad y la libertad por ejemplo, dichas situaciones son utilizadas como maneras de alimentar el discurso que apoya estos principios y sus derivaciones.³²² Por ejemplo, utilizar una masacre como parte de una argumentación que reafirme la vigencia de los DH, del valor de la dignidad y de la vida. Žižek menciona como ejemplo la diferencia que se hace entre “libertad formal” y “real” para apoyar la existencia de una libertad como sustancia.

No obstante, la paradoja con la transferencia es su carácter de necesaria. Como ya se mencionó, la operación de acolchado debe ser invisibilizada. No serviría si fuera obvio que hay un significante amo que es vacío, que dota de sentido a toda una serie de significantes. Para esto sirven mecanismos ideológicos como la naturalización y la universalización. En este punto, se vuelve a la pregunta del inicio: si es posible un discurso y un sistema de DH sin la posición privilegiada que le dan a estos en el ordenamiento su carácter de ley natural y universal, y si es posible también concebirlos desde otro *point de capiton*.

En cuanto a esto último, cabe la pregunta acerca de cuál es el significante amo en el caso de los DH, y si ellos mismos son o no un significante amo. Žižek menciona que las luchas de DH y el feminismo por ejemplo, son más bien significantes dependientes de otro, cual sería por ejemplo una perspectiva de democracia radical (Laclau y Mouffle) o una de democracia representativa liberal capitalista.³²³ Por otra parte, podría considerarse que a lo interno del Derecho Internacional de los DH, los significantes amo que dotan de sentido a los derechos que van siendo positivizados es los conceptos de dignidad y libertad.

Por último, ciertamente la identidad de los DH la carga el significante “derechos humanos”, pese a que en su forma actual, las discusiones hagan dudar tanto del contenido de la palabra “derecho” como “humano” y, en este sentido, el significado no sea claro, sino indeterminado, de textura radicalmente abierta, que permita la creación de derechos

³²² EAGLETON, *op. cit.*, p.51

³²³ En este sentido ver ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.126-127.

ad infinitum, y el traslado de su lógica a otros seres sintientes no-humanos. Resuelto el tema de la identidad y aceptando la carga del significante, se hace inútil no solo buscar un referente ‘real-objetivo’ para los DH, como ya se dijo, sino un vínculo estrecho con significantes propios de otras ramas de la dogmática jurídica, en lo relativo a la palabra “derechos”.

Todo este proceso de nominación tiene que ver también con la forma en que la persona se percibe a sí misma. Ya se mencionó las categorías de yo simbólico y yo imaginario. Con respecto a este último, apunta Žižek que ocurre el efecto de retroversión. Sea, un olvidar de ese proceso de nominación, de manera que el individuo se siente interpelado por el significante amo. El ‘yo’ se ve a sí mismo como un agente autónomo (perspectiva muy acorde con la conceptualización moderna del sujeto), a la vez que se percibe como dependiente del orden simbólico y ve en él su “*causa descentrada*”³²⁴.

Los sujetos se subordinan a un ordenamiento jurídico de normas universales, se definen con respecto a este y olvidan el momento de la decisión. Esta idea sin embargo, no debe confundirse con una perspectiva liberal contractualista de un sujeto autónomo colectivo que teme a la libertad o por su seguridad, y se auto-subordina a un orden determinado. El acto de identificación con un orden imaginado es resultado de juegos de poder y de lenguaje en la red intersubjetiva. Por otra parte, en la filosofía occidental, el deslastrarse de la fantasía es un acto casi imposible dado el condicionamiento social y la necesidad de un ego; un proceso que lleva según Žižek a la insania, pues el sujeto se ve sumido en el sinsentido y ya no tiene de qué aferrarse.

Vale anotar con respecto a este punto, que en las diversas formas de budismo y ciertas escuelas derivadas de la interpretación de la literatura Vedanta de la India, como el Vaishnavismo Gaudiya (lo que Sloterdijk denominaría “*escuelas de la meditación tendientes a la autoexperiencia, escuelas de la metarreligiosidad*”³²⁵), el evidenciar y abandonar al ego falso, y el desarrollo de un ego más allá de la materialidad, son metas y

³²⁴ *Ibid*, p.146.

³²⁵ SLOTERDIJK, *vid supra* nota 23, p.105.

procesos cuidadosamente explicados que conllevan a la liberación última del individuo y la obtención de un estado de trascendencia, conocimiento y goce. Ello también es meta de derivaciones y sectas místicas de las principales religiones. En todo caso, ya sea como acto político colectivo, o como resultado de un proceso, la abstracción de la persona del orden simbólico está lejos de ser un acto meramente voluntario e individual.

Entre la interpelación y la fantasía

Pero hay algo más allá de la identificación, apunta Žižek. Como se mencionó antes, está la interpelación, *che vuoi*, el porqué. Después de todo el acolchado en el cual identificación imaginaria y simbólica se vinculan, queda el mencionado “resto”. Desde ese resto es que es posible en términos de Žižek, un trabajo como el presente. La pregunta: ¿por qué soy digna?, ¿por qué se me dice (me digo) que soy libre? Y es que, el mandato es siempre arbitrario, es imperativo; no se explica “*con respecto a las propiedades y capacidades ‘reales’ del sujeto*”.³²⁶ Entre la enunciación y el enunciado se concibe una brecha. Son dos momentos. Y es el resto el que permite revelar la existencia del *point de capiton*. Es la pregunta que revela el propio deseo. Es desde allí que se hace el análisis.

Siguiendo pues el ejercicio de interpelación para el caso de los DH: ¿por qué la creación gira en torno al hombre (y en este “hombre” no se incluye al otro sexo)?, ¿por qué lo más importante para el universo es el desarrollo de las capacidades y la felicidad del ser humano como especie superior? Es la pregunta histórica al orden simbólico, al Gran Otro, el que evidentemente no responderá nada de vuelta. La respuesta es: porque así lo hemos aceptado. ¿Y por qué los DH actualmente justifican sistemas y estilos de vida que más bien coartan esa felicidad y reducen al ser humano a condiciones miserables? ¿Por qué de repente los tribunales de DH toman decisiones que a la larga decidirán si planto o no maíz autóctono, si vivo bajo el mandato de un populista o no?

³²⁶ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.156.

La fantasía entra aquí como una respuesta al *che vuoi*. Funciona como un argumento imaginario que llena el vacío, responde a qué quiere El Otro.³²⁷ Ella revela el deseo a la vez que lo delimita y da sentido y materialidad a su objeto. En relación con el sistema social, la fantasía es “el remiendo” para las incongruencias del orden simbólico a partir del cual los individuos construyen su identidad³²⁸.

Según Habermas, en las fantasías ideológicas se subliman cosmovisiones metafísicas, sistemas valorativos ideales – como los que sostienen los DH – que sirven para consolar y compensar a los individuos por las restricciones que deben soportar en la vida real. Nuevamente el tema de la legitimación: “*estos sistemas de valores sirven así para legitimar el orden social, canalizando la disidencia potencial en formas ilusorias.*”³²⁹ Las ilusiones son la expresión de deseos humanos genuinos, por lo que ocultan un núcleo utópico³³⁰, como señalará luego Jameson.

Más allá del nivel del deseo está el goce. En palabras de Eagleton, que parafrasea a Žižek: “*Más allá del campo de la significación ideológica, señala Žižek, hay un tipo de ‘plusvalía’ no significativa, que es gozo o jouissance; y este gozo es el último ‘sustento de significación ideológico.’*”³³¹ Ese goce no es simbolizable, por lo que solo puede ser encontrado a través de las incongruencias.³³²

Ahora bien, ¿cuál es la relación entre ideología y fantasía? En su artículo titulado “*¿Cómo inventó Marx el síntoma?*”, Žižek la resume en una diferencia entre la ilusión y la fantasía; entre el hacer y el saber, respectivamente. La ilusión ideológica se sitúa entonces en el proceder de los individuos, y no solo en lo que piensan o creen.³³³

³²⁷ *Ibid*, p.159.

³²⁸ *Ibid*, p.170.

³²⁹ EAGLETON, *op. cit.*, p.176.

³³⁰ *Ibid*, p.176.

³³¹ *Ibid*, p. 238.

³³² ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.166.

³³³ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.58.

Ilusión ideológica: más allá del ser y la conciencia

Žižek elabora su teoría a partir del concepto de fetichismo de la mercancía de Marx. En la lectura que hace de Marx, es posible encontrar al sujeto trascendental kantiano y el marco *a priori* de conocimiento objetivo universal que es base de la ideología cientificista y del sistema de DH.³³⁴ Específicamente, Žižek nota la abstracción realizada en el proceso de intercambio, en cuanto a qué es la mercancía, el valor del acto que se lleva a cabo y el valor que se le da a cada cosa.

El sostenimiento del sistema de intercambio implica, para Žižek y Sohn-Rethel, un no-saber o un no-deliberar por parte del individuo, para que esa realidad social se sostenga.³³⁵ A partir de esta de esta conclusión, Žižek construye el concepto de síntoma. De manera que Žižek deja de lado la perspectiva de ideología como falsa representación e interpreta a Marx de manera distinta. De acuerdo con el autor esloveno, es desde la teoría del fetichismo de la mercancía de Marx que se puede pensar en la ideología como un hacer³³⁶. Para él, la creencia sostiene la fantasía que regula la realidad social, pero esta a su vez se materializa en la actividad social efectiva³³⁷.

Eagleton en cuanto a los niveles saber/hacer, conciencia/práctica, apunta –haciendo una lectura más tradicional – que en Marx se conceptualizaba la ideología desde el pensamiento idealista, desde la ‘conciencia’³³⁸. En este orden de ideas, la ideología se refiere a una falsa representación de la realidad; un no-ver las cosas “como son”³³⁹. Esto tiene dos implicaciones. Por un lado, la circunscripción del fenómeno ideológico a algo interno en el individuo, como lo menciona explícitamente Eagleton. Lo segundo, es una perspectiva de la realidad como objetiva, material, que debe ser develada. Esta última no parte de la visión hegeliana de una relación entre el proceso de conocimiento y la

³³⁴ *Ibid*, p.41. El sujeto trascendental evidenciado en la mercancía como soporte de los DH es aporte nuestro; aunque ŽIŽEK luego explícitamente menciona el sistema de deberes y derechos en relación con las elaboraciones de cita.

³³⁵ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.46. SOHN-RETHEL es citado por ŽIŽEK.

³³⁶ *Ibid*, p.62.

³³⁷ *Ibid*, p.64.

³³⁸ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.36-47.

³³⁹ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.50.

construcción del objeto de estudio y, en general una perspectiva de la ideología práctica explicada en el acápite anterior.

Žižek argumenta contra la ‘perspectiva idealista’ en su ataque a la teoría de la sociedad posideológica y cínica de Sloterdijk:

“El nivel fundamental de la ideología, sin embargo, no es el de una ilusión que enmascare el estado real de las cosas, sino el de una fantasía (inconsciente) que estructura nuestra propia realidad social. Y en este nivel, estamos claros, está lejos de ser una sociedad posideológica.”³⁴⁰

Esto tiene una gran importancia para el presente trabajo. El asumir una posición epistemológica de esta naturaleza marca una diferencia en cuanto al tipo de análisis y el nivel de profundidad que este pueda tener. Teóricos del discurso como Van Dijk, proponen un análisis que no alcanza las dimensiones que puede tener en Žižek, en la medida en que su limitan a la ideología a un proceder consciente, y su perspectiva de la realidad no tiene este corte interpretacionista, mas sigue jugando con las definiciones tradicionales de significado, referente, etc.³⁴¹

En este sentido, una lectura de la doctrina de la Corte IDH que use las categorías de Van Dijk se circunscribe a un estudio del texto que podría quizás develar algunos síntomas, pero no llegar al punto nodal de imposibilidad que permite una crítica ideológica de la fuente de sentido del sistema. Se tiene entonces que en Žižek:

“...En contraste con la actual ‘crítica a la ideología’ que trata de deducir la forma ideológica de una sociedad determinada partiendo de la conjunción de sus relaciones sociales efectivas, el enfoque analítico apunta sobre todo a la fantasía ideológica eficiente en la propia realidad social.

Lo que llamamos ‘realidad social’ es en el último término una construcción ética; se apoya en un cierto ‘como si’ [...].”³⁴²

En otro escrito, *El espectro de la ideología*, de hecho Žižek explica usando categorías de Hegel, que no siempre se da el orden de la creencia derivada en práctica, sino que algunas

³⁴⁰ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, P.58.

³⁴¹ VAN DIJK, Teun A. *Ideología. Un enfoque multidisciplinario*. Editorial Gedisa. Barcelona, 2000. Ver Recuadro 2.

³⁴² ŽIŽEK, Slavoj, *vid supra* nota 6, p.65.

veces “el hacer” luego tiene un efecto sobre la conciencia y la creencia³⁴³. Lo que se denomina el “para-sí”, consiste en prácticas ideológicas, rituales e instituciones que generan creencias. Se trata pues de un mecanismo reflexivo, autopoietico³⁴⁴. Eagleton al explicar a Žižek, expresa que las definiciones tradicionales de ideología conciben a las prácticas sociales como reales, y las creencias que las anteceden falsas o ilusorias. Žižek invierte la oposición: para él la ideología estructura las prácticas sociales, de modo que la falsedad está en lo que se hace, más que en lo que se dice. Lo que se piensa de una situación está inscrito en esa situación; en eso consiste la ideología. Cuando se aplica esto al análisis particular de los DH, se pone sobre el tapete el tema de su auto-definición que ha sido tratado por Gaete, cuando se pregunta si el sistema de DH ‘tiene control’ sobre las afirmaciones que les interpretan³⁴⁵.

Debe tenerse claro entonces que la noción de ‘ilusión’ en Žižek se aleja de la “*problemática representacionista*”, como él la denomina. La llamada ideología, como se mencionó antes, no tiene que ver con la representación falsa ni con las categorías falso/verdadero. Sí tiene que ver no obstante con las relaciones de poder, elemento central en el análisis de Jameson y Žižek, y al cual se suma el desnudar en el sujeto las formas a las que recurre en busca de goce, ya sea mediante su identificación no demasiado deliberada a ciertos discursos o a la realización de determinados tipos de actividades y prácticas.

Se ha de enfatizar entonces, que en el análisis del discurso judicial no solo se busca develar relaciones de poder, de elementos retóricos que evidencien una intencionalidad. La reflexión crítica va más allá, al explorar las reglas de construcción del discurso y al hacer ver que las clases dominantes no están fuera de este, en la medida que actúen “como si”, y que los DH se vuelven una materialización de su objeto de deseo y su búsqueda de goce mediante mecanismos de transferencia. Así que, la clase hegemónica no trasciende la fantasía mas se encuentra inserta en ella. Lo anterior pese a que su capacidad de establecer el marco de algunas discusiones y las agendas, le permite la

³⁴³ ŽIŽEK, Slavoj, “El espectro de la Ideología”. En: *Ideología. Un Mapa de la Cuestión*, *vid supra* nota 89, p.16.

³⁴⁴ *Ibid*, p.21.

³⁴⁵ GAETE, *vid supra* nota 16, p. 4.

imposición de determinadas formas de saber y poder sobre otras, dentro del orden simbólico, idea desarrollada por Foucault.

A la vez, pese a que la crítica ideológica en Žižek no ha de limitarse a develar las relaciones de poder tras las narrativas³⁴⁶ como se acaba de decir, sí es un factor sumamente importante. No es un despedazar el discurso por hacerlo, como critica Sloterdijk, sino señalar que un determinado marco discursivo no es natural; que responde a una serie de eventos y relaciones concretos, para luego plantear alternativas o dotar de sentido desde otros significantes amo.

En síntesis, se identifica mediante en análisis del concepto de “ilusión ideológica”, tres aspectos de la crítica ideológica: a) la identificación de las relaciones de poder; b) la identificación de las reglas de elaboración del discurso y las prácticas “como si”; c) el objeto de deseo creado mediante mecanismos de transferencia para satisfacer el goce. Este se revela, como explica Jameson, en la escogencia de ciertos discursos y la ejecución de prácticas.

³⁴⁶ El concepto de “narrativas” se toma de LYOTARD. GAETE define también a los DH como una “gran narrativa”.

RECUADRO 3 El análisis ideológico de Van Dijk

Nos referimos específicamente al libro del reconocido teórico del discurso holandés: VAN DIJK, Teun .A Ideología. Un enfoque multidisciplinario. Editorial Gedisa. Barcelona, 2000.

Dicho autor realiza una definición de ideología en la que enfatiza que esta comprende tanto la creencia como la práctica social, y clasifica al discurso como práctica social (p.23 y 399). No obstante, a lo largo del libro tiende a apartar ideología y práctica social como dos momentos y espacios distintos (p.106-117). Por otro lado, también distingue que no toda creencia es ideológica (p.392).

Específicamente su definición es: "...*las ideologías pueden ser definidas sucintamente como la base de las representaciones sociales compartidas por los miembros de un grupo. Esto significa que las ideologías les permiten a las personas, como miembros de un grupo, organizar la multitud de creencias sociales acerca de lo que sucede, bueno o malo, correcto o incorrecto, según ellos, y actuar en consecuencia.*" (p.21).

Van Dijk parte pues del concepto de ideología como representación, a la vez que explícitamente se abstiene de valorar si dicha representación es 'falsa o verdadera' (relativo al 'valor epistémico' que eso pueda tener para un grupo, afirma) o 'buena o mala'. Aunque para este autor 'toda ideología es coherente', al menos dentro del grupo, y tiene una función de organizar las representaciones sociales colectivas (p.393-394) y las relaciones sociales de grupo (p.395) en un ámbito determinado. Para él, grupos de élite sobre todo, ejercen un control sobre la ideología y la imponen al resto en relaciones de dominación y conflicto, si bien considera también la existencia de ideologías de resistencia, de modo que no se trata solo de una construcción imaginaria de dominación hegemónica (p.397).

Finalmente, la ideología en este autor se vuelve un rejunto de opiniones compartidas de un grupo, y él mismo admite que su análisis teóricamente tiene deficiencias y solo tiene alcance para hacer lecturas de 'ideologías de grupo' (p.398-399).

Al analizar la propuesta de Van Dijk con las categorías teóricas de Žižek, se percibe que el análisis del primero es una forma tradicional de crítica ideológica, en la que se trata de identificar mediante el análisis del discurso y el contexto, la presencia de elementos retóricos y otras técnicas, con el objeto de evidenciar sus postulados de fondo y la forma en que los argumentos pueden ser falaces o mal contruidos, como en el caso del discurso racista. Ello podría sin embargo dejar por fuera el develamiento del significante amo y del plus de goce, así como los motivos estructurales que permiten el sostenimiento de una fantasía ideológica, que va más allá de opiniones conscientes y motivadas de un grupo de poder en un momento dado, y es la estructura de la realidad social, nunca consciente.

Ideología y utopía

La ideología es definida entonces como una matriz que genera y regula las relaciones entre "*lo visible y lo invisible, lo imaginable y lo inimaginable, y los cambios producidos en esta relación*"³⁴⁷. Con ello se refiere al manejo de la dinámica de saber cómo son las cosas realmente, pero actuar como si no se supiera. El Derecho podría verse entonces como una norma de regulación de algunas esferas de la fantasía ideológica, de la ilusión que estructura la relación efectiva con la realidad. La ideología tiene una construcción

³⁴⁷ ŽIŽEK, Slavoj, El espectro de la ideología. En: Ideología. Un mapa de la cuestión, *vid supra* nota 89, p.7

parecida a un sueño³⁴⁸ y, en este sentido, la única forma de romper el efecto que tenga en nosotros es decodificarlo y ver el deseo tras él, lo Real tras la ideología.

¿Y qué es lo real en una postura tan nihilista como la de Žižek? Existe un nivel pre-ideológico, que es la experiencia cotidiana. Sí hay pues una realidad, pero no es cognoscible como totalidad, precisamente porque se resiste a la totalización, a la simbolización y de hecho constituye el límite de la fantasía y la reflexividad absoluta. Es pues la incongruencia entre la “la imagen y el enunciado” lo que permite percibir la presencia de la ideología. La efectividad está, como ya se ha mencionado, cuando incluso las imágenes incongruentes se convierten en argumento de apoyo a la ideología.³⁴⁹ Por ejemplo, en el caso de Haití, el secuestro del presidente por parte de Estados Unidos no constituye una invasión a su soberanía, sino una forma de consolidarla, al permitir la paz y garantía de los DH en dicho país. La tortura de presos no es una violación de DH, sino casos justificados de violencia de Estado con el objeto de garantizar los DH de los demás, y proteger a la colectividad contra sujetos que son visualizados como terroristas y, en este sentido, como otra categoría de personas.

Eagleton señala que, el gran poder de la ideología, en el momento en el que se le vincula con la fantasía y lo inconsciente, es que las fantasías siempre “*apuntan a un principio que va más allá de ellas*”³⁵⁰. Con esto se trae a colación la utopía, una que no puede ser identificada con ningún sistema político. Más allá de la utopía está el principio del deseo, que ningún objeto es capaz de satisfacer, en la medida en que el goce y el deseo no son siquiera simbolizables.

Jameson, en el capítulo final de su trabajo *The Political Unconscious*³⁵¹, explica lo que él considera es la dialéctica entre utopía e ideología³⁵². Hace el vínculo mediante la teoría

³⁴⁸ ŽIŽEK, *vid supra* nota 6, p.79.

³⁴⁹ *Ibid*, p.80

³⁵⁰ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.238-239.

³⁵¹ JAMESON, Frederic. *The Political Unconscious. Narrative as a Socially Symbolical Act*. Cornell University Press. Nueva York, 1981.

³⁵² La perspectiva de Jameson de la ideología va enfocada a la legitimación de formas de dominación y a verla como una limitación estructural. Žižek, pese a que en la compilación *El Sublime Objeto de la*

marxista y su eje dialéctico en la lucha de clases. Sin referirnos directamente a su relación de las categorías marxistas, en resumen, para el autor estadounidense, toda ideología es una utopía, en tanto nace como el afán de un grupo por dominar a otro, el cual en su sometimiento quiere solidarizarse. De manera que los mecanismos ideológicos de manipulación nacen en una utopía de la clase dominante y su necesidad de explotación y, a la vez, reflejan la utopía de la clase subyugada, para la cual dicha utopía es el medio para consentir el mantenerse al margen de lo público³⁵³. Las clases dominantes utilizan la llamada “gratificación utópica” como forma de manipulación. En otras palabras, la naturaleza utópica es un incentivo para la cohesión ideológica y se expresa en forma de persuasión retórica.

Por tanto, la gratificación utópica y la manipulación ideológica son dos dimensiones del texto cultural (que es el tema del libro de cita), que conviven dado que toda ideología es utopía: es la construcción de la realidad a partir del deseo; la construcción de una realidad que pueda sostener ese goce mediante mecanismos de manipulación y coerción, dice el autor, aunque como se ha visto, la construcción ideológica no es enteramente un proceso deliberado.

La base del análisis de Jameson es el texto literario, pero sus conclusiones también pueden ser llevadas al discurso jurídico-político. **El discurso de los DH es el de “los débiles” en lenguaje de Nietzsche; una utopía de reivindicación frente al Estado y el poder para la clase subordinada y un mecanismo de legitimación (ante sí mismos y los demás) de su dominación de la clase hegemónica. El goce para todos está allí, en la anamorfosis ideológica de ser reconocido el individuo semánticamente como libre, en verse a sí mismo con un ser lleno de sentido, de dignidad y libertad. Es la fantasía social de la que habla Žižek de un mundo armónico.**

Ideología enfatiza las categorías lacanianas y los niveles inconscientes, en su obra posterior sí menciona en los mismo términos de Jameson la idea de la ideología como una función de dominación social.

³⁵³ La idea de la “privatización del individuo”, o de su alejamiento de la política se desarrolla en CASTORIADIS, Cornelius, El avance de la insignificancia. Editorial Universitaria. Primera Edición. Buenos Aires, 1997, cap. X.

La manipulación se hace en el nivel de la doctrina pero sobre todo de las prácticas sociales institucionales, que hacen que el discurso sea monopolizado por los jueces y, consecuentemente, la construcción de significados y la creación de instituciones sean realizadas desde los Estados hegemónicos y no desde los movimientos sociales, por ejemplo. Así, el discurso de la Corte IDH mantiene y legitima el *statu quo*; uno que siquiera es capaz de velar por la efectividad de sus resoluciones. En el caso de dicha Corte, cabe destacar no solo ese poder inconfeso tras un discurso de la verdad, sino el aspecto inconsciente y la convicción, la fe, en un sistema que se funda en principios religiosos.

b. La crítica ideológica

En la actualidad, se da un cuestionamiento de la utilidad de la noción de ideología. Esto por cuanto, como se ha podido constatar, se trata de una noción de carácter pluri-significativo, cuyo contenido ha variado con el tiempo y sobre la cual no hay consenso³⁵⁴. Sin embargo, se ha demostrado en párrafos anteriores cómo dicho concepto sí puede encontrar una delimitación particular y valerse de determinadas categorías para realizar lo que el Žižek denomina “la crítica posmoderna de la ideología”, la que inicia con “*la designación de elementos dentro de un orden social bajo la forma de ficción, relato utópico e historias alternativas fracasadas*”³⁵⁵.

El ‘gesto’ del postestructuralismo es, afirma el autor esloveno, la reconstrucción de toda entidad sustancial, la disolución de la red de relaciones diferenciales descubriendo el núcleo de goce, real, en torno al cual se estructura la interacción del significante. El caso de los DH, último estandarte de los esencialismos, parece hecho a la medida para el ejercicio de crítica ideológica. Como se mencionó en la introducción, las imposibilidades del discurso incluso en su plano semántico, hacen necesaria una reflexión acerca de su razón de ser.

³⁵⁴ ŽIŽEK, Slavoj, El espectro de la ideología. En: Ideología. Un mapa de la cuestión, *vid supra* nota 89, p.9.

³⁵⁵ *Ibid*, p.14.

La crítica a la auto-dispersión del concepto ‘ideología, en la medida en que no se puede tener una posición extra-ideológica³⁵⁶ (el “*ideal de inmanencia*” le llamaría Jameson), es superada por la simple admisión que ciertamente una ideología puede ser criticada desde otra. A esto Žižek sí es posible la crítica ideológica desde el movimiento, desde el sostenimiento de la tensión crítica mediante el cambio³⁵⁷.

Así también, al decir que pese a que la autoreferencialidad no permite ver una ‘realidad más allá’, los sucesos cotidianos sí ocurren, independientemente de la percepción que se tenga de ellos, y percepciones distintas a la dominante permiten evidenciar los sistemas de dominación y hegemonía discursiva. Otros elementos de realidad en la teoría de la ideología son el goce y el deseo, que parecen ser lo único genuino en el sujeto en la teoría lacaniana. El ejercicio de contraste de discursos se realiza por ejemplo en los análisis de Comunicación Política de la cultura de medios de comunicación, donde se observa el contraste entre la percepción de una determinada colectividad de un fenómeno, y la forma en que ese fenómeno es construido discursivamente e impuesto por los medios de comunicación masiva dominantes a la mayoría.

La crítica de la ideología en un nivel desnuda al sujeto. En otro, deja al descubierto las relaciones sociales tras la fantasía. En un tercer nivel, en el que se privilegie lo que Žižek denomina “*valor cognitivo inherente de la ideología*”, logra ubicar diferentes situaciones históricas concretas, eventos, líneas de pensamiento, que permiten comprender el origen y sentido de la fantasía.³⁵⁸

Pese a lo desafortunado de la expresión ‘*valor cognitivo inherente*’ se entiende que este es un elemento de la llamada “definición débil” de la ideología que permanece en el imaginario colectivo como una de sus principales significaciones y se traduce en “*complejo de ideas, convicciones, teorías, procedimientos argumentativos*”.³⁵⁹ Desde esta perspectiva, tiene sentido tanto intentar comprender el pensamiento social tras la

³⁵⁶ En este sentido afirma EAGLETON: “La ideología, como el mal aliento, es en este sentido, lo que tiene la otra persona”. *Vid supra* nota 201, p.20

³⁵⁷ ŽIŽEK, *vid supra* nota 256, p.32-34.

³⁵⁸ *Ibid*, p.16.

³⁵⁹ *Ibid*, p.16.

ideología (liberalismo, ilustración, modernidad), como realizar una crítica que evidencie la lógica tras la fantasía; la lógica de goce, la de sostenimiento de determinadas relaciones, la de la construcción de la identidad, la ‘naturalización del orden simbólico’. Ambos niveles de análisis pretenderán en última instancia poner en evidencia los procesos discursivos de generación de sentido.

Tanto los niveles consciente e inconsciente de la propugnación de doctrinas de la verdad como los DH, pueden ser develadas mediante la lectura de los síntomas. Un síntoma que Žižek evidencia en el caso de los DH es la violencia, la minimización del otro, en contraposición con el discurso que justifica dicho proceder³⁶⁰. El descubrimiento de las relaciones de poder tras las rupturas, los ‘espacios en blanco’, ‘los deslices’, sería la aplicación práctica de una teoría de la ideología postmoderna.³⁶¹ Así también, un ‘descubrir las presuposiciones pragmáticas tras el contenido del texto explícitamente enunciado’.³⁶² En cuanto a esta última afirmación, Žižek la realiza partiendo de la teoría de Habermas, desde la cual vale hablar de un texto en tensión, una comunicación distorsionada de manera sistemática.

El objetivo del análisis crítico es entonces discernir el proceso encubierto por las supuestas relaciones ‘apolíticas’ o ‘prepolíticas’, mediante el descubrimiento en primera instancia del *point de capiton* articulador³⁶³. Así por ejemplo, es evidenciar la lógica tras una organización de DH o una Corte IDH que declaran ser apolíticas y basarse solo en el respeto e interpretación de la Declaración Universal de DH o la Convención Americana de DH, respectivamente. O bien, comprender las implicaciones de una afirmación como la de Rawls, acerca de una ‘posición original’ o una ‘sociedad bien ordenada’.³⁶⁴

³⁶⁰ ŽIŽEK, Slavoj, “Against Human Rights”. Conferencia impartida en el “Great Hall” de las Cortes Reales de Justicia. Londres, 18 de mayo de 2005.

³⁶¹ La terminología usada es de ŽIŽEK, *op. cit.*, p.17.

³⁶² *Ibid.*, p.18.

³⁶³ ŽIŽEK, Slavoj, en cuanto a lo apolítico y prepolítico, *op. cit.*, ŽIŽEK, Slavoj “Against Human Rights”. En cuanto al análisis ideológico como el aislamiento del *point de capiton* totalizador, *vid supra* nota 6, p.127.

³⁶⁴ RAWLS, John, *vid supra* nota 39.

En su capítulo sobre el atravesamiento de la fantasía social, Žižek expresa lo que sería para él un análisis ideológico completo. Este incluye, como ya se había mencionado, dos niveles³⁶⁵:

1. NIVEL DISCURSIVO. La lectura sintomática del texto ideológico que conlleva el análisis de sus significados. Para ello, se empieza por identificar los puntos nodales, para acabar con su efecto totalizador sobre los significantes flotantes y de esta manera determinar la red de sobredeterminación simbólica. El significante amo es la propia imposibilidad del edificio ideológico, y es eso lo primero que hay que definir en el discurso judicial de análisis. Esta es una forma de análisis de discurso, enfocada en una especie de deconstrucción del texto ideológico. El valor de esto se encuentra, apunta Salas, en descubrir las estructuras del espacio donde se reconoce o cree un determinado discurso. De esta manera se descubre la relación entre quienes ejercen el poder y quienes sufren sus efectos³⁶⁶.
2. NÚCLEO DE GOCE. Es el efecto pre-ideológico, oculto tras el significado y cubierto por la fantasía. Este nivel es más difícil de identificar, pero es importante tomarlo en cuenta. Al hacerlo, se considera que se previene de reducir a la ideología a un proceso enteramente consciente y deliberado, y se pasa al nivel más existencial del cuestionamiento de la realidad y la identidad mismas; a la desmitificación del sujeto y su puesta en escena como un ser vulnerable, alienado y controlado por sus propio deseo inexplicable y no simbolizable, que constituye su núcleo ontológico en Lacan. Žižek da el ejemplo concreto del trato a los judíos, la forma en que son percibidos, como síntoma de un antagonismo social, donde el núcleo de goce es la cobertura de ese antagonismo mediante la representación desfigurada de los judíos, que cautiva el deseo de quienes así los miran.

En el artículo “*El Espectro de la Ideología*”, Žižek da una perspectiva adicional acerca de la crítica ideológica utilizando algunos elementos de Derridà. Toma la noción de “espectro”, la cual se define como la cuota de indeterminación radical en toda ficción simbólica. Al igual que en la teoría de la imaginación, se parte de que una significación

³⁶⁵ Vid en este sentido, ŽIŽEK, *supra* nota 6, p. 171 y 175.

³⁶⁶ SALAS, *vid supra* nota 83, p.55

social imaginaria siempre tendrá dos aspectos: el funcional y el simbólico. Dentro del simbólico entra un poco de la indeterminación propia de una realidad no totalizable, incomprendible, incontenible.³⁶⁷

Žižek modifica el contenido del concepto de ‘espectro’. Este ya no solo se referirá a lo no captable por el proceso cognoscente debido a las limitaciones propias de este (reflexividad), sino que incluirá aquello que es reprimido. Es eso que “*debe ser excluido para que la realidad social pueda constituirse*”. Dicho espectro, constituye el sostén último de la crítica ideológica. Lo extraideológico no es lo que se busca, porque se considera que no puede ser conocido, sino lo que se reprima en pos del mantenimiento de determinadas formas de dominación social³⁶⁸. Ese núcleo traumático no simbolizable se expresa en distorsiones y en desplazamientos imaginarios. En este sentido afirma Lacan: “*la distorsión y la disimulación son reveladoras por sí mismas.*”³⁶⁹

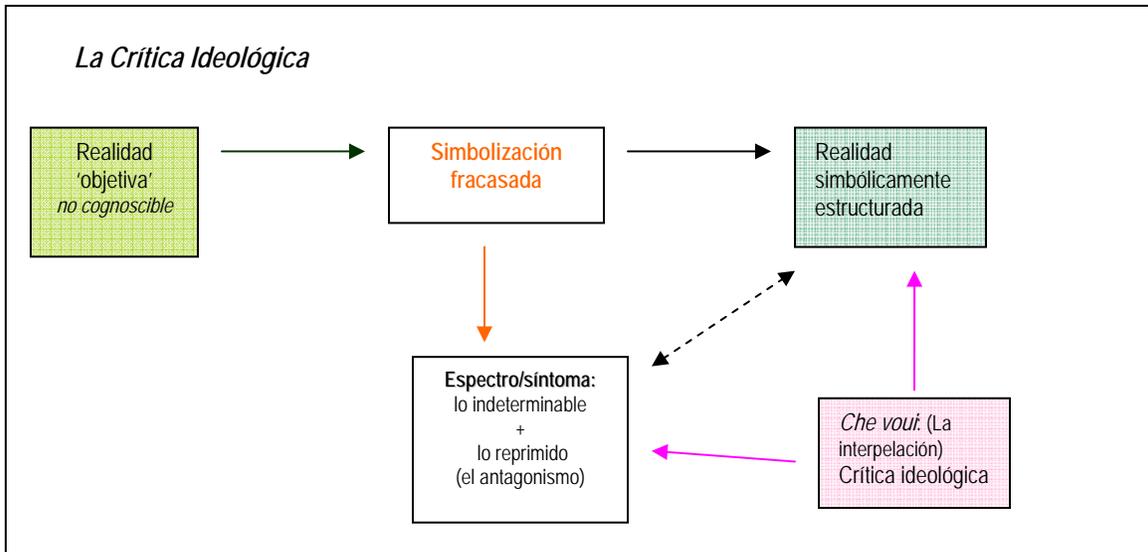
El espectro es visto como un antagonismo entre dos opuestos que luchan por la posición hegemónica. Žižek habla de una “*polaridad complementaria de los opuestos*” en tanto estos comparten el mismo terreno discursivo. Este puede tener potencialidad científica y ser expresado en conceptos teóricos estrictos, o puede ser una realidad ideológica que desconoce sus propios mecanismos de funcionamiento normal.³⁷⁰ En cuál categoría se encuentra el discurso de la Corte, está por verse. Mas, la potencialidad científica está en gran medida determinada por la precisión de la terminología, cosa que no ocurre con la idea de DH en general.

³⁶⁷ ŽIŽEK, *vid supra* nota 257, p.30

³⁶⁸ *Ibid*, p.32-34.

³⁶⁹ *Ibid*, p.37.

³⁷⁰ *Ibid*, p.34.



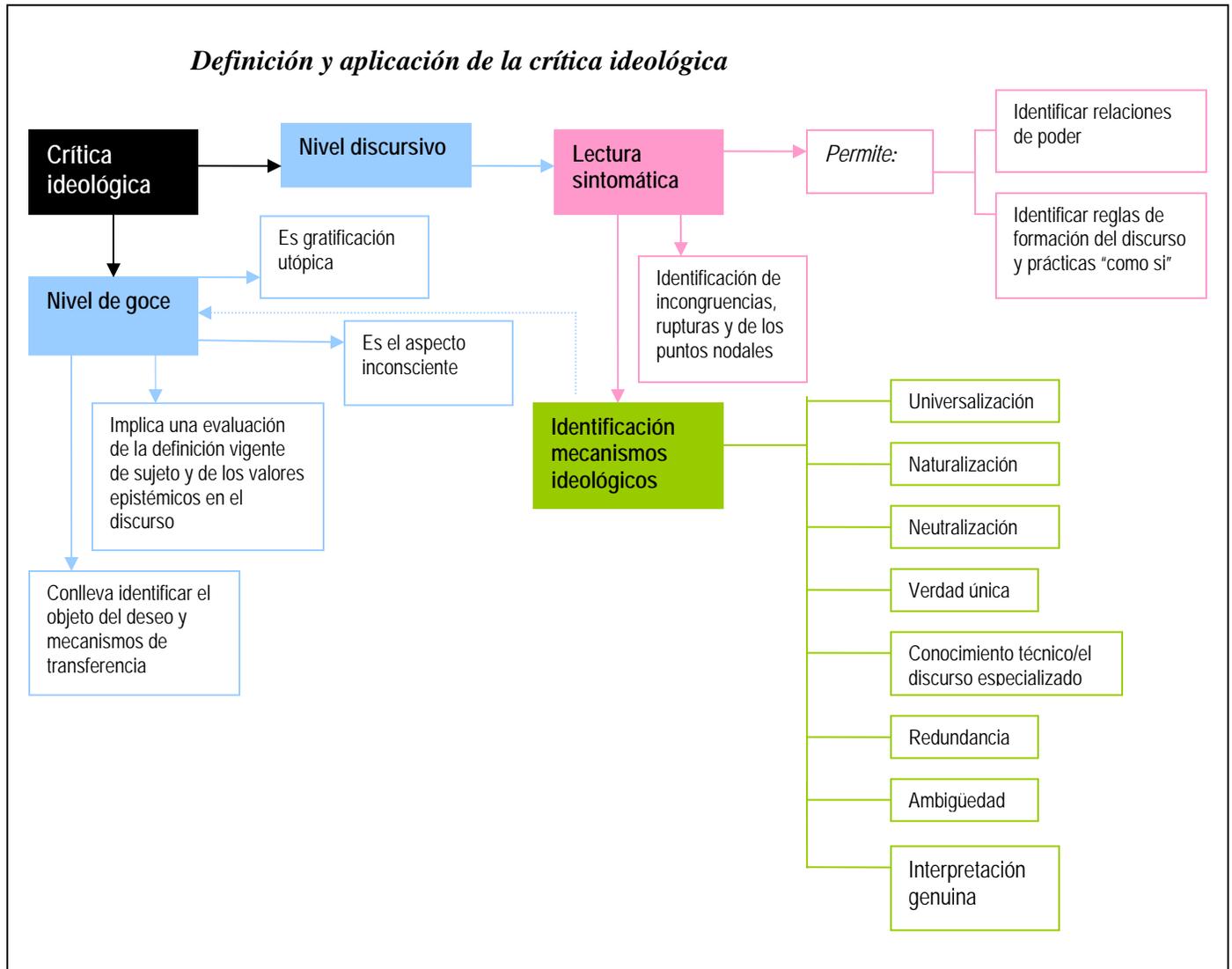
Fuente: Elaboración propia a partir de teorías de ŽIŽEK y DERRIDÀ (*Ideología. Un mapa de la cuestión*, p.28-37)

c. Mecanismos ideológicos: “una resolución imaginaria de contradicciones reales”

La ideología parece recurrir a procesos típicos, casi característicos, que la evidencian como tal. Las que se han identificado de la lectura de autores como Žižek e Eagleton son: la universalización, la naturalización, la afirmación de la verdad única, la neutralización (a-politización), el discurso especializado, la ambigüedad y la redundancia. Jameson también menciona la interpretación genuina que devela “el verdadero sentido”. Como puede notarse, todos ellos pueden encontrarse en el discurso de los DH. Incluso, los DH pierden sentido, se desarman, cuando se les priva de la posibilidad de apelar a recursos como la universalidad, la naturalización, la neutralización o el discurso especializado.

Como parte del análisis ideológico, es importante tener en cuenta la definición que se ha dado de estos “mecanismos” o “estrategias” ideológicas. El hacerlo permite cumplir las metas de la crítica, tendientes a poner en evidencia los procedimientos discursivos de generación de sentido. El siguiente mapa conceptual realiza el vínculo entre el desarrollo que se hizo anteriormente de la crítica ideológica, con los mecanismos ideológicos que serán expuestos en este acápite. La identificación de los mecanismos ideológicos es

considerada en el marco metodológico de este trabajo, como parte de la lectura sintomática que se hace en el nivel discursivo. No obstante, ellos pueden dar luz de aspectos relativos al nivel de goce, el cual nunca parece estar explícito en el texto.



Fuente: elaboración propia. 2007.

Eagleton define las “estrategias ideológicas” como mecanismos mediante los cuales un “poder dominante” logra legitimarse³⁷¹. Puede no obstante tratarse de mecanismos de persuasión de diversos tipos de discursos, no solo uno dominante. De primera entrada lo anterior pareciera más bien mecanismos retóricos, como los utilizados en el discurso

³⁷¹ EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.24-25.

político y entonces no parece haber mayor diferencia entre modos de manipulación y persuasión mediante el lenguaje de un determinado auditorio, y mecanismos ideológicos. La similitud no es de extrañar en la medida en que la base de la teoría de la ideología de Žižek parece ser una combinación entre varias corrientes, algunas de las cuales dan un rol central al lenguaje y su manejo. Así también, la cercanía se da porque el análisis ideológico se efectúa en el discurso identificando estas formas retóricas, paradojas y contradicciones lógicas. La diferencia está en que estos mecanismos muchas veces no son utilizados de forma deliberada sino inconsciente, o bien, se sabe que un discurso no es eterno por ejemplo, pero se actúa “como si” lo fuera.

Se trata de argumentos que llegan a sustentar durante un tiempo prolongado un discurso y tienen una gran efectividad sobre un colectivo numeroso que interioriza estos mecanismos como un sentido común y una identidad. No resulta una estrategia temporal, como las usadas por candidatos en una campaña electoral, para convencer a los potenciales votantes. Se trata de la legitimación de un orden social, de generar sus condiciones mismas de posibilidad y de sentido, al ocultar efectivamente la imposibilidad.

Eagleton menciona que toda estrategia ideológica tiene una función mistificadora. Alude a un enmascaramiento, a una supresión de los conflictos sociales³⁷². Žižek coincide en este punto al referirse a estos mecanismos o procedimientos como “*resoluciones imaginarias de contradicciones reales*”. El autor inglés dedica un capítulo entero los procedimientos ideológicos, por lo cual establece fronteras a su ámbito de definición. Estas podrían resumirse en:

a) lo que se narre sea propuesto como un hecho que está siendo ‘descrito’ y sea ‘cierto’, pero por el “*contexto discursivo en el que se narra*”, lo que se quiere es que tenga un efecto disuasorio y hasta de engaño. Lo anterior podría más bien explicarse en términos de la definición de ideología, y decir que una valoración es presentada como un juicio de hecho.

³⁷² *Ibid*, p.24-25.

b) Que el enunciado sea “*verdadero en lo que afirma y falso en lo que excluye*”. El énfasis está en lo que queda fuera, en el espectro, que es ocultado. Se puede agregar que, entre lo que queda fuera usualmente está la intencionalidad del emisor. Así también, que para la construcción de determinadas nociones o argumentos, deben excluirse otros. Finalmente, las definiciones, como menciona Nino, particularmente cuando se trata de construcciones normativas, establecen el grupo que será beneficiado y las reglas para pertenecer o considerarse parte de ese grupo. Así, parte de eso que queda fuera son aquellos que quedan excluidos del grupo;

c) Autoengaños a partir de la construcción de cierta imagen de sí mismo. Si bien esto parece tener relación con el elemento identidad de la ideología, para fines metodológicos parece tener poca utilidad.

En resumen, Eagleton explica que los mecanismos ideológicos operan como medios para “falsear” la realidad social suprimiendo o excluyendo rasgos impresentables de esta o sugiriendo que dichos rasgos no pueden ser evitados. Esto permite a las personas, tanto de las clases dominantes como las subordinadas, aceptar un orden social pensándolo justo y razonable. Los mecanismos ideológicos les permiten vivir bajo la idea que si hay injusticias, están en vías de ser corregidas, o que están compensadas por beneficios mayores, que son inevitables, o que son en realidad injusticias. Al igual que apuntó Ferrajoli, este autor inglés menciona que “*los enunciados ideológicos pueden ser verdaderos en relación con la sociedad en su estado actual, pero falsos en cuanto sirven para descartar la posibilidad de una situación transformada.*”³⁷³

La universalización

La universalidad es un tema ampliamente discutido en relación con los DH y, de hecho, se ha venido mencionando a lo largo de este texto. En la segunda parte se verá nuevamente pero en relación directa con la doctrina de los DH. Por lo pronto, cabe señalar aspectos más generales. En primer término, el vínculo del término

³⁷³ *Ibid*, p.51.

“universalidad” con la discusión entre el multiculturalismo relativista y quienes proponen que los DH son universales, cueste lo que cueste, independientemente de si son o no aceptados.

Con respecto a esto, Žižek manifiesta – siguiendo a Badiou en la lectura del pluralismo como un universalismo – que el universalismo no naturalizado es una posición de lucha consciente y que toda forma de pluralismo lo presupone. Esto como crítica al multiculturalismo o relativismo cultural anti-universalista, el cual, tal y como está planteado, Žižek considera que es solo una forma de limitar las expresiones políticas al respeto de los aspectos más superficiales del otro, aquellos que no implican un cambio de orden³⁷⁴.

Por consiguiente, la “*política de la identidad*” conlleva a un “*auto-apartheid*”³⁷⁵ o lo que Castoriadis llamaría un acto de privatización. Tanto una política de esta clase, como una universalidad naturalizada, se constituyen en lo que el autor esloveno denomina desdoblamiento del poder para ocultarse a sí mismo y operar de manera efectiva.³⁷⁶

En relación con la universalización como medio de imposición ideológica y la identidad, Eagleton menciona la relación que hace Adorno entre el fetichismo de la mercancía e ideología. Adorno explica que “*el mecanismo del intercambio abstracto*” es el secreto de la ideología. Según dice, el intercambio lleva a cabo un mecanismo de igualación entre cosas que son inconmensurables, lo cual sucedería también con el pensamiento ideológico. Dicho pensamiento se ve trastornado ante “*la visión de ‘la otredad’; aquello que amenaza a rehuir a su propio sistema cerrado, y lo reduce violentamente a su propia imagen e identidad.*”³⁷⁷ Este sería pues el principal resultado de la universalización. Jameson por su parte, afirma sobre esto que la operación fundamental de toda ideología

³⁷⁴ Lo relativo a pluralismo, basado parcialmente en declaraciones dadas por ŽIŽEK en: FERREYRA, “La Ideología Funciona cuando es Invisible”. Entrevista realizada a Slavoj ŽIŽEK. En: Periódico La Voz del Interior. Córdoba, 2003.

³⁷⁵ Idea mencionada en ŽIŽEK, Slavoj, “Human Rights and its Discontents”. Conferencia impartida en Bard Collage. Nueva York, 15 de noviembre de 1999. En: Lacanian Ink. <http://www.lacan.com/zizek-human.htm>

³⁷⁶ *Ibid.* .

³⁷⁷ EAGLETON, *op. cit.*, p.167-168.

es la oposición binaria rígida entre “*lo de uno mismo o conocido*”, que se valora positivamente, y lo otro o lo distinto de lo propio, que se expulsa fuera de los límites de lo inteligible.³⁷⁸ Toda universalización paradójicamente implica una exclusión absoluta, una invisibilización total de aquello que no está contenido en sus premisas.

Volviendo a Adorno, el autor inglés explica que para él la ideología sería entonces una forma de “*pensamiento de la identidad*’, *un estilo de racionalidad veladamente paranoide que de manera inexorable transmuta la singularidad y pluralidad de las cosas en un mero simulacro de sí mismo, o las expulsa fuera de sus fronteras en un acto de exclusión movido por el pánico.*” La universalización tiene aquí nuevamente un vínculo con el discurso pluralidad-singularidad. Adorno menciona cómo la pretendida universalidad no es más que un pensamiento ideológico reflexivo que construye identidad y la impone, en un terror perpetuo del Otro y proponiendo que ese pensamiento universal carece de fronteras e inicios. **La conclusión es que, viendo a la ideología desde el mecanismo de universalización y la lógica de la identidad, su contrario no sería la verdad o el acierto, sino la diferencia, la heterogeneidad.**

Un tercer punto es la forma en que la universalización sirve para imponer los intereses de un grupo sobre otros. Esto se ve en los anales de los DH, como ya se explicó, cuando la clase burguesa universaliza su lucha incluyendo otras clases en su estamento, con el objeto de darle mayor fuerza, aunque al final de la revolución, como lo señaló Marx, el beneficio fue para la burguesía, y muchos aspectos estructurales del sistema político del momento quedaron intactos incluyendo la situación de las clases más pobres y las mujeres.

Žižek explica esto como la contradicción en la “*determinación oposicional*”. Es decir, cómo los intereses de mi grupo son universales, pero no los del tuyo. Soy yo quien marco la línea divisoria entre la relevancia de ciertos intereses y los restantes. Consiste pues en el hecho de que finalmente, los intereses universales, los derechos universales, son los

³⁷⁸ *Ibid.*

intereses y derechos de un grupo.³⁷⁹ El grupo no sería otro que el hegemónico, que crea, en términos de Laclau, una “*universalidad hegemónica*” que constituye los vínculos sociales³⁸⁰.

Eagleton explica que en la *Ideología Alemana* de Engels y Marx, se menciona a la universalización como un mecanismo racionalizador que oculta las contradicciones de los intereses de un grupo y “los de la sociedad”. Existe pues una relación entre la universalización, la eternalización y la naturalización³⁸¹, en la medida en que aquello que es universal suele considerarse natural, y viceversa. Sin embargo, Eagleton considera que ambos mecanismos no son sinónimos³⁸² y no siempre los postulados ideológicos son presentados como naturales y evidentes, aunque sean impuestos de manera universal. Habría que determinar si ambos mecanismos – universalización y naturalización - operan mediante los mismos argumentos, o desde líneas de pensamiento distintas, en el caso de los DH. Eagleton lo propone de la siguiente manera:

*“Cuando la clase media era aún una fuerza política emergente, su grito unificador revolucionario de libertad era sin duda, entre otras cosas más nobles, una racionalización de la libertad de explotar, y tuvo la intención tanto de universalizar sus valores (apelando a una ‘humanidad’ abstracta frente al sectarismo del orden tradicional) como naturalizarlos (invocando ‘derechos naturales’ frente a la mera costumbre y privilegio).”*³⁸³

En general, el común denominador de universalizar y naturalizar es que ambos mecanismos logran vincular un discurso ideológico con la trascendencia, con algo más allá de sí mismos, lo cual le protege de la crítica.

³⁷⁹ En cuanto a la contradicción en la determinación oposicional en la lógica universal, ver: ŽIŽEK, *vid supra* nota 69. En: LACLAU, *vid supra* nota 69.

³⁸⁰ BUTLER, Judith, LACLAU, Ernesto y ŽIŽEK, Slavoj, Contingencia, Hegemonía y Universalidad. Diálogos Contemporáneos en la Izquierda. Fondo de Cultura Económica. Argentina, 2003.

³⁸¹ EAGLETON, *op. cit.*, p.84.

³⁸² *Ibid*, p.88.

³⁸³ *Ibid*, p.91.

Naturalización

La naturalización se relaciona con la transformación de una condición histórica limitada en un evento situado en un tiempo continuo, eterno. Žižek le llama situar al evento histórico en una “*contingencia sin sentido de lo real*”³⁸⁴. Independientemente de las reservas que se tenga con respecto a la aceptación de la historia y el *continuum* histórico como formas válidas de explicar la realidad,³⁸⁵ la naturalización se refiere a ubicar un evento más allá de la temporalidad material, hacerle tal que no parezca tener principio ni fin. Tal es el caso de los DH. Por otra parte, lo natural no corresponde necesariamente con aquella realidad ininteligible. Se presenta tan solo en el orden de las cosas como algo que siempre ha sido. Algunas veces será también razonable y lógico, otras, incluso amable.

Anteriormente se había mencionado la relación hecha por Eagleton entre el concepto de “*habitus*” de Bordieu y el de ideología, de modo que ambos culminan en una naturalización de la historia o lo que Barthes llamaría la ‘naturalización del orden simbólico’. La naturalización es el mecanismo que permite a la ideología su máxima expresión, cual es limitar el deseo y la conciencia de los individuos a los límites mismos del sistema dominante. Que no se visualice más allá de las fronteras de un determinado universo ideológico:

“Un orden social se esfuerza por naturalizar su propia arbitrariedad mediante esta dialéctica de aspiraciones subjetivas y estructuras objetivas, definiendo cada una en términos de la otra; de modo que la condición ‘ideal’ sería aquella en la que la conciencia de los agentes tuviese los mismos límites que el sistema objetivo que da lugar a ella”.³⁸⁶

³⁸⁴ ŽIŽEK, Slavoj, “El Espectro de la Ideología”. En: *Ideología. Un mapa de la cuestión*, *vid supra* nota 89, p. 9

³⁸⁵ En este sentido TIRADO y MORA, *vid supra* nota 242, p.13. El tiempo y lo histórico como paradigmas interpretativos. Sobre todo el gesto global que implica hablar de “la historia” como totalización de lo vivido, como una apropiación en la que no cabe la duda ni la oscuridad. El recurso histórico es para estos autores un dispositivo exclusivo de creación de conciencia política práctica en el siglo XIX y uno de los últimos discursos universales. Explican cómo Foucault identificó que en esa época, el espacio era lo muerto, lo fijo y el tiempo lo rico, lo fecundo, lo vivo.

³⁸⁶ EAGLETON, *op. cit.*, p.206.

Mediante el proceso de naturalización, que Bordieu denomina “*doxa*”, la ideología vuelta sentido común se distancia de la sociedad y se salva de la crítica. Como se había mencionado en el acápite anterior, la naturalización resulta el rasgo típico de la ideología, ese gesto de presentarse obvia que mencionan autores de Lucács a Barthes: “*la ideología congela la historia en una ‘segunda naturaleza’, presentándolo como algo espontáneo, inevitable e inalterable. Es esencialmente una reificación de la vida social.*”.³⁸⁷ Eagleton cita un párrafo de *Mitologías* de Barthes, en el que se explica al mecanismo en cuestión:

*“el mito no niega cosas sino que, por el contrario, tiene como función hablar sobre ellas; simplemente las purifica, las vuelve inocentes, les da una justificación natural y eterna, les da una claridad que no es la de una explicación sino la de un enunciado de hecho.”*³⁸⁸

Aquí se hace una equivalencia entre mito e ideología. Ambos términos en algunas ocasiones han sido utilizados de manera similar y, en ambos tiende a primar la connotación peyorativa. Para Barthes, explica Eagleton, el signo ‘sano’ es el que “*desvergonzadamente muestra su propia gratuidad, el hecho de que no hay un vínculo interno o autoevidente entre él mismo y lo que representa*”. El significante no-sano – mitológico o ideológico – es aquel que “*elimina la radical falta de motivación, suprime el trabajo simbólico que lo produjo y así nos permite considerarlo ‘natural’ y ‘transparente’.*”.³⁸⁹

En el mecanismo de naturalización, la naturaleza es conceptualizada como algo “*masivamente inmutable y duradero*”.³⁹⁰ No corresponde siquiera a lo Real en términos lacanianos, sino a un *in hilo tempore*, una eternidad trascendental, un eterno retorno, una dimensión estática. En cuanto a esto, Sloterdijk señala cómo la naturalización como aporte humano, inicia como una ‘ingenuidad voluntaria’, un preferir creer, para luego convertirse en un sentido común en el marco del cual las personas actúan ‘como si’ todo aquello fuere cierto:

³⁸⁷ *Ibid*, p.87-88.

³⁸⁸ *Ibid*, p.255.

³⁸⁹ *Ibid*, p.257.

³⁹⁰ *Ibid*, p.89.

“La apelación a la ‘naturaleza’ siempre tiene que significar ideológicamente algo porque crea una ingenuidad artificial. Cubre la aportación humana y afirma que las cosas se dan por naturaleza, desde el origen en el ‘orden’ en el que nuestras representaciones siempre ‘interesadas’ les señalan. En todos los naturalismos se dan principios de ideologías de ordenamiento. Todo naturalismo comienza como ingenuidad voluntaria y termina como ingenuidad aprendida.”³⁹¹

En este sentido, Barthes menciona que la ideología precisamente despoja de “su sentido humano” a las cosas, para que parezca que el significado no viene del ser humano sino que es natural.³⁹²

Eagleton menciona la relación entre el carácter obvio que presenta la ideología y su falta de autorreflexión. Alega que a alguien *“le resultaría imposible sostener concepciones ideológicas y a la vez ser consciente de lo que son. Las ideologías son discursos incapaces de curvarse críticamente sobre sí mismos, y están cegadas a sus propias bases y fronteras”*.³⁹³ En lo relativo a esto cita también a Weber, quien explica cómo opera este mecanismo en el caso del ordenamiento jurídico y hacer ver que la obediencia se basa en buena medida en la rutina más que en la obligación moral o el miedo:

“las amplias capas de los partícipes se conducen de acuerdo con el orden jurídico, bien porque el mundo circundante lo aprueba y reprueba lo contrario, bien por una nueva habituación rutinaria a las regularidades de la vida arraigadas en calidad de costumbres; pero no por una obediencia ‘sentida’ como obligación jurídica.”³⁹⁴

Eagleton va más allá y afirma que, *“si la ideología se conociese como tal, al instante dejaría de serlo, igual que si un cerdo supiese que era cerdo, al instante dejaría de serlo”*. Este último punto no cabe en la definición que se maneja de ideología, en la medida en que ya se determinó que no se trata de un fenómeno de la conciencia, no se trata de una falsa conciencia o creencia. Como afirma Žižek en respuesta a Sloterdijk (quien afirma que los emisores del discurso saben que es ideológico, pero no les importa el cinismo), la ideología se expresa en el hacer, en la praxis social más que en el saber. De modo que el cerdo puede ser consciente de su condición y situación, mas seguir

³⁹¹ SLOTERDIJK, *vid supra* nota 23, p.115.

³⁹² SALAS citando a Barthes, *vid supra* nota 83, p.37.

³⁹³ EAGLETON, *op.cit.*, p.90.

³⁹⁴ *Ibid*, p.45.

actuando como si no lo supiera. Mientras siga actuando como un cerdo por convicción o por costumbre, la ideología se considera funcional.

Un elemento adicional a considerar en el uso del mecanismo de naturalización en un contexto judicial, es el realismo moral. Este consiste en valorar los juicios morales en términos de verdad o falsedad, por lo que pueden ser objeto de argumentaciones lógicas.³⁹⁵ Así, lo dicho por Bobbio y Mateucci acerca de la imposibilidad de valorar afirmaciones prescriptivas como si fuesen descriptivas y, en este sentido, la inutilidad de juzgar la ideología por su veracidad en vez de su funcionalidad, son puestas en duda en una lógica como el realismo moral. Este puede ser visto dentro del mecanismo de naturalización, como un medio para dar mayor solidez a un determinado discurso.

Valdría determinar si la Corte IDH se refiere a sus propias afirmaciones – de la forma en que lo criticó Gaete para la Corte Europea de DH – como afirmaciones de verdad únicas, producto de una argumentación lógica. Una perspectiva sí podría ampararse en dos líneas de pensamiento. La primera, la confusión realizada por la Corte entre un argumento válido y uno verdadero, donde la validez de la argumentación conlleve a su naturalización. La segunda, a que se considere que las afirmaciones de DH, de corte moral, son datos y, en esta medida, las deducciones e interpretaciones realizadas de las normas de DH pertenecen más al orden de las descripciones y análisis, que las valoraciones y decisiones. Como se ha explorado en acápite anteriores, la apelación de la Corte IDH y otros organismos internacionales de DH a esencialismos e interpretaciones normativas, sugieren más bien el uso del mecanismo ideológico de naturalización como forma de legitimar sus decisiones políticas sobre un asunto determinado.

Neutralización

El mecanismo de neutralización se refiere a una *desconflictualización* de los espacios. Asuntos que anteriormente pudieron haber sido considerados como políticos y por ende,

³⁹⁵ *Ibid*, p.39-40.

sujetos a discusión por parte de grupos con diversos intereses, o por un plenario, pasan a ser considerados asuntos jurídicos, por ejemplo. En tanto jurídicos, su resolución está en manos de jueces o académicos o técnicos, quienes usarán su conocimiento especializado para resolverlos. Una de las críticas más importantes realizadas por Žižek a los DH es precisamente la apolitización de conflictos importantes, al traducirlos al impreciso lenguaje de los DH. Gaete y otros autores también mencionan la neutralización con respecto a la Corte Europea de DH y a las Cortes Constitucionales, mas llamándola “judicialización de la política”. Discusiones que anteriormente debían ser resueltas por el congreso, son ahora violaciones de DH:

“Algunos valores sociales se han modificado con mayor rapidez que las leyes que deberían encarnarlos, porque el procedimiento parlamentario es laborioso y fácil de bloquear por grupos interesados en ello. En un caso de conflicto entre nuevos valores y normas legales se recurre a la intervención judicial que sustituya a la acción legislativa. Esta intervención judicial modifica la interpretación tradicional de las normas existentes o rellena algunos vacíos legales para atender nuevas preocupaciones sociales: despenalización del aborto o de la eutanasia...etc...”³⁹⁶

Ante una crítica como la anterior, que hace ver que el poder político escoge ámbitos menos concurridos para la toma de decisiones importantes, ha habido reacción por parte del poder con un argumento ya perfilado como ideológico, cual es presentar una fractura en la fantasía ideológica como una justificación del orden existente. Hacer ver la incongruencia como parte natural y consecuente del orden actual de las cosas. Véase por ejemplo el siguiente fragmento de la controvertida resolución de del 2003 de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre la reelección presidencial:

“La mal llamada “judicialización del poder político” (en realidad es un ajuste al orden jurídico de tal poder), implica imponerle un conjunto de límites materiales y formales, que lo alejen de decisiones convenientes a los intereses de sub-grupos, o explicables por circunstancias transitorias y situarlo en la dimensión donde se decide de acuerdo con la voluntad del constituyente originario. En la dialéctica Derecho-Poder, la lucha contra la arbitrariedad se ha manifestado como una inclinación a favor de lo jurídico, en detrimento de lo circunstancialmente político, o sea privilegiar a la norma histórica y socialmente aceptada, frente al criterio de los

³⁹⁶ VALLÈS, *vid supra* nota 124, p.225.

legisladores de turno".³⁹⁷

El acto de neutralización no es inocente. Puede extenderse a asuntos pasados, presentes o futuros. La descripción neutral del pasado histórico, apunta Žižek, sirve a los propósitos presentes de un proyecto político de poder.³⁹⁸ La definición de Žižek de "lo político", para contraponerlo a "lo neutral", es cualquier acto que no sea puramente instintivo, pura reacción:

*"Concibo la noción de lo político en un sentido muy amplio. Algo que depende de un fundamento ideológico, de una elección, algo que no es simplemente la consecuencia de un instinto racional. En este sentido, sostengo que nuestras creencias privadas, en el modo en que nos comportamos sexualmente o en lo que sea, son políticas, porque es siempre el proceso de elecciones ideológicas y nunca es simplemente naturaleza."*³⁹⁹

De la definición anterior, se resaltan dos aspectos. En primer lugar, Žižek concibe lo político como aquello vinculado a la toma de una decisión basada en un sentido común, un universo ideológico, y no un mero reflejo, reacción o instinto. Concibe cualquier decisión como vinculada al universo simbólico e ideológico, y a toda decisión no fisiológica digamos, como política.

El uso del discurso neutral, impersonal, permite hacer prevalecer cierto modo de ver las cosas, el cual se ve como el único, a la vez que se limita la posibilidad de discursos alternativos. Una forma usual de neutralización es la universalización en formas jurídicas de las formas de poder⁴⁰⁰. El poder es oculto tras palabras como dignidad, interés común, bienestar de la mayoría, palabras que luego adquieren un ropaje de términos técnicos.

³⁹⁷ SALA CONSTITUCIONAL de Costa Rica, voto por presentación de acción de inconstitucionalidad, número 2003-2771. San José, a las once horas con cuarenta minutos del 4 de abril de 2003.

³⁹⁸ SALAS, citando a Žižek, *op. cit.*, p.47. ŽIŽEK, Slavoj, El Espinoso Sujeto. El centro ausente de la ontología política. Editorial Paidós. Buenos Aires, 2001. (Traducción al español. Obra original en inglés: 1999).p.29

³⁹⁹ FERREYRA, "La Ideología Funciona cuando es Invisible". Entrevista realizada a Slavoj Žižek. En: Periódico La Voz del Interior, Córdoba, 2004.
<http://www.lacan.com/zizek-ideologia.htm>

⁴⁰⁰ SALAS citando a Bordieu, *op. cit.*, p.94.

Discurso especializado

El discurso especializado, el conocimiento técnico o “*el discurso sectario*”, como le llama Salas⁴⁰¹, es un mecanismo que se utiliza por aquellos grupos que son usualmente poseedores de poder simbólico⁴⁰² y son quienes definen aquello que es concebido como verdad y ejercen el poder y sus dispositivos o tecnologías en la expresión de saber. Como ya se mencionó, Foucault incluye entre estos a los académicos, los médicos y los sacerdotes, mientras que Salas lo extiende a los especialistas en general.

Sus discursos son neutrales y universales, más allá de la opinión, la emoción y el error. Un discurso que se valida en determinadas relaciones de dominación, las cubre y se distancia de ellas. Más allá de la necesidad de precisión, ciertas formas de discurso, como el jurídico, se valen del uso retórico de palabras no comunes pero tampoco científicas, para reducir el número de personas que pueden acceder a ese determinado tipo de discurso, al hacerlo incomprensible.⁴⁰³ A la vez, se pretende que ese lenguaje oficial es transparente y expresa el sentido común⁴⁰⁴.

Es en relación con este mecanismo que vuelve a ser pertinente nombrar lo ya visto en el acápite sobre fundamentos, relativo a la opacidad del Derecho y también su “hermetismo analítico”⁴⁰⁵, que se refiere a cómo el Derecho se absuelve a sí mismo de cualquier análisis externo sobre formación y consecuencias. Esto último Ferrajoli lo expresó para el caso particular del Derecho Penal, mas se vio como la anulación y hasta ridiculización de la discusión de los fundamentos propicia la elevación del discurso de los DH a un rango especial. A propósito del lenguaje jurídico, sobre todo el judicial, reafirma Pedro Haba en esta cita su opacidad y su carácter ideológico:

“es un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras, Esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de distribución efectiva del poder en la sociedad. (...) Es decir, es ideológico en la medida en que oculta el

⁴⁰¹ *Ibid*, p.89.

⁴⁰² *Ibid*, p.67.

⁴⁰³ *Ibid*, en cuanto al oscurecimiento del lenguaje, p.90-91.

⁴⁰⁴ *Ibid*, p.95.

⁴⁰⁵ *Ibid*, p.87.

*sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la hegemonía social (opacidad del derecho)*⁴⁰⁶ (énfasis no es del texto)

Sobre esto, expresa el magistrado constitucional costarricense Mora que los jueces tienden a tener una noción equivocada de lo que es la independencia. Esto por cuanto existe una herencia napoleónica, dada la cual los jueces como amos y señores de sus despachos considerando que la falta de controles y el aislamiento son consecuencia natural de su independencia; El juez gusta de no tener contacto con la realidad, con los individuos, él solo construye los hechos⁴⁰⁷.

Esta ideología y situación le convierte en una suerte de soberano tanto en el funcionamiento interno en su despacho como con respecto a los casos que resuelve. Con ello considera que pierden al ser humano como referente o “eje central” de su actuación. Mora afirma que predomina entre los jueces una ideología de garantizar los intereses del sistema más que de ser garante de los derechos ciudadanos en una democracia y constituirse como “*portavoces, aliados e intérpretes*” de los ciudadanos. Esto no solo atenta contra toda posibilidad de responsabilización del poder judicial por parte de la ciudadanía, mas atenta contra el sistema democrático liberal.

Con ello se regresa a la hipótesis de este trabajo que un determinado tipo de discurso en las sentencias de las cortes de DH atentan contra la funcionalidad de la ideología al privarle de la posibilidad de ser una ideología práctica, dado el alejamiento radical entre el universo discursivo de las resoluciones y la cotidianidad. Asimismo, al volver el ejercicio del poder de los jueces tan evidente que se rompa la fantasía ideológica de la certeza jurídica y del voto racional, lo cual atenta contra las posibilidades mismas del sistema. El sujeto se ve ante un sistema judicial caprichoso, oscuro, inaccesible, y no

⁴⁰⁶ HABA MULLER, *vid supra* nota 66. Relaciónese el concepto de ‘opacidad del derecho’ mencionado por HABA con el de ‘**opacidad del poder**’ mencionado por CUNIL en el sentido que el Derecho y el discurso jurídico son formas de ejercicio del poder (LUHMANN). Vid CUNIL GRAL, Nuria, Responsabilización por el Control Social. FLACSO, 2003. p.10.

⁴⁰⁷ MORA MORA, Luis Paulino, Historia del Poder Judicial en la Segunda Mitad del Siglo XX y sus Retos Futuros. EUNED, Colección Ideario No. 1. San José, 2001. p.72.

puede confiar en la norma, pues el juez la interpreta la Constitución y las leyes conforme a sus propios valores y dependiendo de las presiones a las que esté expuesto.

Ambigüedad y redundancia

El mecanismo de la ambigüedad puede ser entendido de varias maneras. En relación con la definición de ideología, en la que la confusión entre el dato y la valoración es central; en relación con el uso de un lenguaje indeterminado con el propósito de abrir más espacios a la discrecionalidad; o en relación con el uso de un lenguaje emocionalizante (justicia, razón, dignidad) cuyo significado no es claro mas su presencia legitima a sus operadores. Salas explica que la ambigüedad, sobre todo en Derecho, es permitida la ambigüedad en tanto las decisiones políticas tomadas para llegar a ciertos acuerdos no gozan de suficiente consenso para dar un sentido unívoco. Deja entonces amplio margen y poder a los jueces para desarrollar los conceptos y consecuentemente tomar las decisiones políticas tras esas palabras⁴⁰⁸.

La versatilidad de la palabra menciona Salas, permite la comodidad que cada cual le dé un significado acorde con sus intereses y visiones, como ocurre con los DH. Citando a Jakobson: “*con un mínimo de medios generar el máximo de significados*”. Claro que el abuso de este recurso vacía de todo contenido a la palabra. En relación con esto se tiene la elipsis en el discurso, donde algunos elementos son omitidos voluntariamente no tanto por una cuestión gramatical sino como despliegue retórico. La amplitud de lo dicho deja en suspenso puntos que es preferible no despejar, relacionados con un referente intangible e incuestionable difícil de sostener.⁴⁰⁹

El texto jurídico se remite a una especie de “supuestos auxiliares”⁴¹⁰, a un sistema semiótico distinto de aquel que confiere la denotación y la intención. Esta significación “profunda” se aferra de palabras ambiguas, indeterminadas, especializadas, significantes

⁴⁰⁸ SALAS citando a BORDIEU, *op. cit.*, p.92.

⁴⁰⁹ *Ibid.* p.92

⁴¹⁰ DIEZ y MOULINES, *vid supra* nota 260.

vacíos a los cuales se remite el texto, que finalmente no refieren a nada dando margen al juez para decidir, o tienen su raíz en significantes amo propios de doctrinas que van más allá del ordenamiento jurídico. Doctrinas que no son abiertamente admitidas, en tanto una admisión de esta índole atentaría contra la universalización y racionalización de las normas jurídicas.⁴¹¹

En cuanto a la *redundancia*, es importante mencionar este mecanismo retórico ya que es muy común en las resoluciones judiciales. Consiste en volver sobre los mismos argumentos cual si fuesen novedosos, simulando aclararlos, remitirlos a otros puntos de apoyo (en algunos casos, argumentos que sirven de referente y que connotan el argumento), cuando en realidad no se dan nuevos elementos u otra información independiente⁴¹². Se construyen pues argumentos circulares, como los mencionados por *Critical Legal Studies*, que permiten la creación de un universo discursivo alrededor de determinados significantes amo, que construya su propia realidad a la vez que oculta su vacío, su imposibilidad y los intereses y relaciones de dominación tras la decisión tomada.

La interpretación genuina

El concepto “interpretación genuina” no requiere aquí una explicación más allá de la expuesta por Jameson, así como la que se desarrolló en torno a la definición del esencialismo normativista. Cabe tan solo hacer ciertas acotaciones en cuanto a la injerencia de la subjetividad del intérprete en el ejercicio hermenéutico, tanto para el caso del juez, como de quien hace una crítica ideológica de la resolución judicial.

La realidad en el relativismo epistémico es un flujo infinito de interpretaciones perceptuales que las personas comparten según canales y asociaciones determinadas. Por ejemplo, realidades creadas a partir del contexto socio-cultural y las creencias de los jueces o el crítico. Para este último, la interpretación se trata de una búsqueda de una

⁴¹¹ En este razonamiento, se tomó parcialmente a SALAS citando a GREIMAS, *op. cit.*, p.60.

⁴¹² *Ibid.* p.60.

relación entre la realidad del texto y un contexto. Es asimismo una búsqueda de intencionalidades y de la comprensión acerca de cómo en un caso determinado se hizo calzar los hechos probados en la normativa de DH. Así también, la crítica del discurso judicial de DH implica el análisis de la realización y justificación dada para las extensiones teóricas y prácticas de la doctrina de DH llevadas a cabo en las sentencias. En todo este proceso, el sujeto que realiza la lectura necesariamente integra sus propias percepciones al texto.

Esto quiere decir que hay un número al menos considerable de aplicaciones posibles de los principios de DH y los derechos mismos para el caso del juez, o de críticas ideológicas para el caso del ‘investigador’, según el enfoque del cual se parta (politológico, sociológico, económico, epistemológico, etc.); el objetivo que se tenga, el juez o investigador a cargo del caso y la formación de este. De modo que, no hay una interpretación única, como si el texto fuese unidimensional. La creencia por parte del investigador en una interpretación única es propia de una lógica de búsqueda de la verdad tras el texto que fue sancionada por la crítica a la crítica ideológica y que obvia el postulado que la crítica ideológica solo es posible desde otra ideología, desde un espectro que no se encuentra en un plano trascendental sino en una fractura. La misma consideración sobre la imposibilidad de una interpretación genuina aplica evidentemente para el juez, quien realiza solo uno de muchas posibles interpretaciones/decisiones de una serie de hechos que son entrelazados en un relato judicial construido por él mismo a partir de una serie de elementos que le son dados.

Desde la perspectiva de quien realiza la crítica ideológica, cabe realizar un estudio de la jerarquía de valores epistémicos y los paradigmas dominantes en la sentencia. No obstante, quien critica no ha de abstraerse de aquel universo discursivo que interpreta y debe tomar en cuenta la formación discursiva específica de tal texto, que es la que determina las reglas de formación de realidad intratexto⁴¹³. En especial en casos como en el caso de las resoluciones de la Corte IDH, donde existe un alto grado de metafóricidad en la propuesta que hace que la analogía discurso judicial-novela sea más perceptible. Por

⁴¹³ Para la definición de “formación discursiva”, ver Capítulo 7 de la I Parte.

otra parte, una abstracción total no hace justicia al discurso analizado al no valorarlo de acuerdo con sus propios parámetros, sino parámetros ajenos que podrían hacer de la crítica ideológica un ejercicio de poder más que una ejercicio heurístico.

d. Análisis de Žižek de los derechos humanos

En capítulos anteriores, se han hecho algunos análisis de los DH a partir de elementos de teoría de la ideología. De igual modo, se han realizado algunas aplicaciones para el caso particular de la Corte IDH. En este acápite, se sintetizará solamente la crítica de Žižek a los DH tomando diversos artículos que ha escrito. Preliminarmente, a modo de introducción, se hará una breve crítica ideológica del Derecho en general tomando como base lo expuesto por Salas. Ya se ha señalado a lo largo de este texto que, en muchas ocasiones, las fracturas que se encuentran en el discurso de los DH son heredadas de problemas que muestra el discurso jurídico en general y el de los derechos en particular. Una perspectiva alternativa del Derecho, más allá de las definiciones tradicionales que le describen como una disciplina, una ciencia o un orden, permite comprender mejor las críticas a los DH como ideología.

La importancia de mencionar lo aportado por Žižek al tema ha sido explicada al inicio de este capítulo. Es un autor que es tomado como un eje teórico en el presente trabajo, de modo que sus análisis sobre los DH dan un ejemplo de la forma en que el autor aplica la teoría de la ideología a dicho discurso, por lo que resulta entonces útil desde una perspectiva metodológica. Por otra parte, incrementan los elementos que se tienen para caracterizar a los DH desde una perspectiva crítica.

Crítica al Derecho

El Derecho se caracteriza por poder imponer sus valoraciones de manera compulsiva⁴¹⁴. Tal lógica se había expresado anteriormente como propia del subsistema político al que el Derecho pertenece, el cual tiene a cargo la asignación autoritaria de valores a otros

⁴¹⁴ SALAS, *op. cit.*, p.22.

sistemas. Hay una relación entre Derecho e ideología, y es que el Derecho imprime un carácter vinculante y obligatorio a modos de discurso que hayan sido emitidos por quien detente el poder. La perspectiva de la realidad y la identidad no solo se teje en el marco del *habitus*, sino que se termina de imponer abiertamente mediante la juridización. Como expresión ideológica, la ley suprime el hecho de que es producto de una correlación de fuerzas y naturaliza sus expresiones institucionales⁴¹⁵. La ideología dominante traducida en ordenamiento, equivale a la heteronomía castoridiana.

Para el caso de la ley, lo prominente no es su verdad o falsedad epistemológica, mas el hecho de que es una dimensión deontológica impuesta.⁴¹⁶ Explica Salas que la legitimidad de una resolución jurídica descansa en la competencia de su autor y la regularidad del procedimiento seguido, más que en su contenido material o su efecto social⁴¹⁷. En general, Bourdieu afirma que la legitimidad de las palabras y de las personas que las pronuncian, opera solo en la medida en que los sometidos reconozcan a aquellos que hacen uso de esas palabras.⁴¹⁸

Lo que en el Sistema Interamericano se considera preliminar, como la regularidad o la competencia, resulta ser la base tanto de la admisibilidad como de la legitimidad de la sentencia. En este contexto, el juez de la Corte IDH asume el rol que se le otorga de depositario máximo de la autoridad en la materia. Esto lleva no obstante a que desde ese plano de autoridad, se construya una realidad semiótica con ínfulas de verdad objetiva y tangible. Un plano en el que precisamente la valoración se convierte en dato y el enunciador se vuelve un anónimo, oculto detrás de su toga. En palabras de Salas siguiendo en esto la crítica de CLS sobre la circularidad del razonamiento judicial, el sujeto difusor del discurso afirma la existencia de una “*dimensión cognitiva autónoma*” respecto a este y “*referencializa*” su discurso anterior.⁴¹⁹

⁴¹⁵ *Ibid*, p.73.

⁴¹⁶ *Ibid*, p.75.

⁴¹⁷ *Ibid*, citando a OST, p.75.

⁴¹⁸ BOURDIEU Pierre, B. THOMPSON John, *Langage et pouvoir symbolique*. Seuil, Collection Points Essais. París, 2001. <http://libertaire.free.fr/LexiqueBourdieu.html>

⁴¹⁹ SALAS, *op. cit.*, p.83.

Una vez aceptado el tribunal, se acepta cualquier cosa que este diga, independientemente del contenido y su impacto. En el caso de la Corte IDH, no existe forma de apelar lo estipulado, si bien los Estados tienen la opción de cómodamente ignorarlo. En este punto sin embargo reside cierta paradoja, pues los jueces bien pueden crear un mundo discursivo que se aleje de la posibilidad de una ideología práctica, en especial si su retórica no se traduce en efectividad social o su lenguaje se vincula poco con la cotidianidad de las mayorías. De ahí que su legitimidad reside en la forma. No obstante, un descuido del fondo, en ese insistir en adecuar los fines del discurso a una heteronomía, puede llevar a un efecto adverso, en tanto la fractura deja ver la imposición de una racionalidad tras el uso de los mecanismos ideológicos. La revelación de tal imposición a su vez merma la ficción de certeza jurídica y racionalidad que sostiene al sistema.

Salas explica que la interpretación judicial es una forma de construcción discursiva que más que aclarar y resolver, tiene una labor de legitimar y hacer vigentes las normas, de hacerlas ver “*racionales y socialmente útiles*”.⁴²⁰ La norma en este sentido “evoluciona”, como se habla en Derecho Constitucional, y su “significado explícito” cambia en aras de mantener cierto orden efectivo. La praxis social, el ritual, reconstruyen la norma. Salas considera que la regla es secundaria en la determinación de las prácticas y la conducta y que en primer plano están los intereses.⁴²¹ De manera que, aunque un rasgo importante de la ley es su carácter compulsivo, ello no descarta la relación que realiza Kelsen entre existencia y efectividad. La norma debe expresarse en la práctica social para ser vigente.

Este evolucionar de las normas implica que la interpretación es un acto constitutivo por excelencia, que además hace de la valoración un juicio de hecho. Ello claro está, atenta contra la certeza jurídica.⁴²² Como se desarrolló anteriormente, el problema se agrava ante la indeterminación de las normas, como es el caso de los DH, que da mayor cabida a la creatividad. Una característica mencionada por Ferrajoli con respecto a la interpretación judicial, es que no puede operar sobre criterios instrumentalistas o consensualistas; “*la única verdad que cabe es la de correspondencia: motivación y*

⁴²⁰ *Ibid*, p.93.

⁴²¹ *Ibid*. p.93-

⁴²² *Ibid*, citando a BORDIEU, p.95.

norma aplicada.”⁴²³ Se puede agregar a lo anterior, que un sistema así propicia la constitución solapada por parte de los jueces de nuevas normas y definiciones de esta, sin referirse en ningún momento a criterios políticos. En este proceder, se aplica el mecanismo ideológico del discurso especializado y el de la neutralización. Con respecto a este punto, Haba expresa que:

*“...se ve cuán fuertemente anclada está la tradición de exigir una buena fundamentación papelera, es decir, formulada en las palabras de normas-de-papel oficialmente reconocidas, como requisito previo a considerar probable (de parte de los juristas) que una sentencia – por más apoyada que esté en los hechos – será aceptada jurídicamente.”*⁴²⁴

Ahora, la fuerza de la resolución – su capacidad de disuasión, de tener un efecto sobre la conciencia y la construcción de la realidad – no depende enteramente del poder político y el económico (la coerción)⁴²⁵. Cortes internacionales como la Corte IDH, tienen un poder simbólico particular, similar al que expone Foucault con respecto a los sacerdotes y los médicos por ejemplo: la Corte IDH tiene la autoridad para decir “la verdad”. Ese poder simbólico solo se ve mermado parcialmente ante las inconsecuencias del sistema que sostiene a dicho tribunal, cual es la OEA; inconsecuencias expresadas en el poco apoyo político y presupuestario que se le da a la Corte. Incluso a veces la OEA impide el efectivo cumplimiento de las resoluciones de esta por considerarlo políticamente inviable o inconveniente.

Pero en el plano semántico, la Corte IDH goza de toda autoridad incluso moral para dictar sus resoluciones y sus opiniones consultivas y la institución, su origen histórico y su labor, son revestidas de trascendencia y vital importancia para la región y el mundo; importancia que es recalcada algunas veces por los mismos jueces en sus resoluciones, en su afán por constantemente reafirmar la credibilidad de la institución. Las cortes internacionales de este tipo se vuelven, al estilo que menciona Schumpeter con la democracia, en un icono de esperanza en el bien de la humanidad tanto para quienes en ella trabajan, como a quienes acuden a ella.

⁴²³ FERRAJOLI, *vid supra* nota 80, p.67.

⁴²⁴ HABA, *vid supra* nota 67, p.252.

⁴²⁵ SALAS, *op. cit.*, p.97.

Crítica a los derechos humanos

i. Los DH como efectividad de las relaciones socio-económicas dominantes

Una de las críticas con las que se puede introducir el trabajo de Žižek, es aquella en la que profundiza lo que se ha venido explicando desde el inicio de esta tesis sobre la distancia entre el plano semántico y el de la praxis social; la diferencia que se percibe entre lo visible y lo enunciado. Žižek no obstante se aleja de la crítica ideológica que se ha venido desarrollando y explica que el discurso – en este caso de los DH – tiene su propio efecto en la vida social, que es el que da pie a las violaciones. Considera pues que no se trata de que exista una brecha entre, por un lado, la democracia formal y la “*apariencia de egaliberté*”⁴²⁶ y, por otro, la dominación de clase y explotación efectivas. Más bien se da “...*la evidencia de una efectividad propia que permite poner en movimiento el proceso de rearticulación de relaciones socio-económicas concretas mediante su progresiva ‘politización’.*”⁴²⁷ Expresa:

*Uno está tentado de poner en uso aquí el viejo término levistraussiano de “eficiencia simbólica”: la apariencia de egaliberté es una ficción simbólica que posee una eficiencia propia concreta –uno debería resistir la adecuada tentación cínica de reducirla a una mera ilusión que permita una actualidad distinta.”*⁴²⁸

Considera que en la posmodernidad, ya el sistema combatió la crítica marxista de la falta de transparencia en las formas legales (el hecho de que ocultan intereses) y abiertamente la norma legal postula su “*compromiso regulador*” entre diversos intereses “*patológicos*” (étnicos, sexuales, ecológicos, económicos) en lo que él considera una “*falsa auto-transparencia*” con la que defiende su validez. De cara al ordenamiento jurídico, no se considera ya una realidad cubierta por la apariencia ideológica, sino que se dice que se toman las cosas “como realmente son” y con ello se recurre a un pensamiento ideológico alternativo.⁴²⁹ Este es el cinismo al que se refiere Sloterdijk.

⁴²⁶ “egaliberté” es un neologismo francés con el que se refiere Žižek a la posibilidad de igualdad (*égalité*) y libertad (*liberté*) simultáneas en el discurso de los DH.

⁴²⁷ ŽIŽEK, Slavoj, *Bienvenidos al Desierto de lo Real*. En: *Lacanian Ink*, Volumen 16. 2000. p.11, tomando a Ranciere y Lefort.

⁴²⁸ *Ibid.* p.11

⁴²⁹ *Ibid.* p.11

La otra cara de esto es que los DH son permitidos en tanto sirvan también para otros propósitos, como justificar la intervención militar al traducirla en “estabilización” o “ayuda humanitaria”. Así también, los DH son viables cuando son lo suficientemente flexibles para que en casos “de emergencia” (léase, desestabilización del *statu quo*) sean obviados o puedan considerar la toma de medidas especiales como la tortura y violaciones a la privacidad y libertad de los ciudadanos (el caso de las leyes aprobadas en Estados Unidos luego del 11 de setiembre). Žižek menciona que es lo mismo para la democracia, en la idea que se expresa frecuentemente que dicho régimen ‘está bien’, si se limpia de los “*excesos populistas*” y es practicada solo por aquellos que están lo suficientemente “*maduros*”.

En su conferencia “*Contra los derechos humanos*”⁴³⁰, Žižek expresa que los llamados en pos de los DH en las sociedades capitalistas actuales se basan en tres supuestos:

- Estos llamados son el opuesto a los fundamentalismos que naturalizarían o verían como una esencia rasgos históricos y contingentes. Sea, son llamados en contra del uso de mecanismos ideológicos para consolidar un determinado régimen. Esto sin ver que el discurso de los DH es esencialista y arraigado a la noción del tiempo histórico.
- Los DH “más básicos” son la libertad de elección y el derecho de dedicar la propia vida a la búsqueda de placer (en vez de sacrificarla a alguna causa ideológica mayor).
- Apelar a los DH es la base de la defensa contra el exceso de poder.

Con respecto a ser lo opuesto al fundamentalismo, explica que la criticada esencialización de la contingencia es en realidad un rasgo de la democracia capitalista liberal. Aunado a lo anterior, una consecuencia de la perspectiva actual de los DH es la desaparición paulatina de la vida pública, en una sociedad en la que se privatiza el conflicto. Los asuntos públicos se traducen en actitudes hacia la regulación de idiosincrasias “personales” o “naturales”. Por ejemplo, que un determinado conflicto en

⁴³⁰ ŽIŽEK, Slavoj, Against Human Rights, *vid supra* nota 360.

vez de ser tratado de manera colectiva, se lleve a una instancia internacional para que sea resuelto de forma privada entre dos partes (entre dos Estados, entre una persona o un grupo y un Estado).

Una tercera consecuencia de los DH es la separación la noción de lo público y lo político de la “*norma simbólica del ejercicio de la violencia*” que va debajo, al volverse los DH pre-políticos. Sin embargo, Žižek vuelve a vincular la relación de violencia con cualquier ejercicio del poder, ya sea que la situación sea o no considerada como “política”.

Se tiende entonces en la posmodernidad a la eliminación del espacio público, a su ocultación y a la minimización de todo conflicto, toda relación y toda situación a una cuestión de personalidad y de intereses individuales. Los DH crean espacios de politización particulares que son llamados apolíticos para reducir el número de personas que pueden hacer uso de ellos. Tales espacios hacen que las diferencias económicas y de diversa índole se reduzcan a códigos de derechos y luchas políticas en ámbitos determinados, como las cortes internacionales. Se juega con la universalidad de manera tal que se cree un ámbito más allá de la estructura social desde el cual se puede asignar e imponer valor en un ejercicio de poder simbólico.

Adelantándonos un poco al análisis de la construcción del sujeto en los DH, en la modernidad y en la actualidad, se construye una visión de sujeto como independiente de su circunstancia, “desnaturalizado” de determinismos con respecto a etnia, preferencias sexuales, etc. Pero Žižek hace ver que esto es, a todas luces, distinto a lo que se ve en la praxis cotidiana. Considera que más bien se está dando lo contrario: una renaturalización. Esto explica (refiriéndose sobre todo al conflicto de los Balcanes) porqué los conflictos pseudo étnico-religiosos son los que mejor caben en la sociedad capitalista contemporánea, ya que fuera de esto no puede haber conflicto, pues todo es relativo en la posmodernidad. En la época de lo “post-político” (lo post-ideológico), cuando la política es cambiada por gestión social experta, las únicas fuentes legítimas de conflicto son las tensiones culturales (religiosas) y las naturales (étnicas).

En cuanto a la *libertad de elegir*, Žižek piensa que no existe verdaderamente porque las condiciones bajo las cuales se toma la decisión no permiten más que opciones limitadas. Así también, critica el discurso occidental de la supuesta “sociedad multicultural pluralista”, en la que se dice que una de las grandes ventajas de vivir en el marco del sistema liberal capitalista (caso de los Estados Unidos o diversos países de Europa central o nórdicos), es que se puede hacer lo que uno quiera, en un marco de tolerancia por parte de los demás y del Estado. Autores como Žižek y Badiou apuntan que esto no es cierto, pues la tolerancia se da solo con respecto a aquello que no toque de ninguna manera la vida pública o las relaciones de poder y de dominación. Así por ejemplo, una persona decide ser parte de una determinada confesión. En tanto la practique de manera “privada”, la sociedad “lo tolerará”. Pero en el momento en que la persona actúe públicamente –como un asunto de “*pertenencia sustantiva*”– será considerado fundamentalista.

Consecuentemente, apunta Žižek, la libertad de elegir en la sociedad en mención solo puede surgir como resultado de un “*proceso violento en el que el sujeto es desarraigado de su cotidianidad*”. Un ejemplo paradigmático de lo anterior es la forma en que las niñas musulmanas son tratadas en las escuelas y colegios franceses. En Francia, el Estado se considera laico y tal consideración está constitucionalmente dispuesta sobre cualquier derecho fundamental. Por ‘laico’, se entiende no solo que el Estado no forma parte de ninguna confesión, sino que alrededor de sus instituciones debe haber una absoluta ausencia de religión obligando a quienes tengan prácticas que exijan algún signo externo a suprimirlo.

En las Américas, podría aplicarse el razonamiento a los pueblos indígenas, donde es protegida, fomentada la conservación de su cultura y modo de vida, en tanto no interfiera con el régimen político y el ordenamiento jurídico estatal. Los pueblos indígenas dicen ser protegidos en Costa Rica, aunque parecieran más bien aislados, marginados y excluidos de la vida política del país. Un indígena que quiera participar en la vida política deberá sufrir de ese desarraigo violento para adaptarse al nuevo orden, y dejar la consideración de su cosmovisión a la esfera privada, si acaso pudiendo introducir a su

nueva realidad algunos elementos que sean considerados por la comunidad como pintorescos o llamativos.

Otra crítica de Žižek a la supuesta libertad de elección es la idea del miedo a la libertad. En la “sociedad de riesgo”⁴³¹, la ideología imperante intenta vender las inseguridades causadas por el desmantelamiento del Estado Benefactor como la oportunidad de adquirir nuevas libertades. Si esto causa ansiedad, dicta la ideología dominante, es porque la gente le tiene “miedo a la libertad” tomando el título del conocido libro de Fromm. Un ejemplo es el fenómeno de la flexibilización laboral, en contraposición al uso previo de normas estandarizadas para regular la vida laboral. Este se presenta como un tema de carácter individual (de elección personal) y no social. Los cambios en el propio entorno son producto de nuestra personalidad, y no de la imposición de las fuerzas del mercado. Soy yo quien escojo someterme a doce horas de trabajo cuatro veces por semana en una transnacional haciendo chips; yo decido tal opción dado que me beneficia económicamente. No se trata de un fenómeno social, de una alternativa única, sino de mi elección y de una oportunidad que tengo que agradecer pues es trabajo digno en un marco en el que el trabajo para gente como yo escasea.

En cuanto a la *política del placer* esto se refiere sobre todo a las libertades sexuales, en particular de las mujeres; a la búsqueda y control del placer. Este control y culto al placer (sobre todo el erótico), por hombres y mujeres, según Eagleton, se debe al hecho de que en una sociedad tecnócrata, se piensa que se tiene control sobre todo, por lo que hay una obsesión con la muerte traducida en un culto al cuerpo y a lo efímero. La otra arista de la política del placer es un corolario a la tolerancia: “*no inmiscuirse, no intervenir, no invadir*” el espacio del otro. El derecho a estar a una distancia segura del otro, el derecho a no ser acosado, como derecho humano. Asimismo, lo opuesto a la lógica del placer es la purificación, la medida, pero esto se convierte en una forma de placer: “la vida sana” (hacer ejercicio, yoga, comer sanamente, dedicarle tiempo al ocio y la familia, etc.), para luego obtener los frutos placenteros de dichas prácticas.

⁴³¹BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Editorial Paidós. Barcelona, 1994.

En resumen, hasta ahora los DH son descritos como sostenedores de un sistema que no es en realidad tolerante, que no es en realidad crítico, que no es en realidad dinámico, que no es en realidad libre. Un sistema de acumulación hedonista que raya en el sinsentido. Los DH se perciben desde la teoría de la ideología de Žižek como un mecanismo ideológico de aceptación de una estructura llena de contradicciones, como la tiene también el propio discurso de los DH.

En lo relativo a la justificación de los DH como un *mecanismo de defensa contra los excesos del poder*, Žižek critica al sistema democrático representativo en general, particularmente la relación signifiante-“representación” en este caso. De acuerdo con Marx, la representación política nunca refleja verdaderamente la estructura social, pues muchas clases no serán representadas, o una misma persona representa varios grupos, o hay intereses divergentes en un mismo grupo, etc. Žižek encuentra una paradoja en el exceso de representación de los representantes. Estos no sirven realmente los intereses de quienes los eligen, sino que se ubican en una situación privilegiada de poder desde la cual someten al representado.

Este exceso es constitutivo de la noción de soberanía. Hay una asimetría estructural: la norma solo puede sostener su autoridad si los subordinados interpretan el exceso como una reivindicación incuestionable e incondicional del propio poder (*unconditional self-assertion of power*). La idea de la soberanía que reside en el pueblo finalmente evita grandes intervenciones anti-sistémicas por parte de los gobernados en cuanto a las decisiones que toman sus “representantes”.

En el marco de esta explicación, vale aclarar que el vínculo que hace aquí Žižek entre democracia representativa y DH es el vínculo que históricamente se ha realizado (revoluciones democráticas-cartas de derechos). No obstante, como se viene explicando, con el Derecho Internacional de los DH la relación no es del todo la misma. Los DH constituyen un cuestionamiento de la soberanía, al convertirse en un mecanismo ideológico transnacional mediante la universalización y la naturalización, que permite

que cortes internacionales o potencias mundiales intervengan en un determinado sistema político.

Más allá de la crítica al sistema democrático representativo, Žižek observa el proyecto de la ilustración en relación con los DH. Se toma como época de análisis el periodo transcurrido entre el auge del pensamiento ilustrado y la Segunda Guerra Mundial. Dados los sucesos ocurridos durante dicha guerra, muchos concluyen que los DH fueron un proyecto fracasado. Habermas considera sin embargo, que ello se debe a que la ilustración constituye un proceso de emancipación propio de un determinado contexto (y clase social y perspectiva epistemológica y moral podría decirse) y, además, es un proyecto inacabado, por lo que no es de extrañar que no todo saliera bien.

Otra postura es la de Adorno y Horkheimer, quienes llamaron a su crítica “*la dialéctica de la ilustración*”, según la cual los campos de concentración y los genocidios son la “*culminación teleológica negativa*” de la historia de occidente.⁴³² Una tercera interpretación mencionada por Žižek es la de Balibar, según la cual la modernidad abre un espacio de incertidumbre, en el que se imaginan nuevas libertades al tiempo que surgen nuevos peligros, por lo cual el proyecto ilustrado no está destinado a culminar en la utopía o la anti-utopía, sino que prima la contingencia, el caos.

Una cuarta interpretación puede surgir del abandono de la idea de la historia, que no es más que una construcción imaginaria en la que se conceptualiza el tiempo de cierta manera, y considerar que los DH, tal y como fueron desarrollados durante la Ilustración, persisten actualmente en el discurso, si bien desde sus orígenes como derechos naturales, tienen una naturaleza profundamente ideológica (brecha entre lo que se dice y lo que se ve). O más bien, como explicó Žižek, los DH llegan a volverse una paradoja, según la cual tienen como efectos propios el sostenimiento del sistema que hace su garantía una imposibilidad. Esto sin tomar en cuenta lo que los DH difícilmente pueden verse como un cuerpo de conocimiento autónomo y homogéneo, sino que constituyen un concepto indeterminado interceptado por diversas racionalidades que chocan entre sí, y que hoy en

⁴³² ŽIŽEK, *vid supra* nota 360, “Against Human Rights”.

día dicha idea se traduce en infinidad de implicaciones, toda vez que se crean constantemente nuevos derechos.

ii. Los derechos humanos como legitimación del intervencionismo militar

Una segunda crítica a los DH ampliamente desarrollada por Žižek y ya citada anteriormente, es la vinculación de los DH con la geopolítica. La intervención militar actual está revestida de una “*pureza humanitaria*”, de modo que ya no es vista como una mera intervención política y militar. Dicha perspectiva de los DH como discurso legitimador del intervencionismo es apoyado por la literatura más reciente en geopolítica.

Los DH, como ideología actual del intervencionismo militar, se presenta como anti-política: “...*como una defensa de los inocentes y puros del poder, una defensa del individuo contra la inmensa potencialidad cruel y despótica de la cultura, el Estado, la guerra, el conflicto étnico, la cultura tribal, el patriarcado, y otras movilizaciones de poder colectivo contra el individuo.*”⁴³³ Los DH pasan a una esfera que está más allá del bien y del mal, son una ética en sí mismos.⁴³⁴ Como se viene discutiendo, el situarlos allí niega la posibilidad de otra subjetivación política de la situación. Básicamente marca la cancha del discurso, en un ejercicio ideológico típico. Aún más, moldea el deseo del individuo y plantea por ejemplo la creación del campo de refugiados como un destino ontológico último y único.

El fomento de los DH de la separación de la moral particular del poder público (secular o religioso), tiene así una dimensión colectiva que moraliza el ejercicio del poder militar: “*it is not the only hope in our global era, to see some internationally acknowledged force to guarantee that all countries will respect a certain minimum of ethical and even health, social, ecological standards?*”⁴³⁵

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ ŽIŽEK, Slavoj, The Obscenity of Human Rights. Violence as a Symptom. En: www.lacan.com. Zizek Bibliography, 2005.

⁴³⁵ ŽIŽEK, Slavoj, “Human Rights and its Discontents”. Conferencia impartida en Bard Collage. Nueva York, 15 de noviembre de 1999. En: Lacanian Ink: “¿no es la única esperanza en nuestra era global ver a una fuerza internacionalmente reconocida que garantice que todos los países van a respetar estándares éticos, sanitarios, sociales y ecológicos mínimos?”(traducción libre)

El autor da el ejemplo particular de las intervenciones de la OTAN en la antigua Yugoslavia. Cabe mencionar igualmente las intervenciones de la OEA, la ONU y Estados Unidos en Haití, o la actual ocupación estadounidense e inglesa en Irak con propósitos de “estabilización” y “restablecimiento de la democracia”. Con el caso particular de Yugoslavia, Žižek consideró que un conflicto de explotación fue traducido en un “*conflicto étnico de tolerancia*”. Así también, denuncia la aplicación de la forma de pensar: ‘el otro es bueno mientras sea una víctima’. Cuando ya no lo sea, entonces puede ser hasta un terrorista.⁴³⁶

El autor se pregunta entonces cómo argumentan quienes intervienen en pos de los DH contra los poderes a los cuales se oponen, si las causas de los DH están en esos sistemas que perpetúan el conflicto. Hay que reconocer que los defensores de DH parte de organizaciones internacionales de todo tipo, ven estas situaciones en las que el Estado justifica sus acciones militares mediante los DH como terribles pero, ¿acaso es evitable que el discurso de los DH sea utilizado para justificar una determinada acción?, ¿acaso los DH no están ineludiblemente ligados a ciertas formas de dominación?

Al aplicar el razonamiento anterior a la Corte IDH, vale preguntarse ¿Cómo trata un conflicto político una corte internacional? Se tiende a ocultar el aspecto político del conflicto y de la decisión, y se trata el asunto de forma casuística, sin poder desarraigarlo del todo del Estado y su contexto socio-político, pues es al Estado como ente complejo pero único al que se juzga, y a su contexto socio-político, cultural, ideológico, que es el marco de su proceder violento y, a la vez, de su sumisión a una corte de DH.

El sujeto de los derechos humanos: un vacío

Una tercera crítica es a la construcción del sujeto de los DH, que de alguna forma se ha mencionado en capítulos previos. Žižek menciona la situación/la ideación del ser humano que ve reducida su cualidad, su condición, al solo hecho de estar vivo, pues ha sido despojado de toda relación, toda identidad socio-política, de DH, y ya “*no es tratado como seres humano*”. Pese a ello, se le considera el “*portador ideal de DH*”. Dicha

⁴³⁶ *Ibid.*

situación, explica, da cabida a la noción de “*homo sacer*” de Agamben, consistente precisamente en la reducción del ser humano a su existencia. La aplicación de esta argumentación se da en las intervenciones humanitarias, cuando esos seres humanos despojados requerirán que alguien más ejerza sus DH por ellos; que alguien más los reivindique.⁴³⁷

Para Žižek, los DH no son una universalidad ideológica que enmascara y legitima formas de imperialismo occidental, intervenciones militares y neocolonialismo. Lo que ocurre en la práctica, es que el ser humano, poseedor de derechos, es generado por una serie de prácticas políticas que se materializan en su condición de ciudadano.⁴³⁸ En esta circunstancia, el sujeto opera como un agente simbólico que no puede ser reducido a un solo individuo, a un conjunto de atributos, idiosincrasias y traumas.⁴³⁹

Así pues, los DH implican un sujeto que es algo, independientemente de su lugar en el mundo⁴⁴⁰. Žižek considera que la “democracia” inicia cuando se tiene ese acceso directo al Absoluto/la dimensión universal, donde independientemente del lugar que se tenga en la sociedad, se puede tomar distancia de la estructura social particular. Esa abstracción que permite una idea de sujeto que trasciende la estructura social, se la atribuye al cristianismo, pero también al sujeto cartesiano. El sujeto cartesiano es el anti-sujeto, un sujeto sin propiedades.

Žižek toma de Hegel su explicación acerca de la identidad y el discurso esencialista. El profundizar en dicha explicación resulta importante en la medida en que un elemento base del discurso de los DH es su tendencia al uso de esencias, como parte de la naturalización que se ha hecho del discurso desde que se les denominaba precisamente ‘derechos naturales’. Es especialmente pertinente con respecto a la construcción del sujeto. La identidad (y no se refiere al postulado lógico que $A \Leftrightarrow A$) suele emerger de una lógica de la esencia, de acuerdo con la cual la identidad corresponde a una esencia

⁴³⁷ ŽIŽEK, *vid supra* nota 360, “Against Human Rights”.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ ŽIŽEK, *vid supra* nota 435, “Human rights and its discontents”

inmutable más allá de las apariencias. Piénsese por ejemplo en el sujeto de los DH, o en los derechos mismos.

Al intentar describir la cosa “como realmente es” o hacer una interpretación genuina de lo que dice la norma prescindiendo en ambos casos del aspecto relacional (la relación de aquello que se ‘describe’ con todo el resto de cosas), esa identidad específica se vuelve inaprensible. En este sentido, como se mencionó anteriormente con respecto al término ‘definición’, la identidad de algo se conoce por sus fronteras. Una cosa es, en tanto es diferente de lo demás. En este sentido, Žižek habla de buscar los rasgos distintivos en una *identidad de la diferencia*. La búsqueda de la esencia en vez de la diferencia, resulta en un vacío. Tanto para el autor esloveno como para Lacan, más allá de la relación de un individuo con los demás, no hay nada, tan solo un sujeto barrado. El sujeto *es* en relación con los demás, y se autodetermina y se relaciona con los otros según como considere que los demás lo definen.

Así que, los DH son lo que se piense que son, una vez removida la lógica esencialista. La esencia, “lo que está detrás”, no interesa, sino la forma que asuman. El binomio contenido/forma no es más que “*la relación tautológica por la cual la forma se relaciona consigo misma*”.⁴⁴¹ La identidad de algo depende de su determinación oposicional y cualquiera de sus rasgos percibidos necesariamente va a remitir a un universo simbólico. Esto último es relevante considerarlo cuando se piensa en la interpretación judicial. Ella necesariamente opera de modo retroactivo dotando de sentido e instalando una necesidad sobre los hechos probados y las normas que relacionan con estos. Lo anterior si bien la necesidad primigenia tras todo el acto nominativo es esa necesidad de la apariencia.

En cuanto a la identidad del sujeto propiamente, Žižek trabaja con los conceptos anteriormente mencionados de ciudadanía y deshumanización. La idea del individuo deshumanizado se vuelve un concepto-límite kantiano de “humanidad”; un “*noúmeno kantiano*”, dice. Es en este punto que elabora el uso de la noción ‘sujeto barrado’ aplicado a los DH. Dice que, al acercarse al ‘ser deshumanizado’, lo que se encuentra es

⁴⁴¹ ŽIŽEK, *vid supra* nota 69, “La identidad y sus vicisitudes: La Lógica Hegeliana de la Esencia como una Teoría de la Ideología”.

“*el horror puro*”, el ser humano como tal, ese algo desprovisto de cualidades fenoménicas. Una vez más, un individuo similar o igual al *odradek* de Kafka. El humanismo de los DH cubre la monstruosidad de este vacío del “*ser humano como tal*” (nada definido detrás) presentándolo irónicamente, como una esencia humana sublime.⁴⁴² En cuanto a la construcción de la identidad de los nuevos movimientos sociales, los cuales se perfilan como otros emisores del discurso de los DH, cabe decir que Žižek realiza una diferenciación entre identidad e identificación, siendo que hay una brecha incommensurable entre ambas⁴⁴³, que funciona a manera de *che vuoi*. Esa incompletud es de por sí un rasgo de los proyectos de autonomía y también permite situarse en un espacio (espectro) en el que se puedan ver las fracturas a las construcciones y auto-construcciones del sujeto.

Derechos humanos, apolitización y universalidad

En relación con los DH, Žižek asume una posición particular en torno al tema de la universalidad, más allá de ver a ese tipo de discurso como un mecanismo ideológico. Considera que el discurso del multiculturalismo relativista pluralista ya mencionado, o el discurso de la identidad, se traduce en una auto-exclusión, como ya se mencionó *supra*. A la vez, toma la concepción cristiana de universalidad, para verla como una posición ética de “*solidaridad transversal*” ante esta corriente individualista. No traduce la universalidad en igualdad de todos los seres humanos, sino en una participación colectiva en una “*lucha universal*”.⁴⁴⁴

Aquí Žižek deja su posición crítica usual para pasar a una propuesta más normativa, si bien surge como una ofensiva al comunitarismo que usualmente se opone a la idea de universalidad de los DH, al considerar que el relativismo impide la posibilidad de lucha. Está pues en contra de ahogar la lucha social y la relación social en ideología de la post-política que aísla y privatiza a los individuos haciéndoles creer que su situación tiene que ver más con ellos mismos, sus deseos, anhelos y formas de ver el mundo, que su

⁴⁴² ŽIŽEK, Slavoj, “The Obscenity of Human Rights. Violence as a Symptom”. En: www.lacan.com. Zizek Bibliography, 2005.

⁴⁴³ BUTLER, LACLAU y ŽIŽEK, *vid supra* nota 382.

⁴⁴⁴ FRIERA, Silvina, “Tomo la idea cristiana de universalidad”. Entrevista a Slavoj ŽIŽEK a propósito de la publicación del libro “El Títere y el Enano”. En: Periódico digital Página 12. Argentina, 6 de mayo de 2005.

circunstancia y su relación con lo existente. Se piensa que lo objetivo no es cognoscible, no obstante se lucha por algo concreto alrededor de lo cual todos se reúnan. La dimensión universal hace que una causa trascienda los afectados y se piense que todos estamos afectados por ella.

Para Žižek, los DH son una forma de acceder a esa universalidad, la cual se conceptualiza como un espacio discursivo desde el cual se haga política y se vean las cosas más allá del plano individual. Así que, aunque el autor critica que los DH tienden a situarse en una posición incuestionable, a apolitar los conflictos, y, aún más, a volver todo gesto de cambio del sistema en un “*acto totalitario*”⁴⁴⁵, ve también en dicho discurso la oportunidad para la resistencia de visibilizar sus posiciones.

Así por ejemplo, considera que es la idea de otorgar un valor intrínseco a la persona (idea de la dignidad) lo que ha permitido el desarrollo del pensamiento feminista y su cuestionamiento de los roles de género.⁴⁴⁶ Esto por cuanto la idea de universalidad permite una postura de trascendencia frente a la estructura social, desde la cual realizar el cuestionamiento, la crítica ideológica. Con respecto a todo esto, cabe decir entonces que se ve a los DH como un discurso incompleto, como un “campo de batalla”, un asunto sin resolver, y no solo como un término vacío o un universo ideológico en el que se ha dado un cierre semiótico permanente. La universalidad se reivindica como un espacio en el que lo político y aquello que constituye los vínculos sociales es preeminente, frente al anterior predominio de la heteronomía.

Otra ventaja de la creación de este espacio por parte de los DH, es que desde el discurso del Otro se pueden percibir las fracturas del discurso normativo dominante: la narrativa del otro se vuelve un síntoma o un signo. Ahora, no es que todos los discursos tengan el mismo valor (sea, uno relativo: existente solo para el emisor del discurso), sino que se debe contemplar la dimensión universal de las enunciaciones en la red intersubjetiva, en

⁴⁴⁵ ŽIŽEK, *vid supra* nota 437, “Human Rights and its discontents”.

⁴⁴⁶ ŽIŽEK, Slavoj, “Soy un ateo combativo.” Traducido de: “I am a Fighting Atheist: An Interview with Slavoj Žižek”. En: *Bad Subjects. Volumen 59*. Entrevista realizada por Doug Henwood y Charlie Berstch. Nueva York, Febrero de 2002.

el magma de las significaciones imaginarias, así como su jerarquización expresada institucionalmente. Hay narrativas que valen más pues constituyen fantasías ideológicas dominantes, pero no se descarta que con sus elementos se puedan construir otras relaciones, como ocurre puede ocurrir con los DH cuando estos son apropiados por los nuevos movimientos sociales.

Žižek explica que, en una sociedad donde predomina el intercambio de la mercancía, los individuos en su vida cotidiana se relacionan entre ellos, consigo mismos y con los objetos circundantes como si fueren todos “*encarnaciones contingentes de nociones abstractas-universales*”.⁴⁴⁷ Lo que yo soy, en términos de mi contexto socio-cultural, es experimentado como algo contingente, pues lo que en última instancia me define es la capacidad abstracta de pensar o de trabajar. También el objeto puede satisfacer, en tanto la satisfacción se maneja en un plano más abstracto, cual es la conceptualización de la capacidad de desear como algo independiente, importante, algo que no puede ser satisfecho.

Se considera que esta remisión del individuo a una trascendencia no necesariamente debe verse en términos del fetichismo de la mercancía. Desde mucho antes del capitalismo, la búsqueda de sentido se remite a nociones metafísicas, abstractas. Sería quizás con respecto a esa sociedad capitalista, que el individuo se configura a sí mismo en términos de su productividad, eficiencia, trabajo, etc., y, tras rechazar la divinidad, la naturaleza y la Razón, el individuo queda solamente con su quehacer diario. Así, su “*pensamiento mítico*” (Eliade)⁴⁴⁸ se canaliza hacia la abstracción “valor”: el valor de cambio de las cosas y del trabajo.

En todo caso, la idea principal en relación con los DH va en torno a “*la identificación de un contenido particular que hegemoniza la forma universal...*”.⁴⁴⁹ Sea, las condiciones históricas que permiten la universalidad como un hecho de la vida social y que los individuos se vean a sí mismos como sujetos de DH, son las que se vinculan con esta

⁴⁴⁷ ŽIŽEK, *vid supra* nota 360, “Against Human Rights”

⁴⁴⁸ ELIADE, Mircea, Tratado de Historia de las Religiones. Biblioteca Era. México D.F, 1964.

⁴⁴⁹ ŽIŽEK, *vid supra* nota 360, “Against Human Rights”.

noción de valor abstracto. A tal motivo, sùmese la construcción moderna y cristiana del sujeto, que incluye la visualización del propio ser como trascendente, autónomo y poseedor de un valor intrínseco. Aunque si bien es cierto, está la contradicción de la que habla Žižek consistente en la forma en que riñe la noción de dignidad con el valor que tiene una persona desde una perspectiva relacional. Tanto por su condición o no de ciudadano de tal o cual organización política, como el valor que le da la sociedad capitalista de acuerdo con su capacidad productiva y la clase social en la que ha nacido.

Žižek menciona que la brecha entre los DH y los derechos políticos de los ciudadanos no es la diferencia que usualmente se alega entre “lo universal”, “el género de lo humano” y la esfera política particular. En esto Žižek cita a Rancière, quien afirma que más bien, dicha división es la que “*separa a la comunidad de sí misma.*”⁴⁵⁰ Los DH marcan los límites del accionar político posible en un determinado sistema. Se explica que entonces los DH permiten a quien emite el discurso tener el derecho a la universalidad: el agente político se puede “*afirmar a sí mismo como ‘súper-numerario’, aquel que no tiene un lugar particular en el edificio social; un agente de lo universal en lo social.*”⁴⁵¹

Se establece entonces en la dinámica universal de los DH una paradoja. Por un lado, como ya se mencionó, los DH se asumen a sí mismos y a quien los pronuncian en su discurso, como pre-políticos. En este sentido, tienen la capacidad de apolitar conflictos. Por otra parte, los DH son políticos y son capaces de crear espacios de politización, de visibilización de ciertos conflictos. Esto en particular si se apela al discurso de la universalidad que los acompaña como una posición de lucha, que es lo que propone Žižek. Al mismo tiempo, Žižek considera que el dejar de lado la idea (la “metapolítica”) de los DH al considerar los derechos ciudadanos, haría en realidad que estos últimos se situaran en una posición “post-política” (post-ideológica) y, dentro de un discurso ideológico, se hablara solamente de negociación de intereses dejando de lado la idea de la dignidad del ser humano y la búsqueda de la equidad.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

Un segundo aspecto es que, los DH al universalizarse, recurren a un mecanismo ideológico que les hace inmunes a la crítica, a la vez que una justificación para el intervencionismo militar y la imposición de determinadas posiciones políticas y relaciones de dominación. En contraposición, esa misma universalidad, es la que trae consigo la idea del valor intrínseco de la persona y, consecuentemente, la oportunidad para grupos o individuos de situarse en una posición en la que su discurso alternativo pueda ser valorado.

7. Crítica ideológica y discurso

"Poder y saber se articulan por cierto en el discurso. Y por esa misma razón, es preciso concebir el discurso como una serie de fragmentos discontinuos cuya función táctica no es uniforme ni estable. Más precisamente, no hay que imaginar un universo del discurso dividido entre el discurso aceptado y el discurso excluido o entre el discurso dominante y el discurso dominado, sino como una multiplicidad de elementos discursivos que pueden actuar en estrategias diferentes."
Michel Foucault (1978: 122)

En acápite anteriores, se ha venido exponiendo la relación entre ideología y discurso. La ideología se define en términos de significaciones y signos, como una práctica social creadora de sentido y legitimadora de ciertas relaciones de dominación. El discurso por su parte, es una realidad en sí misma, una práctica social. En el presente acápite, se ahondará en la relación entre discurso e ideología desde autores como Eagleton, Salas y Foucault. La importancia de esto radica en poder ubicar en el campo del discurso el espacio para la crítica ideológica y, en este sentido, poder sostener que los principios eje de la doctrina y jurisprudencia de la Corte IDH son un campo discursivo e ideológico sobre el que se puede realizar tal análisis.

Eagleton plantea una división basada en el trabajo de Émile Beneviste. Expresa que la ideología es un asunto de ‘discurso’ más que de ‘lenguaje’. Con ‘lenguaje’, se refiere a “*los usos del lenguaje actual entre seres humanos individuales para producir efectos específicos*”.⁴⁵² Eagleton expresa aquí el lugar común en teoría del discurso de la necesidad de examinar el contexto discursivo para poder comprender plenamente el mensaje. El autor inglés pasa luego a hablar específicamente sobre el discurso ideológico.

⁴⁵² EAGLETON, *vid supra* nota 201, p.29.

Para él, este tiene una “*formación discursiva*” similar a la de una novela, en la que elementos normativos determinan la naturaleza de los elementos empíricos:

*“Es posible, pues, concebir al discurso ideológico como una compleja red de elementos normativos y empíricos en el que la naturaleza y la organización de los primeros está determinada finalmente por la naturaleza de los segundos. En este sentido, la formación ideológica es parecida a una novela”.*⁴⁵³

Por otro lado, un discurso que se considere ideológico ha de tener alguna relación con el poder. Si bien, como apuntan otros autores como Nietzsche, *todo* está relacionado con el poder. Vale aclarar que, para Eagleton, una “*formación discursiva*” es un conjunto de reglas que establecen lo que puede y debe decirse desde una posición particular de la vida social. La formación discursiva es una matriz de significado, o un sistema de relaciones lingüísticas en el que se generan procesos discursivos reales. Toda formación discursiva es parte de una totalidad estructurada de tales fenómenos.

De acuerdo con este autor, cada formación discursiva está inserta a su vez en una formación ideológica, que contiene tanto prácticas discursivas como no discursivas. En este sentido, puede decirse que la propuesta normativa de Žižek es la defensa de la universalidad de los DH en tanto su formación discursiva permite una posición privilegiada en la vida social – aunque sea solamente desde la realidad del discurso – creando como efecto la visibilización de una posición alternativa en un sistema dominado por un discurso distinto al que se plantea.

El aporte de Eagleton en su obra compilatoria está entonces en concebir a la ideología como un fenómeno discursivo y semiótico, más que como ideas o pautas conductuales. Considera que situar el debate en signos y discursos es situarlo en las prácticas sociales, en contraposición a situarlo en la conciencia, que sería la perspectiva idealista. Consecuentemente, la ideología vendría a referirse a ciertos efectos en los campos discursivos. Efectos por ejemplo que traduzcan en la exclusión de determinadas formas de significación y la fijación de ciertos significantes en una posición dominante. La palabra aquí viene a ser el fenómeno ideológico por excelencia.⁴⁵⁴

⁴⁵³ *Ibid*, p.46.

⁴⁵⁴ *Ibid*, p.250.

Para Eagleton, todo proceso discursivo está inscrito en relaciones ideológicas y estará moldeado interiormente por su presión. El lenguaje, al ser la base común de toda formación discursiva, se convierte en el medio del conflicto ideológico. Lo que él denomina una “semántica discursiva” examinaría entonces cómo se vinculan los elementos de una formación discursiva específica para formar procesos discursivos con referencia a un contexto ideológico. También se habla de un “*rastrear la huella del poder social*” en las estructuras léxicas, sintácticas y gramaticales.⁴⁵⁵

En el caso del presente trabajo, se tomarán los principios de interpretación como matrices de significación y de sentido. Incluso, podría pensarse que se toman como parte de la formación discursiva que permite ciertas formas de interpretación judicial. Las resoluciones judiciales se consideran prácticas discursivas moldeadas por un contexto ideológico que se tocará brevemente en la siguiente parte.

Un punto interesante, que ya se ha venido mencionando a lo largo de la explicación sobre la ideología, es la relación entre el discurso y el emisor. Eagleton explica que en todo este proceso de formaciones discursivas en contextos ideológicos, se oculta normalmente al hablante individual en un acto que Pechêux denomina “*de olvido*”. Piénsese en este caso en el juez, o incluso el litigante cuyos argumentos son tomados en las resoluciones. En razón de tal olvido, es que es posible el mecanismo de naturalización: que lo que diga el hablante parezca obvio, natural. Eagleton va más allá en cuanto a la caracterización del hablante, al que aquí llamaremos juez. Observa que este ‘olvida’ que es solo una función de una formación discursiva o ideológica, “*y con ello se reconoce erróneamente como autor de su propio discurso*”.⁴⁵⁶

Recuérdese que Eagleton afirma que atenta contra la posibilidad de una definición de ideología que se defina a todo discurso como ideológico. Salas resuelve esto al limitar la definición de discurso y agregar a ella el componente de relaciones de poder: “*cualquier enunciación que integrase en sus estructuras al locutor y al oyente, con el deseo por*

⁴⁵⁵ *Ibid*, p.251-253.

⁴⁵⁶ *Ibid*, p.252.

parte del primero de influir en el otro".⁴⁵⁷ A la vez, Salas realiza un razonamiento igual al de Nino que se expuso con anterioridad, consistente en que la definición en el marco del discurso necesariamente implica procesos de exclusión e inclusión de grupos e individuos. De manera que concibe al discurso como un mecanismo alrededor del cual se constituye la colectividad y la identidad social de los individuos.⁴⁵⁸

Con respecto a esta relación entre poder y discurso, para Bordieu, los discursos no están solo destinados a ser comprendidos, descifrados, sino que son signos de autoridad destinados a ser creídos y obedecidos. El valor del discurso depende entonces de la relación de fuerza del que es resultado.⁴⁵⁹ Aquí entra a jugar el concepto del mismo autor de violencia simbólica, que se refiere a una violencia que "*arranca sumisiones*" que no son percibidas como tales al apoyarse en acontecimientos colectivos de creencias socialmente inculcadas. La teoría de la violencia en este caso "*descansa sobre una teoría de la producción de la creencia, del trabajo de socialización necesario para producir agentes dotados de esquemas de percepción y apreciación que les permitirán percibir las ordenes inscritas en una situación o discurso y obedecerlas*".⁴⁶⁰

Considérese ahora la perspectiva de Foucault del discurso. Para dicho autor, el discurso se convierte en un dispositivo de poder cuando su lenguaje opera de forma excluyente. Foucault visualiza al discurso como una *práctica* de poder que puede ser represiva, y en esto coincide con la definición ya dada de discurso como práctica social y la expresada por Salas que relaciona discurso y poder. No obstante, hay que adicionar que el discurso es a la vez un *espacio* en el que el poder se materializa. Un tercer elemento es la capacidad constitutiva del discurso, de forma que no puede ser reducido a una visión utilitarista, bajo la cual este se encuentra en función de la descripción de la realidad y el establecimiento de una comunicación.

⁴⁵⁷ SALAS, *vid supra* nota 83, p.23.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p.81.

⁴⁵⁹ BORDIEU *et al.*, *vid supra* nota 418.

⁴⁶⁰ *Ibid.* (Traducción libre del francés)

Otro aspecto importante de la explicación de Foucault es la relación que hace entre discurso, poder y saber. El poder sintetiza saber y produce verdad y realidad. Saber y discurso se relacionan ya que el ejercicio del poder-saber se expresa en la capacidad de generar discursos, sin que el poder se localice en un lugar determinado.⁴⁶¹

Por esta razón, junto con los sacerdotes, los médicos, los académicos y los jueces pueden ser “*verdugos profesionales*”: instituciones en las que se controla mediante el discurso, al cual, como explica Foucault en su modelo panóptico, es un discurso que nadie vigila pero que todo lo impregna, y que atraviesa al sujeto y sus prácticas cotidianas. El sujeto no se cuestiona, y normalmente no analiza el discurso para comprender las condiciones en las cuales se ejecuta; la hermenéutica no diferencia los aspectos simbólicos-metafóricos-representacionales de los institucional-funcionales.

Foucault expresa la relación poder-saber en los siguientes términos: “*todo conocimiento es poder, puesto que supone alteración y modificación sobre la superficie para producir un determinado nivel y orden de visibilidad de las cosas.*”⁴⁶² La función del discurso es visualizar las cosas, jerarquizarlas, ordenarlas, crear puntos de partida y de llegada. Esta implementación de poder y saber – según Tirado y Mora – solo puede realizarse en el espacio, ya que se da un acto de apropiación. En el orden del discurso, las categorías y reglas reúnen una serie de elementos que de otro modo hubieren estado dispersos, en aras de la creación de sentido. Las reglas son cambiantes porque están sujetas al orden del tiempo, localizadas porque se dan con respecto a un determinado espacio y no son generales ni universales.

⁴⁶¹ Recuérdese que para Foucault, el poder no es global, no es “ubicable” en tanto no es una cosa ni es general, mas se localiza temporalmente en ciertos espacios en los que es ejercido. El poder como algo local, específico y difuso. No hay esencias ni centralizaciones. El poder entonces se expresa en redes y, en esta medida, los individuos son portadores de distintas relaciones de poder. Como consecuencia de lo anterior, el poder no es algo que sea propio de ciertas clases, instituciones, o ámbitos como la política (si bien en este ámbito se dan pugnas de poder cuando confluyen diversos espacios), sino que penetra todos los espacios de interacción de los sujetos individualizados en forma de redes estratégicas complejas entre actores. Por ello, no puede decirse que se genere en una determinada estructura como el Estado por ejemplo. Ver en este sentido, TIRADO y MORA, *vid supra* nota 242. p 23. *Vid* también: FOUCAULT Michel; Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones, Alianza Editores, Primera Edición. Madrid, 1981.

⁴⁶² TIRADO y MORA, *op. cit.*, p.34.

“La unidad del discurso de la verdad, no la encontramos en el objeto, siempre hay discontinuidades que hacen aparecer diferentes objetos en un mismo discurso, que hacen que el objeto se bifurque en una miríada de posibilidades.”⁴⁶³ El objeto es mutable, la percepción e interpretación de la realidad son mutables, el universo mismo que propone el texto está sujeto al cambio y la reinterpretación. La unidad tampoco está en el estilo, en el alfabeto, en la temática. *El poder* es la unidad del discurso, su verdad, y sus prácticas inmanentes son el ver y el hablar, que se dan en el espacio. Es aquí donde dice que el poder es saber, no engaño y, además, que produce. Las relaciones de poder-saber se definen como matrices de transformación.

Esto se refleja en la frase de Foucault en la que explica el ver y el hablar. Considera que en cada época hay una formación histórica, un saber que, como se mencionó anteriormente, hace ver todo en función de sus condiciones de visibilidad y “*que dice y hacer decir todo en función de sus condiciones de enunciación.*”⁴⁶⁴ Con ello, podría decirse que las condiciones para determinar si en un caso dado hubo violaciones de DH, están dadas por las normas y principios y su interpretación, los cuales establecen las condiciones de enunciación y, en este sentido, las condiciones de visibilidad. El enunciado prima sobre la visión, la construcción del objeto sobre un posible referente material.

En su obra *La verdad y las formas jurídicas*, Foucault se refiere explícitamente a la práctica judicial como una práctica social que, como toda práctica social, crea dominios de saber, formas de verdad, objetos y conceptos. En ella, se definen reglas del juego, nacen ciertas formas de subjetividad, de dominios de objeto y tipos de saber. La práctica judicial se percibe entonces como una relación entre el ser humano y “la verdad”.⁴⁶⁵ En este marco, la práctica judicial es también un discurso, definido en esta obra particular como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales y, se recalca,

⁴⁶³ *Ibid*, p.16.

⁴⁶⁴ *Ibid*, p.17.

⁴⁶⁵ FOUCAULT, Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona, 1998. (transcripción de conferencia publicada originalmente en portugués, Río de Janeiro, 1978) p.14, 15 y 17.

no puede ser reducido a un fenómeno lingüístico.⁴⁶⁶ Al mismo tiempo, al ser la práctica judicial creadora de dominios de saber, está sujeto su actuar necesariamente a relaciones de fuerza y relaciones políticas en la sociedad.⁴⁶⁷

Un aspecto que es importante recalcar para efectos de analizar las sentencias, es que el saber en Foucault remite al término ‘conocimiento’. Este último, insiste en que no ha de ser visto como una estructura universal, un objeto o una facultad, mas como una perspectiva, que es el sentido nitzcheano. Así que correspondiendo con la lógica de los dominios o espacios de saber, el conocimiento resulta en un acto de apoderamiento violento, una reacción del sujeto a determinadas situaciones de las cuales se apropia en una relación de fuerza. El conocimiento depende de la relación estratégica, de la posición en la que se sitúe el ser humano y resulta un ejercicio a la vez particularizante y generalizante.⁴⁶⁸

Otro elemento que vale tomar en cuenta es que el discurso judicial como práctica social, como se viene estableciendo a lo largo de este texto, construye subjetividades y sujetos de conocimiento. En este sentido, Žižek observó que el sujeto de los DH es el sujeto cartesiano, el cual Foucault describe como un sujeto unitario, un absoluto, un fundamento y núcleo central de todo conocimiento sostenido por un balance entre nociones de cuerpo y verdad, instinto y saber, deseo y conocer.⁴⁶⁹ Tal caracterización es relevante ya que se deduce que el sujeto construido en el marco del cristianismo y la historia de las ideas precedente a la Ilustración, se conserva luego del término de esta en el discurso jurídico (entre otros espacios), sobre todo lo relativo a este carácter absoluto, unitario y central del ser humano.

En contraposición a esta perspectiva de sujeto, la cual también va amarrada a la conceptualización de la ideología como conciencia falsa y a la división clásica en epistemología entre sujeto-objeto, Foucault propone un sujeto de conocimiento que, lejos

⁴⁶⁶ *Ibid*, p.16-17.

⁴⁶⁷ En cuanto a la relación dominios de saber- poder, *ibid*, p.31.

⁴⁶⁸ *Ibid*, p.30.

⁴⁶⁹ *Ibid*, p.16 y 25.

de verse obnubilado por sus condiciones de existencia, de forma que no puede acceder a la verdad, es formado por dichas condiciones, con lo cual las relaciones de verdad también son construidas a partir de las condiciones de existencia del sujeto, de sus relaciones sociales y formas políticas impuestas.⁴⁷⁰ La comprensión de las nociones de dominio de saber, poder, conocimiento, sujeto y formas de verdad es relevante para lograr comprender la noción de discurso en Foucault, noción de la que se partirá en este trabajo aunado a algunos elementos aportados por Eagleton en relación con la formación discursiva y la relación entre ideología y discurso.

8. Análisis de los principios de derechos humanos

El presente acápite, pretende completar el marco histórico dado al discurso de los DH al vincularlos con diversos discursos políticos a lo largo de la historia de las ideas políticas. Más que una revisión exhaustiva de la historia de los DH o los derechos naturales, lo que se pretende es proveer los principios de análisis: libertad/autodeterminación, dignidad/carácter absoluto de los DH, igualdad/universalidad, de una contextualización que facilite la comprensión de su contenido, al igual que se hará al explicar la historia de las instituciones del Sistema Interamericano.

El capítulo permite se aproxima a tres discusiones relevantes: la razón de la sobrevivencia del discurso de los DH, pese a la decadencia de la filosofía moderna; la centralidad del concepto del individuo autónomo en el discurso de los DH, y cómo los problemas con la construcción de dicha noción lleva a los problemas con el uso y contenidos de los DH. Finalmente, se reafirma desde otras instancias la naturaleza eminentemente ideológica (como mecanismo ideológico) de los DH, que aquí son conceptualizados como ficciones jurídicas.

⁴⁷⁰ Mencionado indirectamente por Foucault en su crítica al concepto marxista tradicional de ideología. *Ibid*, p.32.

a. El individuo autónomo como fundamento ideológico de los DH y la dignidad como principio antropológico dialógico

Un aspecto importante en el desarrollo de los DH, es su vínculo con una determinada concepción antropológica heredada de la modernidad: el individuo autónomo, el cual tiene una necesidad y por ende un *derecho* a una determinada cuota de libertad y de bienestar para poder llevar a cabo su voluntad. El afamado autor escocés Macintyre incluso llega a afirmar que los DH, como ficción moral, fueron “*generados para servir a los propósitos del invento social del agente autónomo.*”⁴⁷¹

El individuo autónomo del humanismo, el liberalismo y el utilitarismo, se concibe prácticamente aislado y lo único que le ha de preocupar, como reza el utilitarismo, es la búsqueda de su propia felicidad. No hay otra opinión que la suya, no hay heteronomía que le subyuga: no hay contingencia, alienación u otra realidad más allá de la que se proponga; no hay peso de la circunstancia sino el puro yo y su libertad.

Desde una perspectiva colectiva, las cartas de derechos, tales como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y el *Bill of Rights*, se centran en el establecimiento del sistema democrático, bajo el entendido que los derechos son inherentes a las personas, y como tales, solo estas pueden otorgárselos. Hudson considera que, más que una búsqueda de la igualdad, el elemento clave en esas declaraciones es la soberanía popular⁴⁷², como expresión colectiva de la teoría del individuo autónomo. El sistema de derechos se vuelve también una limitación a aquello que se vaya a hacer en beneficio de la sociedad, lo que el individuo deba sacrificarse por el bien colectivo.⁴⁷³

Las cartas de derechos posteriores, tales como la Declaración Universal de DH, también fueron una declaración contra ciertos regímenes: “...*the invocation of dignity and the*

⁴⁷¹ MACINTYRE, Alasdair. “Some consequences of the failure of the Enlightenment project”. En: After Virtue: a Study in Moral Theory. Compilado en WINSTON, Morton E. (editor), The Philosophy of Human Rights. Wadsworth Publishing Company. California, 1989. p.178

⁴⁷² HUDSON, *vid supra* nota 33, p. 214.

⁴⁷³ *Ibid*, p.221.

rights of man has to be seen as counter-thesis and counter-ideology of the Free World to the ideologies of the Axis Powers and in particular to National Socialism...”⁴⁷⁴

Finalmente, la noción de dignidad humana se utiliza como respuesta a la noción de “dignidad del Estado”, la cual se encuentra presente en la historia de Alemania, particularmente en los ataques del nacional socialismo a la Constitución de Weimar.⁴⁷⁵

Incluso la noción que precede al individuo autónomo secular, cual es el de persona humana del Cristianismo, “*transforma el horizonte filosófico*”, al incorporar la idea de la trascendencia y de la plenitud del ser humano en sí mismo, sin necesidad de este de ser parte de nada.⁴⁷⁶ Como no puede negarse por completo el aspecto social del ser humano, el individuo autónomo se enmarca en el presupuesto de una sociedad armónica y de la capacidad de los individuos – sobre todo cuando estos se conciben como naturalmente buenos – de vivir en armonía, aunque para ello no se requiera otro esfuerzo que la consecución de sus fines egoístas.⁴⁷⁷ En el caso de autores como Smith por ejemplo, la mayor expresión de la felicidad humana es la riqueza económica, la cual equivale a abundancia y prosperidad.⁴⁷⁸

Barny explica que el individuo autónomo de los derechos del hombre, tal y como fueron concebidos en la Revolución Francesa (1789-1796), es un *absoluto* y encuentra toda trascendencia en sí mismo: es su principio y su fin. Su razón de ser, su carácter absoluto,

⁴⁷⁴ ARIELI, Yehoshua, “On the necessary and sufficient conditions for the emergente of the doctrine of the dignity of man and his rights”. En: KRETZMER y KLEIN, *vid supra* nota 2, p.3. “...*la invocación de la dignidad y de los derechos del hombre ha de ser vista como un contra-argumento y una contra.ideología del Mundo Libre a las ideologías de las Potencias del Eje y en particular al nacional-socialismo*”. (traducción libre).

⁴⁷⁵ FROWEIN, Jochen Abr., Human Dignity in International Law. En: KRETZMER, David, KLEIN, Eckart, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse. The Minerva Center for Human Rights, The Hebrew University of Jerusalem. Tel Aviv University. Kluwer Law International. The Hague, 2002. p. 123.

⁴⁷⁶ ECHEVERRÍA FALLAS, *vid supra* nota 55, p.19-21, refiriéndose al pensamiento de Tomás de Aquino.

⁴⁷⁷GINER, *vid supra* nota 3, p.302-303, cuando se refiere a la moral individualista desarrollada posteriormente a Hume, por autores como Smith y su profesor Hutcheson. Para Giner, esta posición de Smith por ejemplo, junto a su aversión a los impuestos “*es la expresión teórica más acabada de los anhelos de la burguesía industrial y marítima de Gran Bretaña...*” (p.305). El hombre naturalmente bueno es concebido por autores como Locke, Tomás de Aquino, y los fundadores del humanismo cristiano, como Erasmo de Róterdam y Francisco de Vitoria. Para estos últimos la bondad está en la capacidad del hombre de conocer la verdad moral, idea seguida por el autor contemporáneo John Rawls.

⁴⁷⁸ *Ibid*, p.305.

no provienen de ningún orden al cual se integre, sino que el individuo tiene sentido, existencia y relevancia por sí mismo.⁴⁷⁹ Tomás de Aquino en este sentido acuñó la frase: “*liber est causa sui*”, dando a entender que la libertad es la causa y el origen del hombre, en contraposición al organicismo naturalista propio del pensamiento político clásico. De ahí dice Barny, que la emancipación del individuo sea la moral moderna. Por otro lado, el individuo autónomo crece a la par del mercantilismo y ve nacer al capitalismo; “*el individuo moderno es, originalmente, burgués*”.⁴⁸⁰

Una expresión más elaborada de ese sujeto autónomo y que sí toma en cuenta su aspecto relacional, se da con el concepto de autoconciencia de Hegel.⁴⁸¹ La autoconciencia refiere a la diferenciación del individuo de los demás, ya sean estos objetos u otros sujetos. Con respecto a otros sujetos humanos, el individuo busca un reconocimiento como otro ser humano, y con base a ello construye su identidad. Sin embargo, a veces no quiere reconocer al otro como ser humano y como a su semejante.

Por ello, Hegel considera “útil” la idea de dignidad inherente. El reconocimiento universal de un principio indiscutible haría que triunfase lo que él y muchos gobiernos estadounidenses han llamado “el reino de la libertad”. Para Hegel, “dignidad” implica reconocer la libertad en el otro y, la derivación práctica de ello es tratar al otro como un fin en sí mismo y no como un medio para yo buscar mi propio placer.

Nótese en este caso que la dignidad no es algo propio del individuo, sino que es algo que los demás deben reconocer en él, en su ejercicio de reconocer en el otro, un sujeto igual a ellos. Lo que es propio del ser humano es su libertad, y de allí se deriva esa dignidad, o ese valor. De modo que el no-reconocimiento del principio de dignidad es “alienante” para Hegel, pues constituye una “*negación de la propia esencia*”.⁴⁸² En este orden de ideas, apunta Ritschl que la dignidad es un **concepto dialógico**, es decir, inseparable de la

⁴⁷⁹ BARNY, Roger, *Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796)*. Droit Naturel et Histoire. Annales Littéraires de l'Université de Besançon-No. 493. Diffusion Les Belles Lettres. Paris, 1993. p.57.

⁴⁸⁰ *Ibid*, p.57

⁴⁸¹ GINER, *op.cit.*, p.377-383

⁴⁸² *Ibid*, p.377-383.

relación entre las personas, que necesita ser impartido por otros mediante lo que dicen y hacen.⁴⁸³ La noción de dignidad humana es usada bajo esta lógica hegeliana como un límite absoluto al poder del Estado en las convenciones de DH, a pesar de que, como indica Frowein, lo que la dignidad humana “requiera” depende del contexto.⁴⁸⁴ En este sentido, algunos autores abogan que no debe usarse la noción universal de dignidad humana como argumento absoluto y emocional, sino que el derecho positivo de cada país o presente en las convenciones y declaraciones deben dotarle de un contenido más específico.⁴⁸⁵

Ritschl considera también que para los fines de protección de la persona humana, resulta más ventajoso considerar la dignidad humana como algo que debe ser reconocido e implementado por el otro, que una cualidad inherente. Esto por cuanto si se considera la dignidad como inherente al ser humano, se cae en lo que ocurre actualmente de categorizar a ciertos individuos como menos humanos, menos dignos.⁴⁸⁶ Tal es el caso de los ‘terroristas’, los ‘criminales’, y como ha ocurrido en el pasado con las mujeres, los esclavos, y de grupos de individuos completos considerándose superiores a otros, por ejemplo los blancos sobre los negros, los hombres sobre las mujeres, los españoles sobre los amerindios, los ricos sobre los pobres. En cambio, si se utiliza la dignidad como tesis antropológico-teológica de principio, en todos los casos en los que se esté frente a un ser humano, o un ser sintiente en el caso de quienes extienden los DH a seres no humanos, se ha de respetar el principio de dignidad.

El autor de cita también sintetiza críticas realizadas últimamente al principio de dignidad que se pueden resumir en lo siguiente:

- a. Generalización del concepto como si fuera un principio ético o legal en vez de antropológico, de modo que se pueden derivar conclusiones de él. Ejemplo: se

⁴⁸³ RITSCHL, Dietrich, “Can Ethical Maxism be derived from theological concepts of human dignity?” En: KRETZMER y KLEIN, *vid supra* nota 2, p.98.

⁴⁸⁴ FROWEIN, *vid supra* nota 475, p.123.

⁴⁸⁵ En este sentido véase por ejemplo RITSCHL, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁸⁶ *Ibid*, p. 98.

considera en un caso la violación al derecho o al principio de la dignidad. Esta generalización es usual en las resoluciones de la Corte IDH.

- b. Utilización de la noción en el discurso como un recurso retórico apelando a su contenido emotivo. Se utiliza como una aserción dominante y absoluta, sobre todo en el ámbito socio-político y en el de la ética médica.⁴⁸⁷ Ejemplo: la eutanasia atenta contra la dignidad de la persona humana.

Autores como Macintyre detectan la indeterminación y la inconsistencia en las derivaciones doctrinales de la idea del individuo autónomo, en especial en relación con ideas como la de DH. Así también, autores como Salvat Boloña abogan por una nueva concepción antropológica que supere a la del individuo egoísta y que tome por ejemplo los derechos de tercera generación, llamados de solidaridad, como el eje para un nuevo discurso de los DH. A partir de la intersubjetividad, del individuo en su relación con los demás, se desarrolla una ética de la empatía y de la aceptación del otro en su diferencia.⁴⁸⁸

Esto en vez de la visión que prima en la concepción del individuo autónomo, donde lo único que interesa es que los demás no interfieran en la búsqueda de la felicidad del sujeto, y que la sociedad y el Estado permitan la convivencia de las diversas esferas de autonomía⁴⁸⁹ dejando de lado el desarrollo de la personalidad en su aspecto relacional con el otro y con el ambiente. Cualquiera que sea el régimen en que se apliquen los DH, o el discurso en el que se inserten, tienen esta concepción antropológica del individuo autónomo como núcleo, y se constituye, finalmente, en su fundamento ideológico.

El individuo autónomo fue desarrollado también por autores como Spinoza, quien considera que la naturaleza humana se resume en buscar la satisfacción de su propio deseo, a la vez que la razón es natural al hombre. Por ende el deseo lleva a la búsqueda de

⁴⁸⁷ *Ibid*, p.93.

⁴⁸⁸ SALVAT BOLONA, Pablo, “Derechos Humanos. Diccionario de pensamiento crítico latinoamericano”. p.140-141.
http://www.proyectamerica.cl/UserFiles/File/Derechos%20humanos_Salvat%20diccionario%20latinoamericano%2004.pdf

⁴⁸⁹ ECHEVERRÍA FALLAS, *vid supra* nota 55, p.38. La autora considera que ello “*corta las raíces del yo*” al rechazar todo lo que no sea fruto de la libre elección.

la sobrevivencia, y el deseo lleva a la virtud. No obstante, para Spinoza, la sociedad civilizada requiere de otro derecho además del natural.⁴⁹⁰

Si la sociedad necesita o no de normas sociales depende en parte de si se considera que el ser humano es naturalmente “malo” o “bueno”. Así, Spinoza y Hobbes lo consideran naturalmente malo, mientras que Locke, Erasmo de Róterdam y Rosseau, bueno. Rousseau sin embargo, quien aboga por leyes sociales, no considera siquiera la existencia del derecho natural, mas piensa que mediante un contrato social es necesario establecer un orden que vaya más allá del conjunto de voluntades individuales.⁴⁹¹

Hay sin embargo otra perspectiva, sostenida por autores como Dworkin, Ignatieff y de manera indirecta Hannah Arendt. Esto es: “*we need human rights to protect those persons who are – for whatever reason – beyond our empathy and beyond our recognition as fellow-citizens of good standing.*”⁴⁹². Sea, el ser humano puede ser cruel y no sentir ninguna compasión hacia el otro, despojándole de su todo y dejándole como un esclavo negro, un terrorista, un judío, un animal que solo nace para ser comido, y todo ello es de inferior condición a la suya y el grupo al que pertenece. Los DH serían entonces como una barrera contra la naturaleza cruel del individuo que tiende a hacer del otro su instrumento.

Regresando al análisis del individuo autónomo, dice Macintyre que si bien puede aceptarse que un individuo razonable quiera una determinada cuota de libertad y bienestar para poder llevar a cabo su ejercicio racional, no de ello se deriva que los demás no deban interferir o deban cooperar con esa cuota. Sea, que de la percepción de una necesidad no se deduce que se cree un *derecho* y una obligación correlativa.⁴⁹³ Del mismo modo, la suma de los bienestares individuales *no* lleva a un bienestar colectivo, como tampoco lo hace la búsqueda del placer y el evitar el sufrimiento de cada individuo,

⁴⁹⁰ GINER, *op. cit.*, p.240-245.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p.325-328.

⁴⁹² HUDSON, *vid supra* nota 33, p.222. “*Necesitamos los derechos humanos para proteger a aquellas personas que, por la razón que sea, están más allá de nuestra empatía y más allá de poder ser reconocidos como conciudadanos en buena ley*”. (traducción libre)

⁴⁹³ MACINTYRE, *vid supra* nota 471, p.173.

como lo manifestaron Bentham y Stuart Mill. “La felicidad de la mayoría” o “el bienestar general” es una frase vacía, pues la felicidad o el bienestar no es una idea que pueda ser definida de una sola forma, sino que resulta del éxito de determinados proyectos de vida, que no son todos iguales, sino que precisamente dependen de las particularidades de cada individuo y su contexto socio-cultural y económico-político.⁴⁹⁴

La dignidad del ser humano resulta de varias cosas a lo largo de la historia. Desde una perspectiva cristiana, como ya se vio, depende de su relación con la divinidad. El humanismo cristiano, en el afán secularizador de la época, dejó de lado la relación con la trascendencia para imponer como principal característica de la humanidad, la razón,⁴⁹⁵ aunque nunca se especifica a qué fines responde esa racionalidad.⁴⁹⁶ La razón es la base de los derechos y de la dignidad, y la libertad es requisito *si ne qua non* de la razón y de la dignidad.⁴⁹⁷ No obstante, la divinidad no fue completamente dejada de lado, y ello se refleja en el pensamiento de autores como Smith y Locke, donde la moralidad última viene de Dios.⁴⁹⁸

Ritschl propone cuatro diversas nociones de dignidad y establece sus consecuencias. Se considera relevante sintetizar aquí solamente su referencia a la filosofía estoica y a la tradición judeo-cristiana. Sus otras menciones son la dignidad en Locke y Hobbes y en Kant, pero ello ya ha sido explorado en el análisis del individuo autónomo. Como ya se explicó, en realidad se considera que ambas nociones – dignidad e individuo autónomo – no son iguales, tanto por su origen histórico como por su contenido propiamente. Dignidad tiende a ser dialógico y teológico, mientras que la noción de individuo autónomo es un absoluto universal y es secular.

⁴⁹⁴ *Ibid*, p.173

⁴⁹⁵ GINER, *op. cit.*, p.166-170

⁴⁹⁶ Sobre el argumento de a qué racionalidad responde la razón humana, ver BARNY, *vid supra* nota 543, p.40

⁴⁹⁷ GINER, *op. cit.*, p.296, refiriéndose al pensamiento de Locke.

⁴⁹⁸ SIMMONS, John A., *Justification and Legitimacy. Essays on Rights and Obligations*. Cambridge University Press. Nueva York, 2001. Capítulo 9 “Human rights and world citizenship: the universality of human rights in Kant and Locke”. p.190

1. El concepto *Physis*. Propuesto en el marco de la filosofía estoica, dentro de la cual se establece el principio ético de reconocer las leyes físicas en todos los ámbitos que constituyen al mundo y adaptarse a ellas ya que representan la voluntad inexorable de la divinidad. La dignidad aquí es un axioma consistente en decir que el ser humano es sacro, digno por naturaleza.
2. Tradición bíblica. La dignidad no es algo inherente al ser humano sino que es algo dado por Dios: los seres humanos fueron hechos a imagen y semejanza de Dios, y por ende derivan su dignidad de él. Así que, el significado de la dignidad humana es no degradar ni avergonzar aquello que es divino en el ser humano.⁴⁹⁹

b. La lógica de justificación de los derechos humanos

A partir de las premisas explicadas antes: el ser humano tiene libertad, entonces tiene razón, entonces posee dignidad, es que se deriva el sistema de derechos. Macintyre apunta la falla lógica aquí que la apelación a la universalidad no se deriva de las premisas anteriores: del reconocimiento de la libertad y necesidades de un individuo no se deriva la obligación de los demás (incluyendo al Estado) por respetar eso.⁵⁰⁰

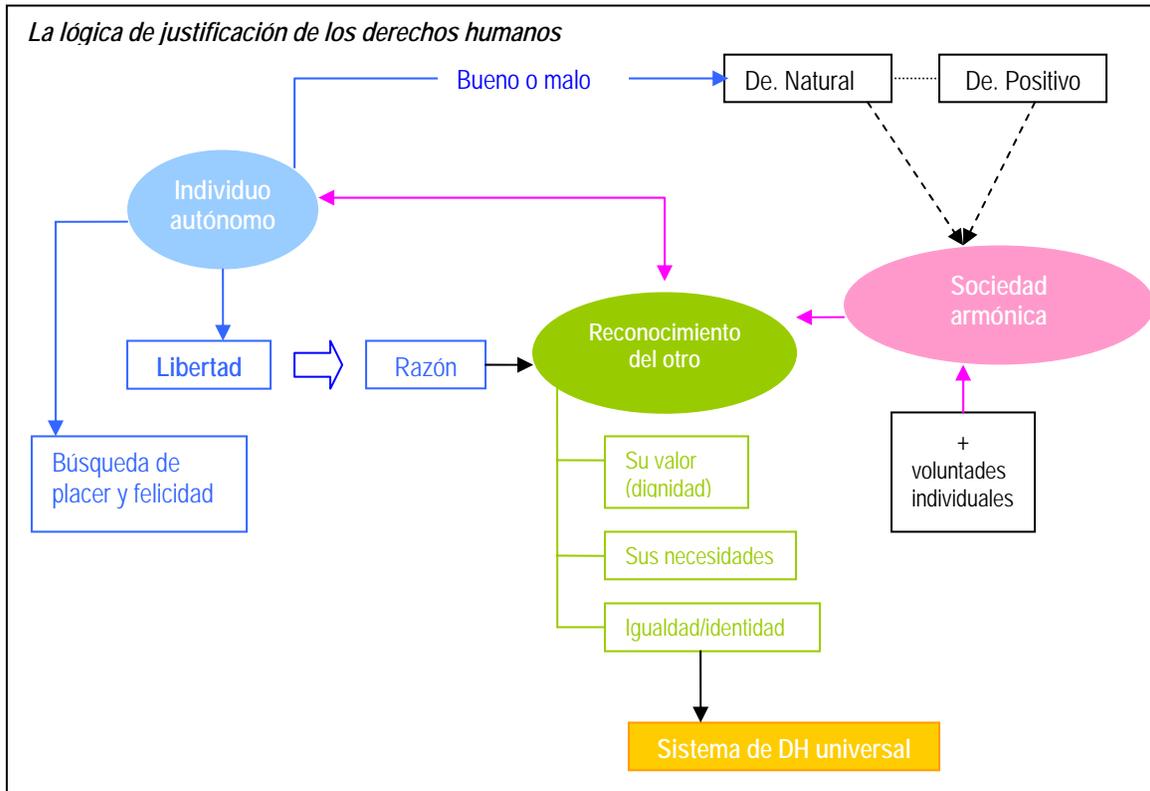
Los seguidores de Kant consideran, a partir de la idea del individuo autónomo, que los demás seres humanos tienen derechos si comparten las mismas características y, en general, si se permite a todos gozar de su individualidad, se llegará a un bienestar general. Las premisas aplicables a un individuo son aplicables a todos, por lo que se crean reglas generales, si bien la idea de autonomía es lógicamente contraria a cualquier intento de crear una ética o moral objetiva y separada. Los seguidores de Kant sin embargo consideran que todo agente racional está naturalmente comprometido con la moral, por lo que esa moralidad universal de hecho se deriva del individuo.⁵⁰¹ Dicha idea es retomada

⁴⁹⁹ RITSCHL, *vid supra* nota 483, p.96.

⁵⁰⁰ MACINTYRE, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁰¹ *Ibid*, 176.

por Rawls por ejemplo, quien en su “concepción deóntica” del individuo, dice que este tiene capacidad moral que le hace igual a los demás y apto para la cooperación social.⁵⁰²



Fuente: elaboración propia, 2008.

c. Argumentos contra la universalidad de los derechos humanos

No obstante, apunta Macintyre, la idea de universalidad no es aplicable a la de derechos, en tanto estos solo serán factibles en una sociedad en la que haya prácticas e instituciones que los reconozcan y los validen.⁵⁰³ Incluso Kant menciona que los “derechos innatos” solo pueden ser satisfechos en sociedad, en tanto los derechos sin un sistema coercitivo que los valide, no son verdaderos derechos.⁵⁰⁴

⁵⁰² RAWLS, *vid supra* nota 39, p.44. Sobre esta “concepción ideal”, RAWLS supuestamente da un concepto político-jurídico de la persona, normativo, y no antropológico-descriptivo, pero para efectos de ideología viene a ser lo mismo. La norma establece las relaciones de poder que en la vida práctica se justifican mediante la construcción de este individuo autónomo y vacío. Echeverría coincide con esta perspectiva y considera que esa idea de un *overlapping consensus* en la construcción del individuo es una farsa, en la medida en que no es posible que exista una visión normativa del ser humano que sea distinta de una noción ontológico-antropológica. ECHEVERRÍA FALLAS, *vid supra* nota 55, p.58 y 61.

⁵⁰³ MACINTYRE, *op. cit.*, p.177.

⁵⁰⁴ SIMMONS, *vid supra* nota 498, p.192-193.

Esto no es considerado por el derecho natural, el cual parte precisamente de la existencia de normas pre-sociales, que son las que deben regir la vida en sociedad. Filósofos como Marlasca López y Haba expresan que el problema con esto es quién decide finalmente qué es humano y qué no lo es, qué es natural y qué no lo es. Tanto la esclavitud como la libertad han sido considerados derechos naturales, las prerrogativas del rey y la soberanía popular como base de los derechos han sido ambas ideas vigentes.⁵⁰⁵ Piénsese también cómo el régimen natural, base de los DH, es la democracia representativa, según Locke y quienes les siguieron (los ilustrados, diversas corrientes liberales, la OEA), a la vez que Puffendorf concibió un *jusnaturalismo* que hiciera del absolutismo el régimen natural.⁵⁰⁶

La tendencia a la universalización de los derechos naturales tiene su máxima expresión en el Derecho Internacional, que tanto para Francisco de Vitoria como para Hugo Grocio, sus creadores, resultaba una derivación del derecho natural. Este último, según Vitoria, es inherente a todas las personas y pueblos por su dignidad. La afirmación en el caso de Vitoria fue realizada en el contexto de la conquista de América, cuando se dio la justificación de la evangelización para el genocidio, esclavización y tortura de los pueblos amerindios.⁵⁰⁷

Hugo Grocio por su parte realizó el gran aporte de secularizar por completo la ley natural, en el proceso de regular las relaciones entre los estados mediante el *ius gentium*, derivado de ese derecho natural. Basó la validez de sus teorías en lo que consideraba las necesidades más básicas de la existencia humana: la necesidad de vivir en sociedad y de vivir en un orden pacífico. Al ser estos bienes intrínsecos (como lo son para el utilitarismo la libertad y una cuota mínima de ‘bienestar’), las condiciones para su mantenimiento pueden ser descubiertos por la razón. Estas condiciones se vuelven la base de la ley natural y de la razón.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵MARLASCA LÓPEZ, Antonio. “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. (Una perspectiva actual. En el 50 aniversario de la proclamación de los derechos humanos por parte de la ONU: 1948-1998)”. En: Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica. XXXVI (90). San José, 1998. Marlasca lo toma de: PUY, Francisco. “¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?”. En: MUGUEREA J. *et al*, El fundamento de los derechos humanos. Editorial Debate. Madrid, 1989. p. 565.

⁵⁰⁶ Sobre PUFENDORF ver GINER, *vid supra* nota 3, p.236-237.

⁵⁰⁷ *Ibid*, p. 219-227.

⁵⁰⁸ ARIELI, *vid supra* nota 474, p.13.

Anterior al derecho internacional, la idea de una ley universal se dio en los estoicos, y de ahí fue tomada por el Imperio Romano para justificar su dominio sobre los pueblos conquistados. Finalmente, el *jus naturale* se volvió el vínculo entre la filosofía estoica y el Derecho Romano.⁵⁰⁹

“In tracing the sources of the rise of a secular system of law and judicature, claiming universal validity, it is relevant to observe that, the Codex Justinianus, was the first complete systematic representation of the whole field of the jurisprudence; that it was undertaken in order to put the Roman empire which was to be the universal empire of the whole Christendom under an uniform rule of law and order and that, by subjecting the legal practice of the World-Empire to general principles, it realized the Greek ideal of a turning the jurisprudence into a rational discipline.

In achieving this aim the influence of the Stoic philosophy, first that of Panaitos and Poseidonios and of later Stoicism was of great importance. Standing on the verge of becoming an Empire dominating the known world (imperium orbis terrarum), Rome adopted the vision of the Stoic philosophers which would justify its rule: to unify the Oikumene, the whole civilized World under one law to establish the rule of justice and order.”⁵¹⁰

Algunos de los principales argumentos contemporáneos contra la universalidad de los derechos humanos, no son refutaciones teóricas, sino de una índole más práctica. Una de ellas es la xenofobia y el racismo manifiesto en muchos países europeos contra los inmigrantes o bien, contra los grupos que fueron discriminados y segregados por el nacional socialismo. Otro grupo de argumentos proviene de países asiáticos, sobre todo aquellos que profesan el Islam, aunque también se menciona el caso del pueblo Mobotu en África. Consideran los DH como un gesto de etnocentrismo occidental, como una imposición a sus creencias. El hecho es particularmente notorio en el caso del Islam, ya

⁵⁰⁹ *Ibid*, p.14.

⁵¹⁰ *Ibid*, p.13. “Al buscar las fuentes del ascenso de un sistema secular de derecho y judicatura que exigieran una validez universal, es relevante observar que, el Código Justiniano fue la primera representación [sic] sistemática y completa de una rama entera del derecho. La obra fue emprendida con el objeto de poner al imperio romano, que iba a ser el imperio universal de toda la cristiandad, bajo un principio de legalidad uniforme y que, al someter la práctica jurídica del Imperio-mundo a principios generales, llevó a cabo el ideal griego de convertir al Derecho en una disciplina racional. Alcanzando este objetivo fue importante la influencia de la filosofía estoica, primero la de Panaitos y Poseidonios y luego el estoicismo tardío. Al borde de convertirse el imperio que dominaba el mundo conocido (imperium orbis terrarum), Roma adoptó una visión de los filósofos estoicos que justificaría su dominio: unificar el Oikumene, la totalidad del mundo civilizado bajo un solo ordenamiento, con el propósito de establecer el dominio de la ley y el orden.” (traducción libre. Nótese que el inglés es pobre, por lo que la traducción es también difícil)

que los DH se presentan como seculares, y en los países islámicos todo gira alrededor de la adoración a Dios.⁵¹¹

Perry resume los argumentos contra la universalidad más importantes en tres grandes grupos: relativismo antropológico, epistemológico y cultural.⁵¹²

- El relativismo antropológico argumenta que no hay tal cosa como una “naturaleza humana”; el ser humano es cultural.
- El relativismo epistemológico apoyado en la premisa anterior, descarta la posibilidad de llegar a consensos interculturales en cuanto a la justificación de los DH.
- En el relativismo cultural, que el autor considera es el más fuerte, se considera que los valores, definidos como situaciones valoradas (“*valued state of affairs*”) dependen de las particularidades del contexto en que se pretende que ese valor sea alcanzado. En este sentido, la indeterminación de los DH, tal y como son propuestos en el Derecho Internacional de los DH, solo puede ser llenada en el espacio y tiempo en que se pretende que se dé su aplicación.

Propone el caso por ejemplo del principio presente en la Convención de los Derechos del Niño del “interés superior del niño”, el cual dependerá del contexto en el que ese niño o niña se desenvuelva. Particularmente presenta la diferencia entre un niño criado en el marco de una sociedad industrial capitalista, en la que los valores de independencia y autonomía son enfatizados, que en una sociedad “más tradicional” en la que se enfatiza los vínculos familiares y comunitarios, en la que será más importante que el niño y sus preferencias se sublimen a las de su familia y su familia extendida. En este sentido, el juez y el legislador tienen una labor no de ‘descubrir el significado implícito’ de determinados principios, sino de tomar decisiones en cuanto a qué principios aplicar en un caso determinado y qué medidas tomar para que sean implementados.⁵¹³

⁵¹¹ Sobre el etnocentrismo occidental y la xenofobia y el racismo como ataques a la universalidad de los DH, ver, HAARSCHER, Guy, “Can Human Rights be ‘Contextualized?’”. En: SAJÓ, András (ed), Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism. Martinus Nijhoff Publishers. Boston, 2004. Página?

⁵¹² PERRY, *vid supra* nota 40, p.81-84 y 86.

⁵¹³ *Ibid*, p.83.

d. La sobrevivencia de los derechos humanos

Los DH son uno de los elementos del discurso moderno que nunca murieron y la razón es, finalmente, que se concibieron como base del Estado moderno de derecho, del concepto de soberanía popular, del Derecho Internacional, de la conceptualización del sujeto. Tomando las palabras de Macintyre que aplicó para el utilitarismo, tanto este como los DH son ideas filosóficamente irrelevantes hoy en día, pero cuyo *uso* persiste en la medida en que su expresión histórica se da en instituciones (imaginarias) aún vigentes⁵¹⁴ y tiene utilidad a modo de mecanismo ideológico. Echeverría considera que hoy en día la doctrina liberal es una realidad política: *“Es innegable que en nuestras sociedades democráticas todos nos identificamos con una cultura política caracterizada por los principios fundamentales de un constitucionalismo cuya idea maestra es la rule of law, y la sumisión del poder al derecho que garantiza las libertades fundamentales.”*⁵¹⁵.

En conclusión, resulta que la noción de utilidad, la de derechos y la del “bienestar de la mayoría”, carecen de un contenido coherente y su uso se traduce en la aplicación de mecanismos ideológico-discursivos que ocultan intenciones y proyectos, a la vez que como ficciones morales (sea, proposiciones sin significado pero que son usadas en el marco de juegos del lenguaje) crean realidades ideológicas en la que nos movemos constantemente.

Es posible utilizar un discurso moral fracasado, mas el resultado final será su reducción a un uso emotivo, en los términos en que Pedro Haba usa esta palabra: un discurso emocionalizante sin un contenido claro.⁵¹⁶ Pese a ser emotivo, fracasado, se presenta como un discurso técnico, neutral, absoluto y rígido, como en el caso de los DH, que en el fondo responde a paradigmas teóricos, proyectos políticos y circunstancias histórico-sociales que le contextualizan y le determinan.

⁵¹⁴ MACINTYRE, *vid supra* nota 471, p.175.

⁵¹⁵ ECHEVERRÍA FALLAS, *vid supra* nota 55, p.11.

⁵¹⁶ MACINTYRE, *op. cit.*, p.177.

e. Los derechos humanos nucleares

Se ha mencionado ya como elementos clave del discurso de DH de la modernidad: utilitarismo, derechos naturales, individuo autónomo, dignidad, libertad, democracia representativa, universalidad, razón y soberanía popular. De acuerdo con Barny, en su obra sobre la ideología de la Revolución Francesa, existen unos principios o derechos eje en los DH, y para comprender su centralidad debe tomarse el contrato privado. Las relaciones de intercambio, que de acuerdo con Žižek es la ficción más importante en la sociedad actual, no pueden universalizarse si no es bajo la condición de que los individuos posean las condiciones o cualidades que hagan válido ese contrato. Esto es, deben ser libres, propietarios e iguales. Con ello, se permite la simetría de las relaciones individuales.

De modo que se tiene la propiedad, la capacidad de realizar contratos y hacer comercio como razones fundadoras de los DH en el marco de la Revolución Francesa. En la revolución que se dio en los Estados Unidos se agregan otras como la libertad de culto y la libertad de prensa y expresión, dadas las reivindicaciones particulares de los protestantes y puritanos que se asentaron en las nuevas tierras. La relatividad de los DH se prueba por ejemplo en el hecho de que, si bien estos últimos derechos fueron clave en la revolución ocurrida en EUA, durante la revolución francesa hubo una persecución y guerra ideológica contra aquellos que mantenían sus viejas costumbres y creencias religiosas. Así también, muchos de los DH reclamados durante la época de la descolonización eran inconcebibles durante los tiempos de la colonia de América y los siglos de independencia que les sucedieron.

f. La igualdad en el discurso de los derechos humanos

El principio de igualdad/universalidad como vemos, nunca termina de calzar lógicamente en la explicación de los demás, pero se parte de la idea que individuos con las mismas características tienen iguales necesidades y de ahí se deriva el corolario que todos tienen el *derecho* de no interferir en la esfera de autonomía del otro, y que el reconocimiento de

derechos para el otro permitirá las relaciones de intercambio y la armonía social (en *todas* las sociedades). Sin embargo, la idea de igualdad no parte de un principio de empatía o solidaridad, de una lógica relacional, sino de esa concesión del individualismo al hecho que pese a toda autonomía, esta debe ser reconocida por alguien y deben crearse instituciones y prácticas sociales y estatales que aseguren las condiciones para que se dé el capitalismo y el estado de derecho. Bobbio explica que en el liberalismo, la igualdad se ve como la ausencia de privilegios (más que la igualdad de condiciones), y se enfatiza la igualdad consistente en el seguimiento de las reglas por parte de todas las personas, (más que la garantía de equidad)⁵¹⁷.

Anteriormente, como se vio al inicio de esta tesis, la idea de igualdad deriva de la relación con Dios, sea siendo todos hijos de Dios, todos somos iguales a él, e iguales entre nosotros. Así también, en el marco de la filosofía estoica, la razón del ser humano y su alma participan de la razón cósmica, Logos. La naturaleza del ser humano es social, por lo que dirigirá todos sus esfuerzos a vivir en esta sociedad racional que envuelve a la humanidad entera. De todo esto se deriva la igualdad ontológica del ser humano. En el Derecho Romano esto hizo que se concibiera la sociedad no como una comunidad de intereses, sino una asociación moral para la consecución del bien común.⁵¹⁸

Igualdad va ligada a universalidad, y este principio a su vez se deriva de la abstracción que se hace de los DH. El sujeto de derechos humanos no es solo autónomo, sino que, como lo discutió Žižek y ahora Barny y Marlasca, es un sujeto definido de manera genérica, una abstracción que prescinde de toda determinación concreta. El problema es entonces precisamente que un sistema de derechos no puede darse en ese limbo teórico, sino que necesita de un reconocimiento y una implementación práctica en el marco de un determinado sistema social y político-jurídico. Simmons de hecho argumenta que las tradiciones que afirman la “igualdad moral” de la humanidad y la ciudadanía mundial, no

⁵¹⁷BOBBIO, Norberto, El problema del positivismo jurídico. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Colección Ensayos. Buenos Aires, 1965. P.17-18 y 54.

⁵¹⁸ ARIELI, *vid supra* nota 474, p.14.

necesariamente han afirmado la universalidad de los DH, al menos no de manera muy sistemática ni convincente.⁵¹⁹

Para este punto se puede percibir la utilidad de preguntarse acerca de los “fundamentos” de los DH, entendidos estos, como se explicó en el capítulo segundo de la Primera Parte, los paradigmas epistemológicos de los que parte el discurso y la ubicación de tal narrativa en la historia de las ideas. Para cerrar este argumento, vale citar la siguiente parábola:

“Un hombre le pidió al Mulláh Nasrudin enseñanza espiritual. El Mulláh le dijo:

- Empezaré por los fundamentos.

Pero el hombre le dijo:

- Déjate de preliminares. No me importan. Vayamos al grano rápido.

El Mulláh, entonces, trajo una tinaja desfondada y empezó a echar cubos de agua a ella. Y preguntó el hombre:

- ¿Pero qué estás haciendo?

Y contestó el Mulláh:

- Llenando la tinaja

Y dijo el hombre:

- Pero esa tinaja no tiene fondo

Y respondió el Mulláh:

- A mí no me interesa el fondo. Nada más dime cuándo llega el agua arriba.”⁵²⁰

En realidad, incluso Bobbio considera que el problema de los fundamentos es ineludible, mas considera que ya están más o menos fundamentados hoy en día por vía de consenso. Rechaza la búsqueda de una fundamentación absoluta, pero no la de diversos fundamentos posibles y relativos de los DH. Con la revisión realizada hasta el momento, se tiene que el tema de los fundamentos no es un pacífico ni está resuelto. **Se requiere revisar la noción antropológica que constituye el núcleo de la teoría de los DH, así como sus pretensiones de universalidad, como los principales problemas en su aplicación en un nivel judicial, legislativo y en la configuración de políticas públicas.**

g. El carácter absoluto de los derechos humanos

A lo largo de este trabajo y en ello siguiendo las premisas de las que usualmente se parte en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha hecho un vínculo entre el

⁵¹⁹ SIMMONS, *vid supra* nota 498, p.189.

⁵²⁰ MARLASCA LÓPEZ, *vid supra* nota 505, p.562, sobre la necesidad de fundamentos (respuesta de Francisco Puy al alegato de Bobbio que los DH solo hay que garantizarlos, no justificarlos).

valor del ser humano, su dignidad, su sacralidad, con el carácter absoluto del principio de dignidad y de los derechos derivados. Esto si bien como se explicó siguiendo a Macintyre en la crítica al pensamiento post-kantiano y el utilitarista, de la identificación de ciertas necesidades no se deriva que los demás estén obligados a respetarlas y garantizarlas, pues para ellos es necesario un marco institucional y cultural que reconozca la validez de los derechos. Por otra parte y en esto siguiendo a Hegel y los autores de la Universidad de Tel Aviv, la dignidad como principio dialógico carece de esa inherencia y su carácter absoluto en este sentido depende en realidad si se considera este derecho como absoluto, inderogable, en el derecho positivo. Lo mismo para el individuo autónomo, el que, cual “odradek” de Kafka, constituye una imposibilidad tanto teórica como práctica y actualmente sus incongruencias se reflejan en el sistema de derechos que fue derivado de él. Ya con este preámbulo, se tiene que tras que no es lógicamente válido ni prácticamente posible derivar derechos de la concepción antropológica en cuestión y de la ‘teoría de las necesidades’, el carácter “absoluto” del individuo autónomo es una idea imposible, en tanto niega el condicionamiento social del ser humano y le endilga propiedades y características que no posee.

Perry realiza un análisis muy pertinente de los diversos DH presentes en las declaraciones y convenciones de DH principales, para concluir que ninguno de ellos es realmente incondicional, ni siquiera los considerados nucleares, como la vida, la libertad de expresión, religión, asociación o privacidad, pues se dan cláusulas en las convenciones que los limitan, empezando por el “estado de emergencia”. Siempre se establece un límite, de modo que se tiene el derecho con la condición de, o hasta cierto punto.

La Declaración Universal de Derechos Humanos por ejemplo, establece en el artículo 29 limitaciones al ejercicio de las libertades y los derechos, a los requerimientos de la moralidad, el orden público, el bienestar general y la sociedad democrática. La Convención Europea de DH por su parte, agrega a lo anterior para los casos de los derechos a la privacidad, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión y la protección de la salud pública, la seguridad pública y la protección de las libertades y los derechos de los demás.

El derecho a la vida para el caso de la Convención Americana de DH, se relativiza con reservas hechas por Estados que aplican la pena de muerte. El derecho a la integridad física ha sido cuestionado en países como Israel y los Estados Unidos, ya que en casos de terrorismo, se ha llegado a pensar en la posibilidad de torturar al individuo legal y abiertamente. Los DESC como se vio en el acápite sobre el Derecho Internacional de los DH, no pueden ser realmente reclamados, pues se establece una cláusula de progresividad con respecto a la mayoría de ellos.

Por otra parte, Perry indica que los DH no son inconmensurables, es decir, dos DH pueden ser comparados en términos de un mismo estándar, cual es la jerarquía de normas prácticas que existe en cada sociedad. Por ejemplo, las veces que la Sala Constitucional o un juez agrario escogen igualdad y equidad sobre propiedad privada, y otras cuando hace lo contrario dependiendo del juez y el contexto socio-político.

II PARTE

Análisis del discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Antecedentes históricos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

El presente acápite pretende vincular el contexto en que fueron creadas la Organización de Estados Americanos (OEA) y las instituciones vinculadas al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con la situación geopolítica de la región en esas épocas, particularmente el Caribe (área que incluye a América Central). En el desarrollo de dicho ejercicio, se mencionarán los principios, propósitos y líneas de trabajo actual de dichas organizaciones y se contrastarán con el marco geopolítico, de modo que se deje entrever un contenido más específico de ciertas palabras clave como democracia, DH y libertad en el discurso de DH en América Latina.

Esta parte del capítulo ubica la creación y entrada en vigor de la Corte IDH y la CIDH en una situación particular de violencia en la región, en la que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la OEA en general, más que haber sido un esfuerzo colectivo a nivel estatal para detener la violencia y la miseria en la región a través del discurso de los derechos, tiene como presuposición pragmática la política exterior de Guerra Fría de los Estados Unidos mediante la cual se pretendió evitar la expansión del comunismo y consolidar la dominación geopolítica e ideológica de esta potencia sobre la región. Los Estados Unidos nunca firmaron las convenciones cuya ratificación promovieron entre los Estados americanos, muchos de ellos autoritarios, que se mostraban reacios a implementar dichas normas y órganos convencionales.

Los órganos del sistema interamericano, como muchos otros instrumentos y órganos de promoción del discurso de los DH, ven su nacimiento en el discurso moral universalista promovido luego de las atrocidades ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial. La consolidación de ese discurso en la región en instrumentos jurídicos vigentes ocurrió solo luego de finales de los sesentas, cuando Latinoamérica se veía azotada por la dictadura, guerras, cambios de modelos económicos, desplazamientos campo-ciudad de sus habitantes y por los diversos cambios de política exterior estadounidense. Estas últimas combinaban intervención económica, política y militar directa con cooperación y

promoción del discurso de DH/democracia representativa, para efectos de consolidar su hegemonía en la región.

La política exterior estadounidense encontró respaldo en la Carta de la OEA, donde el respeto a la personalidad, el combate a la pobreza, la cláusula de no intervención y la igualdad entre los Estados partes resultaron en un fetichismo normativo que poco tenía que ver con la realidad latinoamericana y el verdadero equilibrio de poderes entre los Estados del Sur y los Estados Unidos, que en ese momento se encontraban en una etapa de auge en su ascenso como potencia mundial.

La contextualización permite percibir a mayor escala los conflictos militares y políticos y las consecuencias de los modelos económicos que luego son percibidos por la Corte IDH mediante su admisión de casos individuales que le son presentados desde finales de los ochentas por la CIDH, casos cuya historia es traducida en lenguaje de derechos y los cuales se les encuentra una solución judicial individual. Pese a la crítica de Popper en su “Miseria del Historicismo” a la inutilidad de la argumentación holista, en el marco de la cual se afirma que las únicas soluciones verdaderas son las que conllevan un cambio total (en contraposición al alivio que puedan encontrar las víctimas cuyos casos finalmente llegan ante la Corte IDH luego de muchos años de litigio y movilización política), cabe mencionar la crítica de Žižek a los DH en cuanto conllevan a una apolitización de determinadas situaciones y, en este caso quizás los grupos dominantes se valen de los órganos de protección de DH como mecanismos ideológicos con los cuales perpetuar determinadas situaciones de poder, haciendo creer a la vez que se está dando una evolución en materia de protección de los derechos de los individuos a lo interno de los Estados.

Ningún órgano del sistema interamericano fue ni es capaz de tocar el núcleo del conflicto, que se encuentra más bien en la situación geopolítica de la región y en los modelos económicos que hacían que sobre todo el Caribe se sumiera en la dependencia y hubiera situaciones de pobreza y violencia que la OEA se proponía a erradicar. Los problemas de la región, individualizados y traducidos en lenguaje de derechos, parecen

ser sobre-simplificados y su solución es solo relativa, pues, pese a los intentos actuales de la Corte IDH de incidir en la política y legislación estatales, lo cierto es la efectividad de dicha incidencia no es determinada por el poder político de la Corte IDH, sino por los juegos de poder que se dan alrededor de la presentación del caso ante dicha instancia, y, no se puede negar, cierto componente de ejercicio de un poder simbólico por parte de esta institución jurisdiccional.

El contexto histórico del caso es considerado por la Corte para fines de traducir el conflicto en lenguaje de derechos y obligaciones, mas dicha contextualización más bien aisla el conflicto, convirtiéndolo en un conflicto ético, y traduciendo problemas políticos colectivos que deben ser afrontados por el Estado en su actualidad, en violaciones de universales atemporales, que deben ser reparadas individualmente, proveyendo al Estado mediante el por tanto con una línea de acción política y jurídica particular que deberá constituir el eje de su forma de resolución del conflicto.

a. El contexto de creación de la OEA: la consolidación de un Sur y el alejamiento de los Estados Unidos

Desde un punto de vista geoestratégico, luego de la Segunda Guerra Mundial, el mundo se dividió en un “espacio primario” (Norteamérica, Unión Soviética y Europa Central) y un “espacio secundario” o un Sur. América Latina en particular era considerada parte de ese Sur y, como tal, una zona de extracción y producción de materias primas para los países industrializados del espacio primario. Es en ese marco geopolítico que nace la OEA: la mayor parte de sus países eran un Sur y Estados Unidos el Norte. En dicho esquema, las sociedades latinoamericanas se conciben como “tradicionales” (menos civilizadas, cultural y tecnológicamente atrasadas, incapaces de gobernarse de manera eficiente), mientras que “occidente” (países más industrializados como Estados Unidos y los de Europa Central) es “moderno”. En el marco de esas ideas, las intervenciones políticas, económicas y militares que se hicieron a América Latina fueron justificadas condescendentemente bajo lemas de “desarrollo”.

En el momento de creación de la OEA y de la Declaración Universal de los DH, los Estados Unidos, más que un país más del Norte, se volvió el líder del denominado mundo occidental, en una época denominada en la teoría de la geopolítica como “americanización”.⁵²¹ La pretendida igualdad jurídica de los Estados en el marco de la OEA es relativizada aquí por la realidad geopolítica del continente y del globo.

La fase anterior a la americanización que se dio durante la post-guerra, es aquella en la que los Estados Unidos definieron un gran área de dominio geoestratégico, sea, cuando limitaron la injerencia europea sobre el continente americano. La política intervencionista estadounidense sobre América Latina fue justificada en ese periodo previo bajo consignas de “civilización y orden”. Así, durante la Segunda Guerra Mundial, se da uno de los momentos de mayor expresión de intervencionismo en América Latina, cuando los Estados Unidos tuvo la política denominada “defensa hemisférica”, con la que dicho país intentaba proteger su territorio, el Canal de Panamá y el noroeste de Brasil. Para ello, declaró en Panamá una zona de seguridad de trescientas millas alrededor de todo el continente en las que no podían entrar barcos ni tropas extranjeras.

En el Caribe, se da desde esa primera fase (años cuarentas) un predominio de la economía dependiente hacia el Norte, que no trae crecimiento económico ni desarrollo tecnológico. Así también, se desarrolla una industrialización basada en la inversión extranjera y dirigida a la exportación, todo ello a favor de las empresas estadounidenses, que resultó ser otra forma de aplicación de la lógica Norte-Sur. Existen en ese tiempo relaciones estrechas entre las clases dominantes latinoamericanas y Estados Unidos y sus empresas, muchas veces marcadas por la corrupción, como en el caso de República Dominicana y Haití.⁵²²

⁵²¹ SLATER, David, Geopolitics and the Post-colonial. Rethinking North-South Relations. Blackwell Publishing. Oxford, 2004.p.64, fenómeno denominado “americanización” por el autor.

⁵²² Basado en las lecturas: TAYLOR, P.J, Geografía Política. Economía mundo, estado-nación y localidad. Editorial Trama. Madrid, 1994; SANDNER, Gerhard, Centroamérica y el Caribe Occidental. Coyunturas, crisis y conflictos 1503-1984. Universidad Nacional de Colombia. Sede San Andrés, 2002. p.13-19, 54-78, 126-193; GAZTAMBIDE Antonio, “La Invención del Caribe a partir de 1898 (Las definiciones del Caribe, revisitadas)”. En: Tierra Firme. Año 21 - Volumen XXI, N° 82. Caracas, Abril-Junio, 2003; GARCÍA Eduardo El Caribe y los procesos de integración; TORRES RIVAS Edelberto, “Para entender el Caribe”. En: Perfiles Latinoamericanos. No.8. Revista FLACSO-México. Junio, 1996;

Es entendible entonces que el periodo anterior al de la post-guerra no fuera apropiado para la creación de una organización interamericana en la cual los países del Sur buscaran mediante mecanismos normativos el cese de las intervenciones por parte de la potencia mundial radicada en el continente. En cambio, durante el periodo de Guerra Fría, el valor militar de la región latinoamericana, sobre todo Caribe, comenzó a mermar para los Estados Unidos. Es precisamente este distanciamiento de Estados Unidos – así como la reacción de hastío y suspicacia por parte de los Estados americanos ante el continuo, radical y agresivo cambio geoestratégico de dicho país hacia ellos⁵²³ – que se explica la posibilidad de existencia semántica de la cláusula de no-intervención en la Carta de la OEA⁵²⁴. Por otro lado, dicha organización se crea en un momento en el que se dan diversos intentos de integración regional, aduanera y económica en el Caribe y Centroamérica; intentos que eran auspiciados por la CEPAL⁵²⁵ y de los que Estados Unidos se mantuvo al margen hasta 1954.⁵²⁶

b. La OEA como institución de la Guerra Fría y su manejo del discurso de los derechos humanos y democracia

MANLEY Michael, “La importancia estratégica de la Cuenca del Caribe en términos políticos y económicos”. En: *Nueva Sociedad*, No. 63. Noviembre- diciembre 1982. Buenos Aires. www.nuso.org. Pp. 5-19; ANTONIN, Arnold, “Haití en el Caribe”. En: *Nueva Sociedad* No. 63 Noviembre-diciembre 1982. Pp. 103-112. www.nuso.org. Buenos Aires.

⁵²³ Anterior a la política de defensa hemisférica estuvo la de “benign neglect” y antes que esa, la del buen vecino. La del buen vecino promovía la intervención directa para “ayudar a la región a que se gobernara bien”, y la de *benign neglect* implicaba una intervención más indirecta. Así pues, el constante cambio entre intervenciones agresivas y periodos en los que Estados Unidos permitía a los países de la región un poco más de soberanía, es el contraste que en parte llevó a la creación de la OEA. Es interesante que en el preámbulo de la Carta de la OEA, se mencionan elementos del discurso estadounidense como América como tierra de libertad, que la consolidación de la buena vecindad y la solidaridad americanas se traducen en un régimen de derechos fundamentales y respeto a la libertad individual.

⁵²⁴ Artículo segundo de la Carta de la OEA: “*La Organización de los Estados Americanos, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, establece los siguientes propósitos esenciales: b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención*” (subrayado no es del original).

⁵²⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas.

⁵²⁶ Vid SANDNER *supra* nota 522, páginas 193-232; INSULZA José Miguel, “Geopolítica e intereses estratégicos en Centroamérica y el Caribe” (1985).

Anterior a la creación de la OEA, se dio en América la “*Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz*” en México D.F., del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945. En ese momento, haciendo eco de las discusiones internacionales en materia de DH, se consideró la posibilidad de establecer un sistema internacional para la protección de DH, y se asignó al Comité Jurídico Interamericano un anteproyecto de “Declaración Americana de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre”, nombre similar al de la declaración de derechos francesa. Dicha Declaración fue aprobada en el mismo momento y espacio que la OEA: el 2 de mayo de 1948, en Bogotá, siete meses antes que la aprobación de la Declaración Universal de DH.

Se consideró que la Declaración y la Carta de la OEA resultarían complementarias⁵²⁷, aunque no se les asignó el mismo valor jurídico ni se estableció claramente que la Declaración iría a ser un instrumento de interpretación de la Carta. La búsqueda de conciliación entre ambos instrumentos se refleja por ejemplo en el artículo tercero inciso b) de la Carta de la OEA, donde se afirma como principio el “respeto a la personalidad” en el orden internacional.

La OEA fue creada el 30 de abril de 1948 por veintiún Estados del continente, con la firma de su Carta en Bogotá. Se plantearon objetivos acordes con la coyuntura del inicio de la Guerra Fría y la perspectiva geopolítica estadounidense. Por ejemplo, aún en nuestros días, la OEA llama en su discurso a América “el Hemisferio”, que es un término que se utilizó desde inicios del siglo XX y se basa en la vieja teoría política de Mackinder del “corazón continental-margen continental”⁵²⁸.

El uso de dicho término presupone también la idea de un dominio estadounidense de todo el continente en aplicación de la doctrina Monroe de 1823, así como del corolario que hizo Roosevelt en 1904. Este último expresaba el ‘derecho’ de EUA de liderar el Hemisferio, y a intervenir en cualquier conflicto que se diera entre un país americano y

⁵²⁷FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José, 1996. p.36-37.

⁵²⁸ TAYLOR, *vid supra* nota 37, p.64.

una potencia extranjera. La idea se plasma claramente en la expresión de Jefferson que “América” habría de tener un hemisferio para ella: “*having an hemisphere to itself*”⁵²⁹; una tierra que sería el “Imperio de la Libertad” y sería el nuevo eje de dominación mundial: el corazón continental de Mackinder.⁵³⁰

De hecho, la denominada “seguridad hemisférica” fue uno de los motivos más importantes para la constitución de esta organización. Puede decirse que la OEA también fue parte de las políticas estadounidenses contra el comunismo, al establecer una organización que abiertamente promoviera la democratización y la primacía de la democracia representativa (en contraposición con un régimen socialista o comunista), así como el desarrollo del **capitalismo liberal mediante el libre comercio** y la integración económica regional, haciendo ver a dicho sistema superior a cualquier otro régimen, y considerándolo absolutamente necesario para el sostenimiento del sistema de derechos y libertades.

En la Carta de la OEA, específicamente en el artículo segundo, se establecen los siguientes “*propósitos esenciales*”:

- a. Afianzar la paz y seguridad en el continente
- b. Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención
- c. Asegurar la solución pacífica de las controversias
- d. Organizar la acción solidaria en caso de agresión
- e. Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre los Estados
- f. Promover la cooperación para el desarrollo cultural, social y económico.
- g. Erradicar la pobreza crítica, al verse como obstáculo para el desarrollo democrático de los “pueblos del hemisferio”
- h. Limitar los armamentos convencionales para que los recursos sean dirigidos al desarrollo económico y social de los Estados miembros. (*no se cumple*)

⁵²⁹ SLATER, *vid supra* nota 521, p.15

⁵³⁰ *Vid* SLATER, *op. cit.*, pero también TAYLOR, *op. cit.*, en su explicación de la doctrina supra mencionada, que marcó la política exterior estadounidense incluso durante la Guerra Fría.

Se comentarán a continuación los puntos a), b) y c). El punto a) sobre seguridad (al igual que el punto d)) se relaciona con la coyuntura de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de Estados Unidos de asegurar la región a su favor. Se relaciona asimismo con otras políticas promovidas por los Estados Unidos tras su consolidación como potencia al fin de la Primera Guerra Mundial. En la actualidad, el punto a) se traduce en las estrategias geopolíticas estadounidenses para el combate de las drogas, las “intervenciones humanitarias” y las intervenciones para el “restablecimiento de la paz” y la “lucha anti-terrorista”. **En este punto se puede mencionar la crítica de Žižek al discurso de los DH como nueva justificación a las intervenciones militares de un Estado a otro.**

En cuanto al punto b) sobre no-intervención y consolidación de la democracia representativa, ya se mencionó que, en el contexto de la Guerra Fría, lo opuesto a democracia y “el mundo libre” era el comunismo, por lo que era sumamente importante prevenir la dispersión de dicho régimen. No era una oposición a las dictaduras que azotaban a América Latina, que muchas veces Estados Unidos apoyó, como en los casos de Haití, Nicaragua, República Dominicana y Panamá, entre otros, sino una prevención contra injerencias extranjeras no-estadounidenses. Este aspecto es importante porque el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos conoció muchas “violaciones de DH” que se dieron en el marco de dichas dictaduras, y en sus sentencias condena a los Estados a la reparación de ciertas víctimas.

La definición que maneja la OEA de democracia es dada en la Carta Democrática Interamericana. Es relevante traerla a colación ya que el principio democrático es una de las reglas de interpretación manejada por la Corte IDH. Así también, de acuerdo con la OEA y el Sistema Interamericano de Protección de los DH, la construcción de algunos derechos y situaciones ha de hacerse a la luz de la promoción de este régimen ideal por parte de los Estados miembros.

Este punto es importante también ya que muestra que las interpretaciones de la Corte IDH deben darse en el marco ideológico propuesto por la OEA, el cual, en primer lugar,

realiza un vínculo bicondicional entre democracia representativa y DH, si bien dicho vínculo ha sido altamente cuestionado en la actualidad, pues precisamente los mecanismos judiciales de protección de los DH resultan en un dispositivo que extrae la discusión de los conflictos de las instancias representativas y los coloca en el despacho del juez. En segundo término, la CIDH y los jueces en su decisión podrían auto-censurarse en la admisión de ciertos casos o en la consideración de interpretaciones que pudieran tocar el equilibrio de poder regional o promover regímenes y prácticas políticas alternativas a las sancionadas por la OEA.

Los artículos 1°, 2°, 3° y 4° de la Carta Democrática que entró en vigor en el 2001, brindan los siguientes elementos:

- La democracia es un derecho de los “*pueblos*”
- La democracia es “esencial” para el desarrollo social, político y económico de los “*pueblos*”
- El “*ejercicio efectivo*” de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales.
- La democracia representativa requiere de la participación ciudadana activa.
- Los “*elementos esenciales*” de la democracia representativa son: el respeto a los DH y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio conforme al estado de derecho (estado de derecho y régimen de derechos parecen sostenerse el uno del otro: estado de derecho ⇔ régimen de derechos); las elecciones periódicas, “*libres y justas*” basadas en el sufragio universal y secreto como “*expresión de la soberanía del pueblo*”; la presencia del régimen de partidos políticos y organizaciones políticas; la separación e independencia de los poderes públicos.
- Los “*componentes fundamentales*” del ejercicio de la democracia son: la transparencia, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; el respeto a los derechos sociales y la libertad de expresión y prensa; la subordinación del poder militar al civil; y respeto a todos los sectores y entidades sociales.

Una expresión – reconocida abiertamente por la OEA – de su política de “protección de la democracia” fue la intervención militar en Haití de 1995-1996. En este sentido, expresa la OEA cuando se refiere al “*fortalecimiento y promoción de la democracia*” en su agenda de trabajo:

“Durante los últimos años, el Hemisferio alcanzó un consenso en torno a la doctrina de solidaridad con la democracia que actúa contra las amenazas militaristas o de alguno de los poderes públicos de alterar el orden constitucional de un país...Estos instrumentos han sido particularmente exitosos en la resolución de crisis tales como el golpe de Estado ocurrido en Haití, el quebrantamiento del orden constitucional en Guatemala a comienzos de la década, o el intento de golpe en Paraguay en 1996.”⁵³¹ (subrayado no es del original)

La exposición de este caso particular es relevante ya que demuestra la utilización en la región del discurso de los DH creado por la OEA para fines de intervención militar y política, que es una de las razones por las que Žižek considera al discurso de los DH como un ejercicio ideológico típico, que niega la posibilidad de otra subjetivación de la situación, al situarla en un plano ético y no político. Es decir, marca la cancha del discurso invisibilizando ciertos aspectos, a la vez que perpetúa ciertas formas de dominación.

En este caso se de la violación a la soberanía de Haití, pese a la cláusula de no-intervención, y se expresa la solución como una que es consensuada, justa, legítima y única, ya que es aquella que va a acorde con el respeto a la democracia. Se pretende responder mediante una ‘intervención humanitaria’ al conflicto político en Haití, aunque en otros momentos, el sistema internacional hubiese ignorado las graves violaciones de DH que ocurrían en allí. El drama humano y ambiental que ocurren en este país de gran importancia geoestratégica dada su ubicación espacial, nunca había sido tomado en cuenta y las razones para la intervención humanitaria en este caso se ven marcadas por el juego político, y lo mismo ocurre con los casos que sí logran llegar ante el sistema interamericano.

⁵³¹GAVIRIA, César, “Senderos hacia el nuevo milenio el camino recorrido 1994-1999”. OEA. Washington, 1999. P. 3 “La Agenda de Trabajo”.

c. La aplicación del discurso de DH y democracia del derecho internacional para objetivos militares y políticos: el ejemplo de Haití

El caso en mención se dio a raíz de un golpe de Estado al presidente recién electo en ese momento, Jean-Bertrand Aristide, cuyo resultado favorable en la elección (la cual sin embargo no fue del todo transparente) no fue reconocido por un grupo y, a raíz de esto, el mandatario fue exiliado. Aristide es así sacado del país por el embajador de Francia en Haití en el momento. Se coloca en el poder al General Cedras, militar entrenado por el ejército estadounidense que contaba con el apoyo declarado de algunos conservadores de ese país.

Al mismo tiempo, la OEA condena el golpe de Estado, solicita el reestablecimiento del “orden constitucional” y envía una delegación de Ministros de Relaciones Exteriores a Haití. Para octubre de 1991, el parlamento haitiano nombró un presidente provisional, el juez Joseph Nerette. La OEA sin embargo, decide realizar un embargo a Haití y recurrir a la ONU. Esta última comienza a involucrarse en la situación en diciembre de 1992, cuando envía las misiones civiles a Haití. A inicios de 1994, los Estados Unidos también tomaron un rol predominante.

Tras el fracaso de los procesos de negociación entre el Parlamento haitiano y Aristide en 1991, del embargo internacional de petróleo y armas, y luego de las negociaciones de 1993 en las que se firma el *Governors Island Agreement*, Naciones Unidas envía una fuerza policial de 567 efectivos y otra de 700 militares a Haití.⁵³² El 11 de octubre de 1993, las autoridades de Haití no permitieron el desembarco de los efectivos de la ONU y amenazan a los periodistas y diplomáticos que estaban en la isla. Todo lo anterior conllevó a un desalojo de los funcionarios de las misiones de paz civiles de la ONU en Haití y en la consideración de una intervención armada por parte de dicha organización.

⁵³² MENDIBURU Marcos, MEEK Sara, Disarmament and Conflict Resolution Project. Managing Arms in Peace Processes: Haiti. Instituto de Naciones Unidas para la Investigación sobre Desarme (UNIDIR). Ginebra, 1996. págs. 5-9.

En el seno del Consejo de Seguridad, se tuvo una discusión importante acerca de si se debía o no invadir en este caso o continuar solamente con las presiones económicas. Algunos Estados miembros como Cuba, México, Venezuela y Uruguay se opusieron a la intervención alegando que el gobierno *de facto* en Haití no amenazaba la paz y seguridad internacionales, de conformidad con el artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas.

Por su lado, Haití, los Estados Unidos, Canadá, Argentina y los países del Caribe (CARICOM) consideraron que era necesaria la intervención militar. Esto por cuanto, según el representante haitiano, “*the resolution did not violate the principle of national sovereignty, because de facto authorities did not represent the will of the people.*”⁵³³ Más aún, porque los principios de seguridad nacional y auto-determinación de los pueblos eran accesorios en el presente caso.

Se verá luego cómo la Corte IDH en cierta medida aplica esta línea de pensamiento, ya que el discurso de los DH permite la intervención vía judicial y la valoración de un gobierno determinado como legítimo o ilegítimo, como justo y moral o injusto e inmoral. La mayor parte de los casos que conoce la Corte IDH se refieren precisamente a violaciones de DH cometidas durante regímenes militares, dictatoriales o autoritarios en los países latinoamericanos que son luego cobradas al gobierno actual en virtud del principio de continuidad del Estado.

A los operativos de intervención a lo largo de dos años se les llamó “*Restore Democracy*” y “*Uphold Democracy*”.⁵³⁴ Los Estados Unidos en este caso fueron los que realizaron la intervención a raíz de la presión ejercida por los organismos internacionales (OEA, ONU, CIDH) y a lo interno del Congreso estadounidense, donde Aristide tenía algunos aliados. Además, decidieron intervenir por otros motivos, tales como el incremento sustancial en las migraciones Haití-EUA, en un momento cercano a las elecciones presidenciales. Así que, más por las violaciones graves de DH que se estaban dando en Haití desde el

⁵³³ *Ibid*, p.11, “*la resolución no violó el principio de la soberanía nacional porque las autoridades de facto no representaban la voluntad del pueblo.*”

⁵³⁴ “Restauración de la democracia” y “Sostenimiento de la democracia”.

régimen de Duvalier – denunciadas año tras año por la CIDH – la OEA, y los Estados Unidos en particular, actuaron por otro orden de motivaciones.

Haití siempre ha sido un país con una gran importancia geoestratégica dado que se encuentra en el medio de la principal ruta de acceso al Caribe y al Canal de Panamá: el Paso de los Vientos. Segundo, es el país más cercano a Cuba y, tercero, desde los noventa se constituye en una escala para el narcotráfico hacia Estados Unidos. El tema de la intervención se presentó como uno de seguridad: la invasión no es ilegítima porque el gobierno no es legítimo, por lo que no rige el principio de soberanía sino una intervención para reestablecer el ‘derecho a la democracia’ del pueblo haitiano. Irónicamente, diez años después, Estados Unidos propicia un conflicto interno en Haití, secuestra a Aristide y coloca a un nuevo presidente, seguido todo ello por una nueva “intervención humanitaria” por parte de Naciones Unidas.

Como en el caso de la nominación, donde opera el efecto retroactivo del nombre, en esta situación política y en las interpretaciones judiciales que se dan en el sistema interamericano, la justificación sucede a la decisión y los DH pueden servir para sostener una u otra posición, que es una crítica que realiza Bobbio al derecho natural.⁵³⁵ El caso de Haití ejemplifica el uso ideológico de las normas presentes en la Carta de la OEA, instrumento que no es neutral ni resulta de un afán por la totalidad de los Estados americanos de la promoción ilustrada de ciertos valores – incluidos los DH. La creación de la OEA y de su Carta, es el resultado de una situación geopolítica regional y, en ese marco, se inserta el sistema interamericano, sus dificultades, sus interpretaciones y la forma en que acepta y rechaza los casos.

d. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Desde 1945, se comienza a dar una superación de las dictaduras militares hasta ese momento vigentes en el Caribe, salvo en Nicaragua. Pese a la recesión que viven los Estados Unidos tras la caída de Corea, se se da en el Caribe una época de

⁵³⁵ BOBBIO, *vid supra* nota 517, El problema del positivismo jurídico, p. 82

industrialización, crecimiento económico y diversificación bajo el modelo de sustitución de importaciones. Este modelo sin embargo, demostró tener una serie de fallas de sostenibilidad y distribución equitativa, por lo que no se tradujo necesariamente en una mejora de las condiciones de vida de la mayoría de las personas.

La sustitución de importaciones fue impulsada por el Mercado Común Centroamericano desde 1959. En ese mismo año se dio el primer intento de creación de la CIDH y de la Convención Americana de DH, cuando tuvo lugar la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago, Chile a raíz de la revolución cubana.⁵³⁶ Luego de este primer intento, hubo de pasar ocho años antes de que la CIDH fuese introducida en la Carta de la OEA como un órgano.⁵³⁷ Más tarde, se agregaría dicha Comisión a la Convención Americana como un órgano de supervisión.

En aquella época, luego de la revolución cubana, el presidente Kennedy se dirigió a la región mediante su programa Alianza para el Progreso, que fomenta la creación de infraestructura, a la vez que arremete contra el comunismo y el “interamericanismo”. La CIDH se perfila entonces como otra medida pacífica para retener el comunismo. Luego, en los sesentas, Johnson cambia la política por una de intenso requerimiento militar, en un periodo en el que se fortalecen los movimientos guerrilleros en América Latina (1963-1969). En esos momentos, la CIDH comienza a recibir denuncias y se dedica a documentarlas y difundirlas y se logra firmar para fines de la década la Convención Americana. A la política intervencionista le da seguimiento el presidente Nixon durante los setentas, al fin de los cuales finalmente entra en vigor la Convención. Ya en los ochentas, con el presidente Reagan, se da la iniciativa Cuenca del Caribe como principal vínculo entre EUA y el Caribe, en la que se divide a esta región en espacio oriental y

⁵³⁶ La reunión se llevó a cabo específicamente entre el 12 y el 18 de agosto de 1959. Los temas de agenda oficialmente se denominaron: 1) discusión acerca de la situación de tensión internacional en el Caribe; 2) el ejercicio efectivo de la democracia representativa en relación con los DH. FAÚNDEZ LEDEZMA, *vid supra* nota 527, p.38.

⁵³⁷ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: página virtual de la Defensoría del Pueblo de Venezuela p.8. El cambio fue realizado en Buenos Aires mediante el Protocolo de Buenos Aires firmado durante la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria.

occidental. Durante esa época la CIDH monopoliza el conocimiento de los casos, hasta que a finales de ese periodo entrega los primeros casos a la Corte IDH.

En sus inicios, la CIDH fue creada como una entidad autónoma de la OEA, de carácter no convencional, cuyo mandato se limitó a “promover” entre los Estados partes el respeto a los DH, entendiéndose por DH los establecidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En el Estatuto de la CIDH, creado en 1960, se estableció que la sede de la Comisión sería la de la Unión Panamericana, la cual se encontraba en Washington D.C.,⁵³⁸ pese a que los Estados Unidos nunca siquiera firmó una sola convención o protocolo de DH.

Así pues, originalmente, se pensó que la CIDH sería un órgano regional que realizaría actividades de “*promoción y educación*” en DH, a partir de la realización de “estudios”, “simposios” y otras actividades políticamente irrelevantes y jurídicamente no vinculantes, con lo cual su función sería más simbólica que efectiva. No se le encomendó la labor activa que intenta realizar la Comisión actualmente de fiscalización del respeto, protección y garantía los DH en países específicos, mediante la recepción de denuncias y la publicación de informes; reacción quizás inesperada para el sistema que no obstante posiblemente fue posteriormente matizada mediante un control a lo interno del órgano y la ubicación de la CIDH en una posición tal en el marco de la OEA que sus denuncias no trascendieran significativamente en la esfera pública.

Según Rodríguez Rescia, fue la misma CIDH la que interpretó que se le había otorgado la función de velar por la protección de los DH, defenderlos y promover su observancia. De modo que la Comisión hizo una “interpretación extensiva” de su Estatuto, a raíz de la presentación de múltiples quejas individuales contra diversos Estados, según ella misma dice. El proceder fue tácitamente aceptado por la OEA, por lo que la CIDH se dedicó a denunciar y documentar las violaciones masivas y sistemáticas de DH, como el caso del régimen de Somoza en Nicaragua o el de Batista en Cuba, aunque no realizó una investigación de violaciones denunciadas en peticiones individuales, al estilo del sistema

⁵³⁸ FAÚNDEZ LEDEZMA, *op. cit.*, p. 39-41.

europeo de protección de DH.⁵³⁹ **Así que, la CIDH resultó ser el primer órgano regional que se dio a la tarea de observar los conflictos existentes en la región y traducirlos en lenguaje de derechos apelando a la obligación moral que implicaba para los Estados partes la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y las obligaciones jurídicas contenidas en la Carta de la OEA en relación con el respeto a la personalidad.**

La CIDH aprovechó la recepción que tuvo en la sociedad civil para incrementar su poder político y simbólico y asegurar su sobrevivencia como institución. De esta manera, inventó una suerte de procedimiento que luego fue plasmado en la Convención Americana, según el cual ella recibía denuncias de violaciones de DH, pedía información a los gobiernos y formulaba “recomendaciones finales”. Antes de la entrada en vigor de la Convención sin embargo, existían algunas diferencias en el procedimiento, que iban en detrimento del Estado. Entre ellas, el no exigir a los denunciante el agotamiento de los recursos internos, la publicación de los hechos en los periódicos como medida de presión al Estado, la presentación de la situación ante la Asamblea General de la OEA y la no-consideración de requisitos de admisibilidad de las denuncias. Posteriormente, mediante resoluciones de la Asamblea General de la OEA, se dieron regulaciones adicionales a este nuevo procedimiento. Ya en 1965, la CIDH se convierte finalmente en un órgano de la OEA.

Dicha inclusión se hace en la Carta de la OEA mediante una corta mención de la CIDH en el artículo 106, donde se establece que dicho órgano tendrá “*como función principal*”, la de “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia*”. En este sentido, a su función original de ‘promover’ los DH, se adiciona la defensa de estos y la elevación de la CIDH al rango de un órgano consultivo en materia de DH. Cuando la CIDH se convierte también en un órgano convencional, aumenta aún más su mandato mediante determinadas “atribuciones”, las cuales se encuentran especificadas en el Capítulo VII del instrumento. Se verá luego que la CIDH tuvo una función preponderante en la redacción

⁵³⁹ RODRÍGUEZ RESCIA, *op. cit.*, p.7-8.

de la Convención Americana y así, fue exitosa en reafirmar nuevamente su posición en el nuevo sistema interamericano y atribuirse prerrogativas adicionales.

e. La firma y ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969, en San José, Costa Rica, fue firmada la Convención Americana de Derechos Humanos durante la Conferencia Interamericana Especializada sobre DH. Inicialmente, la creación de la Convención Americana había sido encargada a la Comisión Interamericana de Jurisconsultos en la reunión de Ministros de 1959, y había sido revisada en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Rio de Janeiro, 1965), en la cual se conocieron las propuestas elaboradas por los gobiernos de Chile y Uruguay para la redacción de la Convención.

No obstante, el borrador que verdaderamente fue tomado en cuenta fue el aportado por la CIDH en 1967, el cual difería del proyecto inicial elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. La CIDH, el ahora órgano consultivo en materia de DH de la OEA, en su propuesta tomó muchos elementos de la experiencia europea, en particular el Convenio Europeo para la Protección de los DH y las Libertades Fundamentales, sobre todo en lo relativo a los mecanismos de protección, aunque estos llegaron a funcionar de una manera algo más deficiente en comparación con el Sistema Europeo de Protección de los DH. En lo principal, no se previó que la Asamblea General o el Consejo Permanente de la OEA ejercieran una función política similar a la del Comité de Ministros del Consejo de Europa, lo cual en el futuro restó efectividad y relevancia a las resoluciones de la Corte IDH.⁵⁴⁰

Pásese ahora a detallar el contexto económico y político en el que la Convención Americana y la Corte IDH fueron creadas. Se trata de un momento de crisis económicas en la región, de guerrillas, violencia, levantamientos sociales, cambios de modelos económicos y cambios de la política exterior de Estados Unidos hacia Latinoamérica. Su mención es importante pues explica cómo la Convención Americana se presentó también

⁵⁴⁰ FAÚNDEZ LEDEZMA, *op. cit.*, p.55-57.

como un remedio simbólico-imaginario a la crisis que azotaba a la región debido al fracaso de los modelos económicos y políticos aplicados hasta el momento, a la caracterización de la zona como un Sur de explotación y dada la herencia de miseria, exclusión, dependencia, corrupción y violencia de la colonia.

En el ámbito económico, tras el fracaso del modelo de sustitución de importaciones en virtud del costo para los países de importar la materia prima y los bienes de capital para la industria, en los setentas se pasa al modelo del Estado Empresario. Bajo ese modelo, se modernizó la agricultura pero no se diversificó, por lo que esto golpeó muchas veces la economía de la región Caribe. Asimismo, la presión sobre el sector agrario conllevó un afán de colonización de tierras vírgenes en la búsqueda por parte de los agricultores de tierras propias.

El nuevo modelo también llevó a una reorganización espacial haciendo que algunas zonas se modernizaran y otras quedaran rezagadas, lo que llevó a desplazamientos campo-ciudad en los setentas y a la aparición de anillos de miseria en las ciudades. A la vez, se dio una explosión turística en el Caribe. Muchos de estos países lograron su independencia en esa época, salvo Jamaica. En Panamá, se dio una lucha por retomar la tierra del Canal que culminó en 1979, con la entrada en vigor de un nuevo tratado entre Panamá y EUA, en el que el primero gana soberanía pero el segundo sigue manteniendo una posición privilegiada frente a terceros, así como el control económico y militar del canal.

Durante los setentas, el aumento de los precios del petróleo causó crisis económicas. El Fondo Monetario Internacional (FMI) aprovechó la incapacidad de pago de los países deudores para imponer la implementación de una serie de medidas tributarias y de recorte del gasto social a lo interno de esos Estados, así como un cambio de política económica tendiente a beneficiar al capital extranjero, las industrias *off-shore*, la economía de exportación de productos no tradicionales, y la atracción de empresas tecnológicas.

El Estado Empresario pronto entró en crisis y se probó su incapacidad para solventar una serie de problemas estructurales. Así también, se agudizó la disparidad de condiciones entre los países caribeños y los países industrializados y se aumentó la dependencia de los primeros con respecto a las empresas y economía de los segundos. Por último, dichos países quedaron muy vulnerables a las contingencias del mercado internacional. Sandner considera que la a escalada de violencia en América Central se dio porque todos los modelos de desarrollo o formas de economía presentes desde la colonia siempre excluyeron a las clases populares, a los campesinos y dificultaron o hicieron desaparecer sus modos de vida. La imposición de modelos excluyentes se tuvo que hacer incluso mediante la represión militar, lo cual empujó a las clases empobrecidas a mecanismos violentos también.

La Convención Americana entró en vigor hasta el 18 de julio de 1978, ya que los Estados americanos, muchos de ellos bajo regímenes militares durante los sesentas y setentas, no estaban convencidos acerca de la conveniencia del instrumento. De hecho, fue debido a la presión de la administración de Jimmy Carter que la Convención Americana entró en vigor activando así al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que es el único conjunto de instituciones de la OEA que se dedica sistemáticamente a la construcción y difusión del discurso de la democracia y los DH.

La actitud de Carter reflejó una de las tendencias presentes en la política estadounidense a finales de los setentas, la cual abogó por la “cooperación” con América Latina, en vez de la confrontación abierta que tuviera como propósito la defensa a toda costa del territorio considerado estadounidense (es decir, todo el continente americano) frente a la “*amenaza expansionista soviético-cubana*”. Según el Gobierno de los Estados Unidos, la “amenaza expansionista” actuaría como un dominó, de tal manera que, si Cuba ya había caído en el comunismo, era probable que los demás países también, hasta que ese régimen llegara cual plaga a los Estados Unidos. Por consiguiente, había que actuar por todos los medios para eliminar los brotes de comunismo en el Hemisferio: externamente mediante la promoción de la democracia representativa/DH como alternativa al comunismo y, solapadamente, mediante intervención económica, política y militar para la

desestabilización de movilizaciones sociales y regímenes que propusieran alternativas a las políticas que tuviera la potencia trazadas para el continente. La política de la cooperación tuvo su auge luego del fracaso estadounidense en Vietnam, lo que implicó un reenfoque por parte de EUA de las relaciones “Norte-Sur”, debido al impacto que tuvo esto para la legitimidad de dicho Estado frente a su propia ciudadanía y en sus relaciones internacionales.

Irónicamente, el Senado estadounidense nunca se interesó por ratificar la Convención Americana, ni ningún instrumento de DH, por lo que hasta la fecha, a dicho Estado solo es reprochable moralmente el incumplimiento de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre vinculándola con la Carta de la OEA. En realidad, el valor de los mecanismos declarativos en el Derecho Internacional es muy relativo, al no poder hacerse efectivos, si bien existen varios casos contra los Estados Unidos que han sido llevados ante la CIDH apelando a dicha Declaración y a la Carta de la OEA han sido admitidos. Un ejemplo de ello es el caso 11.140 ante la CIDH, de *Marie y Carrie Dann v. Los Estados Unidos* del 29 de setiembre de 1999, en la que dos hermanas del Grupo Dann de la Nación Shoshone occidental en Crescent Valley, Nevada, consideraron violados su derechos a la igualdad ante la ley, reconocimiento de la personalidad jurídica y los derechos civiles y el derecho a un juicio justo.

Un ejemplo más reciente es el caso 11.193 del 29 de diciembre de 2003, cuando la CIDH se pronunció sobre hechos ocurridos en 1981, donde el peticionario había sido condenado a la pena de muerte por el Estado de Texas y la CIDH consideró que se violó el derecho a un debido proceso y a un juicio justo de dicho peticionario. En dicho caso, pese al establecimiento de medidas cautelares por parte de la CIDH en lo que conocía el caso, que ya había sido admitido, los Estados Unidos ejecutaron al peticionario, lo cual la Comisión consideró un atentado contra el procedimiento y los derechos del peticionario a elevar su caso ante el sistema interamericano. Claro está que dichas declaraciones por parte de la CIDH no tuvieron ningún eco en la Asamblea de la OEA, la cual ha tenido hasta la fecha una tendencia a mostrarse reacia a apoyar las acusaciones de la Comisión,

pues los Estados partes evidentemente prefieren no verse envueltos en un conflicto gratuito con el Estado denunciado.

Dos años antes de la ratificación de la Convención Americana, en 1976, entró en vigor la Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la que había sido firmada diez años antes. Vale mencionar que tanto la Declaración Universal de DH como los Pactos que se derivaron de ella fueron firmados sin la participación de un gran número de países africanos y asiáticos, por la sencilla razón que tales países no eran miembros de las Naciones Unidas, sino víctimas de la colonización por parte del “mundo libre”. Posteriormente sin embargo, esos mismos países colonizados se aferrarían del discurso de la autodeterminación de los pueblos para reclamar su independencia política.

Como lo hizo anteriormente el derecho natural para la justificación de la esclavitud, el sistema internacional promotor de los DH tácitamente aceptó que las personas de los países colonizados fueren tratados como otro orden de seres humanos, que no tenían derecho a estas nuevas garantías que fueron inspiradas en los eventos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial, aunque la misma segregación y violencia que se realizó contra los judíos se estuviera realizando contra otros grupos humanos subyugados por los Estados partes de la ONU.

Tal es el efecto del discurso ideológico: la creación de realidades que obvian la imposibilidad de la aplicación de los universales y el ocultamiento de determinadas relaciones de poder bajo retóricas que justifican decisiones que nada tienen que ver con la búsqueda de la simetría social. El discurso ideológico de derechos funciona tanto para producir goce a las clases dominantes como las dominadas, de manera que todos sientan que el conflicto se disuelve ante la creación de derechos que afirman su dignidad.

Por otra parte, en el momento en que se firmó la Convención Americana, se hacía a lo interno del Caribe una división entre los habitantes continentales (México, Centroamérica, etc.) y, por otro lado, los de la costa del Caribe y las islas del Mar Caribe (en especial las regiones que no eran hispanohablantes). Geopolíticamente, desde la

perspectiva de países como Estados Unidos, se consideraba al Caribe como un solo bloque que cubría desde Florida hasta parte de Venezuela, mas cultural y étnicamente existe una gran diversidad en esa área. Ello se tradujo sobre todo en una segregación racista de las poblaciones afrocaribeñas, por lo que solo un país de dicha área era miembro de la OEA al tiempo de la firma de la Convención Americana.

En el presente, 24 de los 34 Estados miembros de la OEA han ratificado la Convención Americana, y 21 de ellos han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Dos casos particulares son el de Cuba y Trinidad y Tobago. Cuba hasta la fecha permanece suspendida de la OEA y, de hecho, como ya se vio, la constitución del Sistema Interamericano de Protección de DH inició como una reacción política contra dicho régimen. Trinidad y Tobago por su parte, decidió renunciar a la Convención Americana en 1998, lo cual afectó la apariencia de solidez y necesidad del instrumento y de la Corte IDH.

Adicional a la Convención Americana, se crearon dos protocolos y algunas convenciones especiales, todo lo cual tiene carácter accesorio con respecto a la Convención Americana. De esta manera, la Asamblea General de la OEA aprobó el Protocolo de San Salvador relativo a derechos económicos, sociales y culturales el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador. En su vigésimo periodo ordinario de sesiones, el junio de 1990, en Paraguay, la OEA adoptó un segundo protocolo adicional, relativo a la abolición de la pena de muerte. Además, ha suscrito convenciones contra la tortura (entró en vigor en 1987), contra la desaparición forzada de personas (1994), y una convención para prevenir la violencia contra la mujer (1994).

f. La creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH fue creada con la Convención Americana y desde setiembre de 1979, tiene su sede en San José, Costa Rica. En el capítulo VIII de dicho instrumento, entre los artículos 52 y 73, se establece la organización de la Corte, su competencia y funciones y el procedimiento contencioso y consultivo. En sus comienzos, la Corte IDH fue una

iniciativa del gobierno de Brasil incluida en la Novena Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá en 1948. Se denominó inicialmente “*Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre*” y se encomendó su creación al Comité Jurídico Interamericano. Sin embargo, al cabo de un año, este comité informó al Consejo de Jurisconsultos de la Organización que no era posible crear un estatuto para esa corte sin que hubiera antes un derecho sustantivo con el cual la corte fuera a operar, y se recomendó la elaboración de una convención.⁵⁴¹

La Corte IDH no obtuvo sus primeros casos sino hasta finales de los ochentas (1988), nueve años después de la entrada en vigor de la Convención, dada una reticencia de la CIDH a recurrir a este tribunal. **Puede observarse entonces cómo la Corte IDH resulta de una iniciativa de post-guerra, momento en que se firmó algunas declaraciones de DH, y su creación dependió de la firma y ratificación de una Convención elaborada primordialmente por la CIDH e impulsada por los Estados Unidos como una estrategia regional de cooperación y de contención del comunismo.**

La CIDH es un órgano complejo, cuya naturaleza múltiple hace que sus motivaciones tengan una apariencia ambigua. Primero, es un órgano político fruto de la reacción contra la revolución cubana, que posteriormente se consolidó como órgano consultivo de la OEA y se radicó en los Estados Unidos, Estado que no es parte de la Convención Americana. Luego, es juez ante los casos que se le presentan, con la potestad de: escoger los casos que verá (y los que no verá) el Sistema Interamericano de Protección de los DH, declarar violaciones de DH, emitir recomendaciones que queda al arbitrio del Estado seguir o no y presionar al Estado mediante declaraciones públicas y oficios para que acepte tales recomendaciones apelando a las obligaciones jurídicas y morales del Estado para con la Convención Americana, la Declaración Americana y los protocolos. Finalmente, puede volverse parte cuando considera oportuno presentar un caso ante la Corte IDH, o se dan las condiciones establecidas en su normativa para participar en una solución amistosa. Allí, la CIDH pasa de mediar entre denunciantes y Estado para solidarizarse con los primeros y volverse contra el Estado, si bien ante la Corte sigue

⁵⁴¹ RODRÍGUEZ RESCIA, *op. cit.*, p.14.

teniendo en cierta forma, como la Fiscalía en Costa Rica, una relativa apariencia de neutralidad y superioridad moral, dada su labor en las etapas previas.

Los primeros casos de la Corte IDH – llamados “los casos hondureños”, pues todos eran contra dicho Estado – sentaron las bases para muchos de los principios de interpretación con los cuales operaría la Corte en los casos subsiguientes. Tales principios se volvieron un derecho especializado que luego debió ser cuidadosamente aprendido y sus principios citados constantemente por los abogados litigantes ante dicho tribunal en sus denuncias, demandas y demás escritos, con el objeto de que sus alegatos fuesen considerados por la Corte IDH, en un ejercicio de autoreferencialidad que llegó a crear el universo discursivo particular del sistema interamericano, el cual “evoluciona” con respecto a su propio pensamiento, de conformidad con los objetivos políticos trazados por sus funcionarios y quienes se dedican al ejercicio del derecho frente a estas instituciones.

Desde un enfoque contextual, más allá del universo discursivo que se crea en el sistema interamericano, los primeros casos de la Corte IDH se perciben como individualizaciones ejemplarizantes en una situación generalizada de violencia. Frente a dicha crisis sistémica y la falta de independencia de los Estados de la región, es en realidad es muy poco lo que puede hacer la Corte por sí misma. Su rol político sin embargo no es del todo despreciable, sobre todo cuando pocos años después el mismo sistema comienza a impulsar más activamente la difusión y cumplimiento de sus resoluciones, en las cuales se censura determinadas conductas y actividades de los Estados en contra de sus habitantes, y en las que mediante las reparaciones, la Corte intenta involucrarse en las prácticas políticas y en la creación de políticas públicas y leyes por parte de los Estados. En algunas ocasiones, la Corte IDH se convierte de esta manera en el marco del juego político a lo interno de los Estados latinoamericanos, en un recurso no tanto judicial como político al que acudir cuando se quiere dar legitimidad a una causa o posición.

Expresión de la violencia que marca la coyuntura en la que fue construido el sistema interamericano, fue los movimientos guerrilleros y paramilitares en Guatemala desde 1966 y la época de las masacres en dicho país en los ochentas por los enfrentamientos

entre el ejército y la guerrilla. Así también, se da en Guatemala políticas estatales de limpieza social, las cuales se vieron reflejadas en un caso ante la Corte IDH de gran importancia en su momento: *Los Niños de la Calle vs. Guatemala* referido a tres niños y dos jóvenes mayores de edad detenidos por dos policías y torturados hasta matarlos, por el solo hecho de ser jóvenes que vivían en las calles.

Los procesos en el sistema interamericano contra El Salvador y Honduras en esa época también son dignos de mención. En El Salvador, se dio la formación de una multiplicidad de grupos políticos, obreros, anti-obreros, campesinos, radicales, a la vez que se da una fuerte injerencia estadounidense canalizada mediante ayuda económica y militar. Ocurre una oleada de violencia en los ochentas que empuja a la migración hacia Honduras y luego la guerra del fútbol. La situación en El Salvador fue plasmada en sendos informes y casos de la CIDH. Por ejemplo, el informe de 1984, referido a la visita *in loco* hecha por la CIDH en 1978, se refiere a escuadrones de la muerte, las masacres, las miles de ejecuciones extrajudiciales, la tortura, y la violación de prácticamente todos los derechos presentes en la Convención por parte del Estado salvadoreño.

Resulta absurdo configurar en lenguaje de derechos una situación política y social de violencia en la que el Estado no está en disposición de implementar tales derechos. Despolitizar la situación en este caso y pretender que el sistema judicial del país “persiga a los responsables”, funcionó solo como una forma para los Estados de volver de su sistema judicial un cómplice de las violaciones cometidas y lavarse las manos frente a las víctimas y la comunidad internacional mediante procesos de años en los que casos se perdían en papeleo burocrático y los responsables nunca eran buscados.

En Honduras, en 1974, tuvo lugar el huracán Fifi, que dejó un desastre natural que derivó en una disminución de las exportaciones y en una crisis de alimentos. Se dan serios problemas en el espacio agrario solo paliados por el Estado con medidas de reforma. En 1980, Honduras es considerada por EUA como una región sumamente importante para que no se pasara por allí y El Salvador la influencia soviético-cubana. Honduras sirvió de

base para movilizaciones militares estadounidenses hacia Centroamérica con el objeto de ahogar movimientos revolucionarios. A la vez, en dicho país tiene origen una serie de movimientos guerrilleros.

Casos representativos de esta época son *Godínez Cruz vs. Honduras* y *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Ellos muestran la violencia de la época mediante desapariciones forzadas, secuestros, torturas y ejecuciones extrajudiciales. El caso Godínez Cruz, en el que la Corte IDH emitió su fallo sobre el fondo el 20 de enero de 1989, se refiere a hechos ocurridos entre 1981 y 1984, cuando el gobierno de Honduras detuvo de manera arbitraria y desapareció a más de cien personas, sin que nunca más se supiera de ellas. Una de estas personas fue el profesor Samuel Godínez. La Corte ordenó al Estado investigar y sancionar a los responsables y pagar un total de setecientos cincuenta mil lempiras a la familia del señor Godínez.

En Nicaragua, los conflictos desde mediados de los setentas ocurren por la represión del gobierno y el asesinato de Chamorro. Luego entró el Gobierno de Somoza y se creó el frente sandinista. Al igual que en el resto de Centroamérica, ocurre que se dan modelos de desarrollo que tienden a neutralizar y destruir las dinámicas y cultura propia de las periferias, donde habitan poblaciones afro-caribeñas, los misquitos y otros grupos que no comparten las formas de vida del centro.⁵⁴² **La divergencia entre el discurso de los instrumentos de DH y las prácticas políticas de los gobiernos latinoamericanos y estadounidense es evidente en aquella época de gestación del Sistema Interamericano. La fractura se presenta como un síntoma de la fantasía ideológica eficiente que oculta la imposibilidad de conciliación entre ambos mundos.**

El último organismo que vale mencionar en relación con el sistema interamericano, es el Instituto Interamericano de DH (IIDH) creado en 1980 a raíz de un convenio firmado por la Corte IDH y el Estado de Costa Rica. Se constituyó en una institución autónoma encargada de la *“enseñanza e investigación académica sobre DH, con un enfoque*

⁵⁴² SANDNER, *vid supra* nota 522, p.193-232. También *vid INSULZA, supra* nota 526.

multidisciplinario y con énfasis en los problemas de América.”⁵⁴³ Sea, en una institución de reproducción del discurso de DH en la región.

2. Análisis de sentencias

“Likewise, in the domain of legal science, I cannot see how not to assert the existence of a universal juridical conscience (corresponding to the opinio juris comunis), which constitutes, in my understanding, the material source par excellence (beyond the formal sources) of the whole law of nations (droit des gens), responsible for the advances of the human kind not only at the juridical level but also at the spiritual one.”
Antonio Cancado Trindade. *Voto razonado del caso Moiwana vs. Surinam. 2005*⁵⁴⁴.

a. Consideraciones para el análisis

Consideraciones preliminares: la naturaleza de la crítica

El presente capítulo constituye un primer intento de aplicación sobre el discurso judicial de los aspectos teóricos y método de crítica ideológica desarrollados en capítulos anteriores. Desde el primer capítulo de la tesis, se ha intentando realizar un análisis crítico de diversas discusiones que se dan en el ámbito de los DH y de particularidades de estos (imprecisión semántica, uso del discurso, vaguedad del contenido) señaladas por diversos autores, intentando ligar las discusiones con la hipótesis del trabajo y la realidad percibida del Sistema Interamericano de Protección de los DH.

En esta parte, se toman dos de las resoluciones actuales de la Corte IDH, se sistematiza la información en dos grandes cuadros y se realiza el análisis. En la parte de sistematización, se prefiere utilizar el término “análisis ideológico” y no “crítica ideológica.” La lectura del discurso vivo de la Corte IDH, de los votos razonados de sus

⁵⁴³ Página virtual del IIDH.

⁵⁴⁴“De la misma manera, en el dominio de la ciencia jurídica, no veo porqué no se puede sostener la existencia de una conciencia jurídica universal (correspondiente a la opinio juris comunis), que constituye, según creo, la fuente por excelencia (más allá de las fuentes formales) de la totalidad del derecho de las naciones (derecho de gentes), responsable por los avances de la humanidad no solo en un nivel jurídico pero en uno espiritual.” (traducción libre)

jueces, no debe realizarse con una perspectiva prejuiciada, que busque hacer al discurso calzar en las hipótesis; viéndolo desde la teoría de análisis como si fuese inferior y debiera ser destruido.

Esto por cuanto precisamente se ha explicado que la crítica ideológica se realiza siempre desde otra ideología y no desde ‘un ideal de inmanencia’ (decir lo contrario sería *ideológico*) y, en este sentido, no puede hablarse de verdades absolutas, sino de perspectivas relativas, de contraste de ideologías, donde cuál es la “buena” y cuál la “mala”, queda a juicio del lector. Tampoco puede ocultarse al crítico, y entender que sus percepciones y elaboraciones son limitadas por su propia circunstancia e intención. A pesar de la rigurosidad con la que se trata de presentar este trabajo, finalmente el marco teórico del que se parte no permite que quien lo usa logre usar el discurso académico para su propio beneficio, pues el evidenciamiento de las relaciones de poder tras las prácticas discursivas, la relativización de los ámbitos institucionales de saber y el aporte de la filosofía de la imaginación, de la teoría del discurso, de la teoría de los universales de Badiou y de teoría de la ideología en hacer ver la decisión tras las afirmaciones universales, sitúa al autor en una posición endeble para efectos de imponerse sobre el otro.

Finalmente sin embargo, es imposible mediante el “análisis”, la “crítica”, o como quiera llamársele, no conmover las estructuras de poder y cuestionar el objeto del análisis, pues la teoría de la ideología ha sido construida y desarrollada precisamente para exponer las relaciones de poder y cuestionarlas, en especial cuando estas se definen a sí mismas como naturales, trascendentales o al menos incambiables. Y el conflicto no debe ser evadido. Aquí el que queda desnudo es el juez de la Corte IDH, quien oculto tras su discurso, toma decisiones y realiza afirmaciones de verdad en un sistema que no pone limitación alguna a sus elaboraciones, aunque ello haga que la línea imaginaria entre el derecho positivo y la moral se desdibuje por completo.

El propósito es encontrar potenciales problemas del discurso de la Corte IDH para la propia Corte IDH, además de entender las implicaciones que tiene las afirmaciones que

se realizan en las resoluciones tanto desde un punto de vista ideológico, como político. La idea es encontrar síntomas – usando para ello las herramientas teóricas construidas – para observar la razón de las resquebrajaduras en el universo ideológico ya previamente discutidas y ver si estas se encuentran en las resoluciones.

Es evidente que el ejercicio no es fácil, pues lo más sencillo sería destruir el discurso del otro tomando sus puntos más débiles (y obviando los fuertes) y ridiculizándolos, de la manera que objeta Sloterdijk que realiza la crítica, siendo que esta se convierte en una espada que cosifica y minimiza al otro. El objetivo político del trabajo no pretende ser la deslegitimación del discurso de los DH y del sistema interamericano (aunque tampoco favorecerlo), el cual de por sí encuentra sus fallas en sí mismo. Lo que se pretende es exponer el quehacer de la Corte IDH, y contrastarlo con teorías distintas a las que se manejan en el sistema interamericano, para evaluar la coherencia del discurso y valorar si realmente cumple con los objetivos que se plantean los jueces y los litigantes del sistema interamericano de una protección total de la persona humana.

El aspecto más crítico podría decirse que está en el evidenciar al enunciador del discurso, lo cual se ha intentado hacer sobre todo a lo largo de la Segunda Parte de esta tesis: un análisis del contexto geopolítico de la creación de la Corte IDH, seguido por la lectura de las resoluciones escritas por el personal de la Corte IDH y sancionada por sus jueces. Es crítico (en el sentido quizás de destructivo) por cuanto baja al plano de la decisión burda y la praxis política un Tribunal que se maneja en una esfera discursiva distinta: de principios absolutos, universalidades morales y de obligaciones internacionales incuestionables; una esfera en la que su posición les permite ser quienes utilizan al discurso como dispositivo de poder y, a partir de allí, construir la realidad del orden simbólico y sancionar el saber válido, como se explicó desde Foucault en el capítulo sobre teoría del discurso. En las conclusiones también se tendrá que ahondar en valoraciones sobre el discurso de los DH, las cuales dejan ver la perspectiva personal de la autora luego del presente estudio, sobre el problema de los DH y su necesidad de reestructuración.

El capítulo se estructura de la siguiente manera:

1. CRITERIOS DE SELECCIÓN. En primer término, se explicarán los criterios de selección de las sentencias y algunas particularidades de las sentencias de la Corte IDH, esto último con el objeto de situarse en la práctica de la Corte, que es en algunos aspectos distinta a la de otras instancias judiciales.
2. SISTEMATIZACIÓN DE LAS RESOLUCIONES. Se explicará el método de sistematización de las resoluciones y esta se encuentra en los anexos del presente trabajo.
3. CRITERIOS DE ANÁLISIS. Se definirán algunas categorías que se utilizarán para analizar el discurso, tales como jusnaturalismo, juspositivismo, esencialismo, etc.
4. CRÍTICA IDEOLÓGICA. Se presentan las dos resoluciones de manera separada, aunque hay puntos que se encuentran en ambas y serán analizados solo una vez. Se explica en breve los hechos del caso, su paso por el sistema interamericano y luego se entra al análisis de la sentencia y los votos, dividido este en temas.

Criterios de selección

Se seleccionaron dos sentencias de acuerdo con los siguientes criterios: a) que fueran relativamente recientes y por ende que la composición del Tribunal fuera igual o similar a la del Tribunal actual; b) que las sentencias o sus votos razonados elaborasen en los principios estudiados en la Parte I (dignidad, libertad, universalidad); c) que para ello se refiriera a derechos como la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad; d) que esas sentencias en particular fueran de alguna manera importantes para la Corte por sentar un precedente, a la vez que en ciertos aspectos resultasen un seguimiento del razonamiento de la Corte IDH a lo largo de sus votos anteriores.

Se escogió así el *caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam* de junio de 2005 y el *caso La Cantuta vs. Perú* de noviembre de 2006, que además tuvo una sentencia de interpretación en el 2007, la cual también fue revisada. El caso de la Comunidad Moiwana resulta relevante porque se trata el tema de la propiedad colectiva. Así también, es un caso en el que la Corte IDH muestra cómo el contexto socio-cultural y político del caso es vital para la determinación de las violaciones. En dicho caso, el Juez Cançado

Trindade realiza un largo voto razonado en el cual explica, como lo había mencionado también en sentencias y votos anteriores, sus elaboraciones con respecto al proyecto de post-vida y, además, agrega el “daño espiritual”, consideración que de hecho parece haber sido utilizada en la resolución. Cançado elabora también en algunas premisas ideológicas que son las que alimentan sus decisiones judiciales.

Finalmente, el caso puede resultar algo controversial por la forma en que la Corte IDH elabora en la llamada “obligación de investigar” que parece tratar como una “obligación continuada” (al estilo del de la desaparición forzada como delito continuado) y, de este modo, no ver sus elaboraciones frenadas por el principio de irretroactividad que rige en el Derecho de los Tratados.

El caso de *La Cantuta vs. Perú* es uno muy reciente que encuentra su importancia en los siguientes aspectos. En primer lugar, los hechos del caso revisten una relevancia especial para Perú y se enmarcan en el régimen de Fujimori, durante el cual se dieron desapariciones forzadas y ejecución de personas como una práctica regulada de Estado, llevada a cabo por las Fuerzas Armadas y ocultadas por el poder judicial. En segundo lugar, junto con el caso *Barrios Altos vs. Perú*, es una sentencia en la que la Corte IDH por primera vez declara nulas ciertas leyes de derecho interno, por considerarlas contrarias a la Convención Americana.

Finalmente, se escoge dos resoluciones únicamente dadas ciertas características de las sentencias de la Corte IDH, que permitió que esto fuera suficiente para un primer acercamiento al discurso judicial de la Corte IDH. Dichas características son: las resoluciones son particularmente extensas; las resoluciones buscan basarse fuertemente en sus precedentes para que haya una continuidad en la línea de pensamiento de la Corte, la cual solo tiende con el tiempo a ampliar los criterios de reparaciones y el contenido de los derechos pero no ha cambiado radicalmente su forma de pensar; los votos razonados tienen muchos elementos a analizar por lo que en sí mismos constituyen un trabajo aparte.

En cuanto a las características de las sentencias que son importantes para efectos de que se comprenda la forma en que fueron sistematizadas son las siguientes:

- g. Los jueces sesionan solamente un limitado número de veces al año, y quienes realizan la mayor parte del trabajo de elaboración de sentencias y de selección de los casos es la Secretaría de la Corte IDH radicada en Costa Rica, la cual cuenta con un equipo de letrados, asistentes y pasantes.
- h. La Corte IDH cuando sesiona, delibera y escucha los testimonios y los argumentos de las partes en las audiencias, todo lo cual es un componente importante a la hora de tomar su decisión.
- i. Las sentencias de la Corte IDH hasta el momento eran particularmente extensas, con un promedio de ciento cincuenta páginas cada una. Esto incluye las sentencias de análisis. Recientemente la Corte IDH decidió limitar el número de páginas de sus resoluciones.
- j. Los llamados “votos razonados”, que pueden llamarse también “votos concurrentes”, “votos disidentes” o en inglés, “*separate votes*”, son un espacio para que los jueces elaboren sobre un punto en particular con el que están de acuerdo o en desacuerdo, para que den su posición política (como el caso del juez *ad hoc* Vidal Ramírez en el caso La Cantuta) o bien, para realizar disertaciones doctrinales que quieren que sean tomadas en cuenta posteriormente tanto por el tribunal mismo, como por la CIDH, los Estados y las organizaciones de DH que litigan en el sistema interamericano y la academia. Así también, muchas veces los votos son espacios usados por los jueces para justificar mejor sus decisiones utilizando argumentos políticos o morales, o para realzar la relevancia de la labor de la Corte IDH, la importancia de la sentencia, etc. y para incentivar al Estado a que continúe con determinada conducta, o reprocharlo o motivarlo a cumplir con lo establecido en la resolución. Vale señalar que los votos razonados, pese a estar anexados a la resolución, no tienen el valor jurídico de esta, y como fuente de derecho tienen solo un valor doctrinal.
- k. La sentencia comienza por explicar el motivo por el que fue presentada la demanda (“introducción a la causa”) y por valorar si la Corte IDH tiene

competencia para conocer el caso o no. En ese momento, la Corte considera las excepciones preliminares que fueron presentadas. Luego, realiza una descripción del procedimiento ante la CIDH y la Corte IDH.

- l. La sentencia continúa valorando la prueba, a menos que haya alguna otra consideración liminar, como en *La Cantuta*, caso en el que el Estado se allanó con respecto a la mayor parte de los hechos. La prueba se considera bajo laxos principios y se considera la documental, la testimonial y la pericial. Usualmente es muy importante para la Corte IDH la prueba pericial de peritos antropólogos y psicólogos, entre otros.
- m. La Corte IDH pasa entonces a presentar los hechos probados. Siempre inicia con una contextualización del caso basada en lo mencionado por las partes y los peritos. Así, en el *caso Moiwana vs. Surinam* explicó las costumbres de la Comunidad N'djika, y en la de *La Cantuta vs. Perú* inscribió el caso en un contexto más general de desapariciones forzadas perpetradas por el Estado.
- n. Luego de los hechos, se analiza en la sentencia cada uno de los derechos alegados como violados por la CIDH y los representantes de las partes, y la Corte IDH, bajo el principio *iura novit curia* que elaboró jurisprudencialmente, también puede incluir el análisis de otros derechos que ella haya considerado vulnerados. En el análisis, se expone primero los argumentos de cada parte sobre el derecho y luego la Corte IDH realiza su razonamiento y su conclusión. En el caso *La Cantuta*, la Corte IDH también realizó un acápite sobre la “responsabilidad agravada del Estado”.
- o. Luego de revisar los derechos, la Corte IDH pasa al capítulo sobre reparaciones, que se divide en: daño material, daño inmaterial y otras formas de reparación (medidas de satisfacción y no repetición). Allí también se consideran los alegatos de cada parte y luego la Corte IDH decide el monto a pagar por el Estado a cada víctima, y otras obligaciones de hacer por parte de este. En el capítulo de reparaciones se valora más prueba, que usualmente es abundante e incluye peritajes y demostración del lucro cesante, daño emergente, etc. Pero en lo relativo al daño inmaterial y otras formas de reparación, la Corte IDH se basa en buena medida en su propio criterio (“juicio en equidad, el arbitrio judicial”)

para establecer los montos. Se basa asimismo en su jurisprudencia anterior donde define quiénes son víctimas o partes lesionadas y si hay presunción a favor de ciertos familiares de las víctimas, de modo que no tengan que elaborar mucho en el sufrimiento causado por la comisión por parte del Estado de actos como tortura, ejecución o desaparición de las víctimas.

- p. Luego, se considera cuánto debe pagar el Estado en costas y gastos, la forma de pago y cumplimiento de la sentencia (plazos, etc.) y, al final, se expone el por tanto de la sentencia. Luego de este, se ubican los votos separados de los jueces, si es que los hay.
- q. La Corte IDH cita mucho sus propios precedentes e incluso, algunas partes de la sentencia se vuelven fórmulas que están presentes en todas ellas, como las definiciones de reparaciones. La Corte IDH es particularmente consistente en su jurisprudencia y cuando realiza nuevas tesis intenta ligarlas a lo mencionado en casos precedentes. La Corte IDH estableció una regla, que igualmente es aplicable para las partes, de solo citar las sentencias más nuevas, de modo que no tenga que citar cada una de las sentencias en la que mencionó determinado principio o regla. Se supone que dentro de las sentencias más recientes vienen contemplados los razonamientos de las más antiguas, a menos que se diga lo contrario.

El anexo 1 del presente trabajo detalla el procedimiento ante la CIDH y los procedimientos contencioso y consultivo ante la Corte IDH. Algunas particularidades del proceso que se deducen del análisis del funcionamiento es la gran cantidad de años promedio que se requiere para que el caso llegue ante la Corte IDH, el hecho de que se trata de una instancia única y consecuentemente su decisión es inapelable, la falta de efectividad de las sentencias, sobre todo en el aspecto relativo al llamado deber de investigar y sancionar a los responsables, el hecho de que la Corte IDH ha sido la corte internacional más creativa (o “más avanzada”, como ella misma se denomina), en materia de reparaciones llegando incluso a pronunciarse sobre políticas públicas y cambios legislativos en los Estados.

En el anexo 1 también se mencionan los principales aspectos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el marco del cual se inserta la práctica de la Corte IDH.

Sistematización de las resoluciones

Las resoluciones fueron sistematizadas en dos grandes cuadros que pueden ser encontrados en los anexos 2 y 3 del presente trabajo. El primero se denomina “*Sistematización de las resoluciones de la Corte IDH seleccionadas: hechos probados, argumentos de las partes, derechos violados, reparaciones*”. El Cuadro 1 pretende presentar la información relevante para comprender los hechos y el desarrollo del caso ante el sistema interamericano, y entender así los razonamientos de los jueces. En el espacio sobre los argumentos de las partes, solo se especifican si se considera que de alguna manera alimentaron el debate de la Corte IDH o hacen ver que la parte posiblemente no estuvo de acuerdo con la resolución. Esto con el propósito de utilizar los mismos argumentos de las partes (Estado, CIDH, representantes de las víctimas) para entender la decisión de la Corte IDH y cuáles hubieran podido ser soluciones alternativas.

El cuadro 2 llamado “*Sistematización de la argumentación presente en las resoluciones de la Corte IDH seleccionadas (incluyendo votos razonados y concurrentes)*” se basa en los razonamientos de los jueces presentados en las sentencias y en los votos razonados. En esta parte, se intentó centrarse en los argumentos de derecho, y no en otros aspectos como valoración de la prueba y los hechos, pero al final se comprendió que todo iba íntimamente ligado. En el presente capítulo se ahonda solo en los argumentos que son más relevantes para la crítica ideológica, si bien en los cuadros se intentó plasmarlos todos. En la elaboración del Cuadro 2 se hizo uso del marco teórico planteado, sea, se trataron de plasmar los razonamientos tal y como venían en la sentencia, pero muchas veces se resumieron o categorizaron de acuerdo con el lenguaje propuesto en los capítulos precedentes, que ya fue interiorizado.

Algunas categorías de análisis

En la hipótesis se hizo mención de las categorías “esencialismo” y “jusnaturalismo”, por lo que se especificará con mayor precisión qué se entiende por tales categorías. Para ello, se utilizará las definiciones dadas por Popper y Bobbio, respectivamente. Así también, se mencionarán otras categorías que se relacionan con lo que se encontró en las sentencias luego del análisis. Para no hacer de este acápite solamente un relato de definiciones ajenas, se realizará a la par la aplicación de las categorías al discurso de los DH y el de la Corte IDH presente en las sentencias de cita.

El jusnaturalismo se define como una corriente que considera la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la primacía del primero sobre el segundo. En contraposición, el juspositivismo sería la corriente que afirma que solo existe el derecho positivo.⁵⁴⁵ Bobbio concibe tres formas de jusnaturalismo⁵⁴⁶:

- a- **Escolástico:** derecho natural como conjunto de principios éticos, muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de reglas de derecho positivo.
- b- **Racionalista moderno:** el derecho natural es el conjunto que dictamina la razón en materia de reglamentación, y el derecho positivo es un conjunto de medios práctico-políticos para estos efectos (como institución y organización del poder coactivo. La única diferencia entre ambos derechos son los mecanismos que se usan para imponer el derecho positivo (derecho natural y obligación moral).
- c- **Hobbesiano:** el derecho natural es el fundamento o sostén del orden jurídico positivo. La función del derecho natural es la de legitimar al poder. El derecho natural queda reducido a una única norma.

De estos tres, la Corte IDH parece acercarse más al uso del jusnaturalismo racionalista, en tanto los DH y la dignidad se perciben como inherentes a la persona humana, y la evolución normativa y jurisprudencial de los instrumentos de DH consistiría en un ‘reconocimiento’ cada vez más amplio del derecho natural. El juez Cançado Trindade en

⁵⁴⁵ BOBBIO, *vid supra* nota 517, El problema del positivismo jurídico, p.68.

⁵⁴⁶ *Ibid*, p.70-72.

particular parece inclinarse también por el uso de elementos del jusnaturalismo escolástico en su discurso, en tanto considera la existencia de una “conciencia jurídica universal” en la que se inspiran los operadores del derecho. Así también, dicho juez percibe a los DH como una fuente de espiritualidad para la humanidad.

Véase ahora críticas a esta forma de pensamiento con el objeto de realizar un contraste. Este a su vez es útil para poder diferenciar el universo ideológico de estudio y dejar de percibirlo como único. Según Bobbio, la crítica positivista principal al jusnaturalismo racionalista es que lo que determina al derecho no es su contenido, es decir, el comportamiento particular de “x” o “y”, sino el modo de creación y de ejecución de la norma⁵⁴⁷. En el contexto de la práctica de la Corte IDH, esto querría decir que la creación de derecho no depende tanto de realizar prácticas judiciales que favorezcan “la evolución” de la protección de la persona humana, a raíz de establecer más garantías y categorías de violaciones para el contexto particular, sino simplemente del hecho que lo dictaminado por los jueces en sus sentencias se vuelve fuente de derecho, y lo que digan estos, sea que favorezca o no determinados objetivos, es derecho.

En otras palabras, sea la actividad del jurista “lógica” o sea valorativa y éticamente orientada en uno u otro sentido, sea considerada sabia y justa o no, esto no modifica la circunstancia que tales valoraciones lleguen a ser reglas válidas para el sistema.⁵⁴⁸ La cuestión para el juspositivismo no es pues si la decisión del juez es moral o políticamente correcta en determinada circunstancia, sino esa capacidad del juez para decidir sobre determinados asuntos y, para la teoría de la ideología, el margen de discrecionalidad que le permite su escogencia de discurso justificativo (uno jusnaturalista, uno sociologista), la flexibilidad de las normas que interpreta (indeterminación de los DH) y las características propias de las instituciones que le cobijan (por ejemplo, que se trate de una instancia única cuya decisión es inapelable).

⁵⁴⁷ *Ibid*, p.73.

⁵⁴⁸ *Ibid*, p.62.

Véase ahora la idea del **evolucionismo** resumida por Popper de la siguiente manera: “*las civilizaciones no son condiciones estáticas de la sociedad, sino movimientos dinámicos de carácter evolucionista. No solo no pueden estarse quietas, sino que ni pueden dar marcha atrás sin romper la ley de su propio movimiento.*” Esta idea presupone: una dinámica social (y no una estática social), una ley del movimiento, direcciones, cursos, velocidades, y la imposibilidad de una marcha atrás⁵⁴⁹; esto último es consecuente con el principio de progresividad de los DH.

Es una idea relevante ya que uno de los principales elementos que maneja la Corte IDH para justificar la “extensión” vía jurisprudencia de lo establecido en la Convención Americana es la necesidad de una “evolución constante” de la jurisprudencia de la Corte IDH, de los instrumentos de DH, los cuales no pueden permanecer estáticos sino que deben ser interpretados para que se adecuen a los nuevos tiempos y cubran situaciones en aras de mejorar las garantías de las personas frente al Estado.

El argumento de la Corte IDH es cuestionable en tanto la pregunta ante la idea de “evolución” es ¿evolución de los derechos y de la jurisprudencia con respecto a qué? La respuesta institucional sería “con respecto a la protección de los derechos inherentes a la persona humana”. Como ya se vio anteriormente, tanto la noción de DH como la de ser humano dan suficiente margen de discrecionalidad como para que más bien, la ‘evolución’ se piense con respecto al pensamiento mismo de los jueces de la Corte IDH, con lo cual se cae en la tautología criticada por Badiou en cuanto a la interpretación a partir de los propios universales, y la realizada por la escuela Critical Legal Studies. Quizás – y se toma aquí teoría sistémica y de las instituciones – la evolución se dé también con respecto a determinados objetivos institucionales tácitos incluyendo la sobrevivencia misma de la Corte IDH, su legitimación y el aumento de su poder simbólico y político en la región. Por otra parte, como lo analiza Popper, la evolución no es más que otra ficción social, que puede o no ser considerada válida dependiendo de la teoría social de la que se parta, por lo que la justificación de la creación de normas a

⁵⁴⁹POPPER, Karl R., La Miseria del Historicismo. Editorial Alianza-Taurus. Madrid, 1961. p.126

partir de los beneficios de la “interpretación evolutiva” de los DH no puede ser considerado como un argumento único ni éticamente incuestionable.

La idea de leyes universales, de propensiones, es similar a la de derechos universales inmutables, descubiertos mediante la razón, deducidos de esa ‘gran conciencia universal’, y es entonces consecuente que dentro del marco jusnaturalista en que se mueve la Corte IDH, se hable de involución y evolución de la jurisprudencia y de los DH. Los derechos aquí se presentan como absolutos que pretenden ser aplicados en casos concretos, pero a un modelo general de individuo, a lo que llaman en derecho penal “el individuo promedio”, en un **formalismo** según el cual el derecho es el modelo o forma al que debe adecuarse el comportamiento social y político.⁵⁵⁰

Con respecto al formalismo, se toma la definición de Bobbio de **formalismo legalista**, según el cual esta corriente es una teoría de la justicia que hace una equivalencia entre aquello que es legal y aquello que es justo⁵⁵¹. En el caso de la Corte IDH, este razonamiento solo se aplica a los instrumentos de DH (en contraposición a la normativa interna de los Estados), los cuales son justos al equipararse al derecho natural, en una versión jusnaturalista del formalismo.

La consecuencia de un formalismo jusnaturalista con respecto a los instrumentos de DH, como la Convención Americana o la Declaración Universal y Americana, es el hacer del sistema normativo un modelo ético, ideal, de la conducta humana y el uso de ese sistema normativo como la medición no solo de lo válido, lo jurídico, sino lo justo, lo éticamente correcto, lo moral y lo bueno. La pregunta es aquí quién decide qué derecho positivo es derecho natural y qué no lo es. Los jueces de la Corte IDH, dada su función consultiva, son quienes deciden sobre todo tratado internacional de la región, sobre el derecho interno, y las políticas de los Estados, qué se adecua a los DH y qué no, qué puede ser moralmente correcto, consecuente con el mínimo ético que ellos plantena, y qué no.

⁵⁵⁰ *Ibid*, p.14.

⁵⁵¹ *Ibid*, p.14-16.

La crítica juspositivista a un jusnaturalismo escolástico (derecho natural como un conjunto de principios éticos) como el encontrado en el voto del juez brasileño, así como la crítica proveniente de otras corrientes incluyendo el marco teórico de esta tesis, es la no admisión valores absolutos, universales y auto-evidentes. Las leyes naturales primarias son “meramente formales”, y pueden ser llenadas con cualquier contenido e interpretadas por cada uno a su manera. La contra-crítica jusnaturalista a los positivistas es en resumidas cuentas, la siguiente:

*“admitamos, dice el jusnaturalista impenitente, que un sistema d derecho vigente sea un sistema de hechos históricos, y que, por consiguiente, haya que partir de consideraciones fácticas; pero estas consideraciones fácticas no son suficientes para dar una justificación del derecho o, en todo caso, la única justificación que ellas pueden dar es la que consiste en reducir el derecho a la fuerza”.*⁵⁵²

Y esta contra-crítica, que el juspositivismo es la reducción del derecho a la fuerza, parece ser la que asume el juez Cançado en su voto del *caso Moiwana vs. Surinam*, cuando critica a quienes deconstruyen los DH, que constituyen según este juez, el mejor intento actual por dotar a la humanidad de una moral universal:

*“The question has thus been timely asked: how can one wake up the contemporaries, how can one convey the necessity of spirituality?. The International Law of Human Rights has attempted to do so, has done its best, but appears nowadays to be under fire and hostility, on the part of those engaged in its deconstruction, the usual heralds of the use of force and the accumulation of material wealth”*⁵⁵³

Con este tipo de afirmaciones se relaciona el **esencialismo**, que Popper define de la siguiente manera: “*Los esencialistas niegan que primero reunamos un grupo de cosas singulares y luego les pongamos el rótulo de ‘blancas’* [lo cual sería nominalismo, según el mismo Popper]; *por el contrario, llamamos blanca a cada una de las cosas blancas singulares por razón de una cierta propiedad intrínseca que tiene en común con otras cosas blancas: a saber, “la blancura”.*”⁵⁵⁴ Esa naturaleza de la cosa estaría determinada

⁵⁵² *Ibid*, p.60.

⁵⁵³ Corte IDH. *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Voto razonado del juez Cançado Trindade, punto 34. “*La pregunta ha sido entonces oportunamente hecha: ¿cómo puede hacerse despertarse a los contemporáneos, cómo puede comunicárseles la necesidad de espiritualidad? El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha intentado hacerlo, ha hecho lo mejor que ha podido, pero parece que hoy en día está bajo fuego y hostilidades, de parte de aquellos dedicados a su deconstrucción, los heraldos usuales del uso de la fuerza y la acumulación de riqueza material*”. (traducción libre).

⁵⁵⁴ POPPER, *vid supra* nota 549, La miseria del historicismo, p.41.

por su origen (origen libre, divino, del ser humano, según el pensamiento político en que se fundamenten los DH), tal y como se afirma en Platón⁵⁵⁵. La esencia es la suma o la fuente de las potencias inherentes a la cosa, y los cambios o movimientos pueden ser interpretados como la realización o actualización de las potencias escondidas de su esencia.⁵⁵⁶ El esencialismo parece consustancial a las formas de jusnaturalismo escolástico y racionalista. Su aplicación en los DH se denota en la construcción del ser humano absoluto cuya dignidad es independiente de su condición y su presencia en la interpretación judicial parece relacionarse con el evolucionismo.

A este contra-argumento Bobbio responde que el principio de efectividad – del que se parte en este trabajo por cierto – consistente en considerar derecho como aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas,⁵⁵⁷ no es la reducción del derecho a la fuerza. Esto por cuanto en teoría política se entiende que la dominación no solo tiene lugar mediante la imposición de la fuerza, sino mediante la persuasión, el consenso, y la construcción de ideologías e instituciones imaginarias. En el caso particular de la obediencia a la norma, esta tiene lugar usualmente porque las personas obedecen la ley porque es la ley, y no por la existencia de una moral o una norma extra-positiva, o porque se dé constantemente situaciones en la que las personas sientan el monopolio de la violencia del Estado sobre sus vidas.

Bobbio expresa que el denominador común de los jusnaturalismos es el encontrar el fundamento de las reglas de la conducta humana no en la voluntad de un legislador (humano o divino) sino en la naturaleza humana, constante, uniforme, eterna: “*El jusnaturalismo es uno de los modos recurrentes como se presenta una teoría objetivista de la ética*”.⁵⁵⁸

Esta perspectiva se relaciona con lo visto en la I Parte: los DH y la dificultad que encuentran estos de presentarse e imponerse como una moral objetiva, universal y

⁵⁵⁵ POPPER, Karl R., *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Editorial Paidós. Barcelona, 1991. P.83

⁵⁵⁶ POPPER, *vid supra* nota 549, *La miseria del historicismo*, p.46.

⁵⁵⁷ *Ibid*, p.60.

⁵⁵⁸ *Ibid*, p.82.

neutral, cuando la modernidad misma instituyó la moral en el ámbito de lo privado, de modo que no hay una sola moral sino muchas. Así también, nótese pues que el fundamento último de los DH, tanto como de otras expresiones de jusnaturalismo, es la construcción de una naturaleza humana que se presente como una constante, una unidad y como un elemento inmutable. La determinación de lo que es humano y el plantear dicha determinación como un ‘juicio de hecho’ o una descripción, resulta en una operación ideológica que a su vez permite la imposición de una conducta modelo, que actuaría de “coordinada cero”, es decir, como paradigma de la conducta real de las personas.⁵⁵⁹

La consecuencia de este pensamiento en la práctica judicial es la apelación a la “naturaleza de las cosas” como una fuente principal de la creación jurídica. El derecho positivo – tal como el establecido en la Convención Americana – se presenta como insuficiente, y debe darse una libre búsqueda del derecho más allá del establecido. Tal es la labor del juez, el cual deberá “integrar, adaptar y mejorar” el ordenamiento impuesto para mejorar la garantía de las personas humanas⁵⁶⁰ y las víctimas en particular.

La crítica más fuerte realizada contra el jusnaturalismo es el que es una corriente que tiene una flexibilidad tal, que resulta en “*un conjunto de consideraciones más o menos realistas acerca de la naturaleza humana, destinadas a fundamentar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea este*”. _Todo lo anterior se traduce en decir que el uso de argumentos jusnaturalistas para la fundamentación de las sentencias permite tanto la argumentación auto-referencial, en una creación indiscriminada de universales (nuevos derechos, nuevos principios, nuevas reglas), como un espacio de poder suficiente para la toma de decisiones libre con respecto a determinados conflictos. La extensión metafísica de los derechos en las sentencias también redundaba en altísimas sumas de dinero a pagar por el Estado a cada víctima por concepto de daños, reformulaciones de sus normas, políticas internas, dación de títulos de propiedad, creación de fondos de desarrollo, construcción de monumentos, etc.

⁵⁵⁹ En cuanto a la idea de “método cero” y “coordinada cero”, vid POPPER, *supra* nota 549, La miseria del historicismo, p.156.

⁵⁶⁰ *Ibid*, p.83.

Esto puede verse en el caso de la Corte IDH en el proceso que inicia con la traducción de los contextos de los casos en lenguaje de DH, en aras de poder trasladar la decisión al espacio judicial. Luego, mediante interpretación evolutiva y un formalismo legalista que equipara los DH a lo justo, se toma la Convención Americana como supuesta base positiva para una serie de afirmaciones que se convertirán en el derecho vigente. Dichas afirmaciones incluyen muchas veces la creación de nuevas reglas que trascienden lo establecido por la Convención Americana, como la obligación del Estado de dar título de propiedad a los indígenas por sus tierras, o la obligación imprescriptible del Estado de investigar los hechos de un caso cuando se dieron violaciones a los derechos a la vida y la integridad de la víctima, o la creación de más normas pétreas (*jus cogens*), como en el caso La Cantuta donde el acceso a la justicia fue promovida a ese rango.

En realidad, la Corte IDH no aplica solamente formas de pensamiento jusnaturalista, y ello se refleja en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, donde en una suerte de sociologismo, se parte como fuente de derechos (“el derecho espontáneo”) de la subjetividad de las víctimas y de lo establecido por la academia para la construcción de la identidad de la comunidad. Es decir, se establece la existencia de fuentes del derecho y los derechos más allá del derecho positivo. Solo en análisis de un mayor número de sentencias, sino es que su totalidad, permitiría realizar una afirmación contundente acerca de cuáles son las corrientes predominantes de las que hace uso la Corte IDH para justificar sus resoluciones. Ha de tomarse en cuenta también que en la Corte IDH sus jueces y funcionarios tienen perspectivas personales distintas las unas de las otras con respecto a los DH y su aplicación, y ello se refleja en las variaciones en la forma de justificación de la sentencia, sobre todo la corriente que se utilice para justificar la decisión política tomada por los jueces.

No obstante, es posible plantear, y en esto se toma enteramente a Bobbio, que la escogencia del método, ya sea uno en que se enfatice la interpretación “lingüística-lógico formal”, de acuerdo con la cual el rol del juez sería más pasivo; o una “enfocada en los intereses y fines sociales”, que permite un juez más ‘creativo’, está condicionada por la apreciación favorable o desfavorable de la decisión. El juez adoptará este o aquel método

según pretenda obtener este o aquel resultado.⁵⁶¹ En cualquiera de los escenarios, pareciera que la decisión se produce antes que los argumentos que la justifican, y no alrevés, de la misma manera que el contenido de una palabra es dotado a posteriori, en lo que llamaban Žižek y Laclau el efecto retroactivo del nombre, o la teoría del psicoanálisis según la cual una persona justifica su acto luego de que este es cometido, o decide y luego razona el porqué.

Existen también métodos, como otras expresiones del formalismo y formas de juspositivismo, que favorecerían la justificación de decisiones de otro orden. Por ejemplo, el **formalismo como teoría formal del derecho** (ya no el formalismo como teoría de la justicia) promueve la visión del derecho como imperatividad, estatismo, coactividad, independiente de toda consideración de la materia de reglamentación.⁵⁶²

El **positivismo jurídico “como modo de acercarse al estudio del derecho”**, como lo clasifica Bobbio, consiste en la eliminación de teoría finalista que permitía hacer valoraciones sobre hechos naturales. Es el uso del mecanismo ideológico de la “neutralidad ética” como modo de justificar las decisiones. Positivista jurídico es entonces el que dice asumir ante el derecho una actitud avalorativa u objetiva, que acepta como criterio de distinción entre una regla jurídica y una que no lo es, la derivación de hechos verificables (que emane de ciertos órganos, que sea obedecida). Se rechazan los elementos finalistas como la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, promoción del bienestar, etc.⁵⁶³

La Corte IDH no apelaría a un formalismo que tienda al estatismo y la independencia de la materia de consideración, como tampoco ha utilizado la forma de juspositivimos anteriormente mencionada. Más bien, sobre todo en el *caso La Cantuta vs. Perú*, aboga por una perspectiva teleológica del derecho para poder obligar al Estado de Perú a dejar sin efectos jurídicos sus leyes de amnistía. Considera, como se razona más ampliamente

⁵⁶¹ BOBBIO, *vid supra* nota 517, El problema del positivismo jurídico. P.29.

⁵⁶² *Ibid*, p.32.

⁵⁶³ BOBBIO, *op.cit*, p.42.

en el voto del juez Cancado, que derecho es solo aquello tendiente al bien común y, en tanto las leyes de amnistía más bien desprotegen a la persona, no son derecho.

El **positivismo jurídico como “teoría estatal del derecho”** vea al Estado como monopolizador de la violencia y la producción jurídica⁵⁶⁴ y presupone la unidad del conjunto de reglas y su plenitud hermética, la teoría de la coactividad (aplicación por la fuerza de la norma), la teoría de la efectividad, la teoría imperativa de la norma (normas son mandatos), la supremacía de la ley como fuente del derecho y la reducción del derecho consuetudinario y judicial, la labor judicial como actividad lógica. Nada de esto es utilizado en el discurso de la Corte IDH analizado e, incluso, algunos elementos son contrarios.

b. Sentencia 1: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam

En el caso de la sentencia Comunidad Moiwana vs. Surinam, los hechos acontecieron en 1986 y los desplazamientos forzados en el periodo subsiguiente. La denuncia se presentó ante la CIDH en junio de 1997 y esta emitió sus recomendaciones en febrero de 2002. Al Estado ignorarlas, y por solicitud de los peticionarios, la CIDH decidió llevar el caso ante la Corte IDH y presentó una demanda el 20 de diciembre de 2002. En el año 2005 la Corte emitió su sentencia.

Durante la época en cuestión, el Estado de Surinam se encontraba bajo un régimen militar, el cual entró en conflicto con un grupo llamado *Jungle Commando*⁵⁶⁵, compuesto en gran parte por moroons.⁵⁶⁶ Parte de dicho conflicto se desarrolló en la tierra ocupada por el grupo moroon N’djika y, en un momento dado, el Estado de Surinam decidió llevar a cabo operativos militares para la eliminación física de estas personas y la destrucción de sus cultivos y modos de vida. El caso refiere a una masacre de treinta y nueve personas ocurrido el 29 de noviembre de 1986. Los familiares de dichas personas huyeron por la selva a las ciudades o se refugiaron en la Guyana Francesa, imposibilitados para volver

⁵⁶⁴ *Ibid*, p.43.

⁵⁶⁵ “Comando de la Jungla”

⁵⁶⁶ De acuerdo con la misma sentencia, los moroons son personas de origen africano que huyeron de la esclavitud y se internaron en las selvas de Surinam en el siglo XIX constituyéndose en algunos grupos diferenciados que desarrollaron cada uno sus propias costumbres

por el miedo a más hostilidades y porque de acuerdo con sus creencias, debido a las masacres y al hecho de que nunca enterraron los cuerpos o hicieron justicia a sus muertos, las tierras ya no eran aptas para vivir.

La retroactividad en el presente caso

En el presente caso, no queda enteramente claro el razonamiento de la Corte IDH a la hora de rechazar la excepción preliminar *ratione temporis* del Estado de Surinam. La masacre se dio en 1986, momento en el que, como ya se mencionó, el Estado no había adquirido obligaciones internacionales para con la Convención Americana y no había aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Esto quiere decir, y de hecho así fue expuesto el caso por la CIDH, que la Corte IDH solo podía conocer los derechos violados luego de la ratificación de la Convención, esto es, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de las víctimas y sus familiares, en conexión con el deber general de respetar los derechos establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece en este sentido:

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.”

De acuerdo con dicha norma, la Corte no tiene competencia para conocer los derechos violados por la masacre del 86: los derechos a la vida y la integridad física de las víctimas. Sin embargo, la Corte IDH realizó una serie de afirmaciones que no elaboró con respecto a este punto, que le permitieron concluir que existía para el Estado una obligación de investigar los hechos derivada de lo ocurrido en dicha masacre, que continuaba en el tiempo hasta el momento de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH por parte de Surinam.

Con respecto al razonamiento en cuestión se pronunció la jueza Medina, la afirmó que la Corte IDH hizo nacer una obligación sin dar fundamento jurídico alguno para ella, lo cual

es arbitrario. Jurisprudencialmente la Corte IDH ha establecido la obligación de investigar cuando ocurren violaciones a la integridad de la persona (física, psíquica y ‘moral’) y a su vida. No obstante, dado que los hechos vinculados con esos derechos ocurrieron antes de la ratificación de la Convención, ¿de dónde nace la obligación? La jueza consideró como una solución válida decir que el Estado de Surinam ya era miembro de la OEA al momento que ocurrieron los hechos, por lo cual tenía un deber de cumplir con lo postulado en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre. No obstante, de acuerdo con las normas del derecho internacional, una declaración no es una fuente de obligaciones para un Estado. En el mismo sentido del voto de la jueza Medina parece haberse pronunciado también el juez Cançado, quien fue más lejos en su voto razonado al considerar que es necesario que los DH se vuelvan imprescriptibles, y la búsqueda de la justicia ha de ser eterna.

Aquí lo que queda en duda es la certeza jurídica para las partes en relación con lo que vaya a hacer la Corte IDH, entrando en cuestión la hipótesis que un discurso de DH puede atentar contra la certeza jurídica y el *rule of law*. Queda abierto no obstante si es la forma particular de usar el discurso de DH de la Corte IDH lo que ocasiona esta incertidumbre, o si más bien resulta propio de los DH el permitir, en cualquier caso, su formulación distinta.

Aquí el primer punto de crítica ideológica que surge es cómo los jueces tuvieron la capacidad de cambiar totalmente las reglas del juego, y el Estado de Surinam tuvo que aceptarlo, pues el no hacerlo era moralmente incorrecto y tampoco existe forma jurídica de apelar. En este sentido, se mencionó anteriormente que una norma solo puede sostener su autoridad si los subordinados interpretan el exceso como una reivindicación incuestionable e incondicional del propio poder. El discurso de los DH no solo permitió el cambio de las reglas del juego, sino que el sistema interamericano ejerce su poder sobre el universo simbólico funcionando de manera tal que sea siempre el único en tener la última palabra sobre lo que es justo y lo que es jurídicamente válido.

El daño espiritual en la cosmología de los N'djikas y los derechos humanos

Otro elemento importante es la elaboración de la Corte IDH del proyecto de post-muerte y el daño espiritual. Si bien es cierto que tales concepciones son elaboradas en sus votos por el juez Cançado y, consecuentemente, son solo doctrina, también lo es que en el caso de marras la Corte aplicó algunas justificaciones para su decisión de declarar ciertos derechos violados en elementos que parecen ser acordes con esta perspectiva. Básicamente la Corte IDH construyó una realidad discursiva dentro de la sentencia a partir de lo dicho por un antropólogo y testimonios, todo lo cual supuestamente coincide con la subjetividad de los N'djika como comunidad. En cuanto a esta “determinación histórica” del caso y los derechos, el juez García Ramírez en su voto razonado de La Cantuta explica la importancia de la realización de una narración en la sentencia que determina la realidad global del caso y a partir de allí valorar los derechos, dotarlos de contenido.

Para estas personas, como para la mayoría de los seres humanos, los ritos funerarios y el entierro de los cuerpos es algo sumamente importante, como lo es resolver colectivamente el conflicto que ocasionó la muerte violenta de una persona. Dadas esas premisas, la Corte IDH consideró que se violó el derecho a la integridad de estas personas, pero no solo en un nivel psicológico o físico, sino espiritual, pues afectó a sus muertos y la armonía que ellas tenían con los difuntos. El daño espiritual genera en el Estado obligaciones de hacer, aunque no obligaciones pecuniarias. Según el voto razonado de Cançado Trindade, con este tipo de manifestaciones la Corte IDH pretende hacer ver que el relativismo cultural y la universalidad de los DH no son excluyentes, pues los DH se alimentan de estos aspectos culturales.

El miedo como causa de violaciones a la circulación y residencia y la propiedad privada

La Corte IDH también consideró la violación a la libertad de circulación y residencia de las víctimas sobrevivientes, pues se vieron forzadas a desplazarse. Fueron también impedidas a volver según la Corte IDH por el miedo: miedo a que se dieran más

hostilidades y temor a que los espíritus de sus familiares enfurecidos no les dejaran vivir en paz. Así que, el Estado violó este derecho en realidad por omisión: por no cumplir con el derecho de las personas muertas y vivas a las garantías judiciales y la protección judicial y por no proveer los medios adecuados para que esas personas fueran reinstaladas.

Ese mismo miedo hizo que se violara el derecho al uso y goce de la propiedad, porque ya los N'djika ya no se sentían bien en esas tierras y no pudieron volver. Las tierras en realidad son del Estado, pero dado el vínculo con la tierra que tienen los pueblos indígenas, las tierras deben ser de ellos (así lo establece jurisprudencialmente la Corte). Por extensión, también la Corte IDH consideró las costumbres de estas personas, las cuales viven bajo el sistema de propiedad colectiva, con su propia cultura e internadas en la selva desde el siglo XIX, y que por ende tenían derecho a un título de propiedad. En su voto, Cançado Trindade explica por cierto que la idea de propiedad colectiva es respetada, no obstante el titular último de este derecho es el individuo y no la colectividad. **En este sentido, ya no se considera tanto las costumbres de los N'djika y se da un choque de frente entre la justificación sociologista de la violación de ciertos derechos, con una de corte más esencialista, según la cual el derecho a la propiedad tiene un núcleo inamovible, originado precisamente en una determinada concepción del individuo.**

Si los razonamientos de los jueces en este caso ‘fueron demasiado lejos’ o no, es algo difícil de determinar, pues la imprecisión de los DH permite que los jueces tengan un amplio margen de discrecionalidad para dar un contenido a los derechos y considerarlos o no violados según les parezca. El ejercicio judicial se realiza como si se tratara de elaboraciones propias de un discurso especializado y dichas decisiones debieran volverse universales.

El voto razonado del juez Cançado Trindade

El voto de este importante juez, uno de los más antiguos y afamados de la Corte IDH, también ampliamente reconocido en el ámbito académico, resulta en parte una expresión

del jusnaturalismo escolástico actual. En su discurso, la supuesta línea entre la moral y el Derecho se desvanece por completo. Así también, este juez proclama la importancia que ha tenido la religión, desde el inicio del derecho internacional, para los DH y aboga por la ampliación de los derechos y del régimen de reparaciones en aras de la protección plena de la persona humana, la cual ve como un absoluto indivisible.

Es un juez que defiende la universalidad como una propiedad esencial de los DH, al ser estos inherentes a la persona humana y centrales en al “conciencia jurídica universal”. Intenta crear universales a cada paso: por ejemplo la idea de la mortalidad del ser humano puede resultar un universal, pues todo ser humano se preocupa por su muerte; o bien, la creencia en el alma como una constante en la humanidad, la cual por cierto también concibe como un todo unitario.

Las disertaciones que realiza el señor juez en sus votos a veces no parecieran “propias” de un texto judicial, en la medida que citan poemas y dan impresiones personales acerca de asuntos que no tienen que ver directa o siquiera indirectamente con las sentencias. En general, no intenta que su discurso parezca técnico, especializado o neutral, como es usual en los textos judiciales. Así, el juez Cancado Trindade realiza juicios de valor sobre la época actual hedonista o sobre quienes reconstruyen los DH (materialistas degradados); habla de sus sentimientos y aprovecha el espacio para desarrollar sus propias teorías sobre el derecho y el tiempo y muchos otros temas. En algunas ocasiones, sus afirmaciones son realizadas de tal manera que parecen datos, descripciones, y no tanto valoraciones personales sobre asuntos morales, jurídicos, metafísicos o políticos.

Los votos razonados, pese a no ser vinculantes, son un espacio privilegiado para la creación y difusión de doctrina en DH según uno mismo la conciba, y para que esta sea eventualmente considerada en el universo ideológico en el que se mueven las sentencias de la Corte IDH; más aún, para que tales argumentaciones eventualmente se vuelvan afirmaciones de verdad en cuanto a lo que es jurídico y moralmente correcto en determinados casos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Algunos puntos interesantes que mencionó para construcción de doctrina de DH, fueron la dignidad como derecho, el entierro digno como un derecho humano, el derecho al proyecto de post-muerte como una forma de estar en armonía con lo muertos, la identidad cultural como el sustrato del derecho a la vida y que “ser humano” es compasivo, no obstante la crueldad humana no tiene límites. Puede verse la explicación en detalle de estos puntos en los Anexos.

c. Sentencia 2: caso La Cantuta vs. Perú e interpretación de sentencia

Los hechos del caso La Cantuta ocurrieron en Perú el 18 de julio de 1992, durante el régimen de Fujimori y en el marco de una política estatal de desapariciones forzadas de personas consideradas subversivas, en un momento en que el Estado desplegaba represión violenta con el objeto de combatir al grupo “Sendero Luminoso”, entre otras razones. La denuncia por la desaparición de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad de La Cantuta fue presentada ante la CIDH pocos días después, el 30 de julio de 1992. La CIDH abrió el caso en agosto de ese año, comunicándole al Estado peruano sobre la denuncia. En febrero y octubre del año siguiente, 1993, dos organizaciones no gubernamentales se unieron a la denuncia. Pese a lo expedito del proceso hasta ese momento, el informe de admisibilidad de la CIDH del caso no fue publicado sino hasta marzo de 1999. Podría ser que la CIDH dejara transcurrir tanto tiempo porque en 1993 y 1994 se recurrió al derecho interno para denunciar lo ocurrido en La Cantuta (es decir, aún no se agotaban los recursos internos y por ende el caso no era admisible) y luego, las gestiones judiciales internas sesaron hasta el año 2000, luego de la caída del régimen.

En febrero de 2001, la CIDH actuó nuevamente pidiendo en un comunicado de prensa, junto con otras autoridades internacionales, que el Estado peruano admitiera responsabilidad, momento en que se habían interpuesto dos denuncias penales en Perú por este caso. Ya en octubre de 2005, trece años después de presentada la denuncia, la CIDH finalmente decidió emitir el informe 50⁵⁶⁷ en el que declaró al Estado culpable de

⁵⁶⁷ Para comprender qué significa “infome 50” ver el anexo 1 del presente trabajo, en lo relativo al funcionamiento de la CIDH.

violaciones de DH. Para ese entonces, la CIDH ponderó la posibilidad de llevar el caso ante la Corte IDH. Los peticionarios se mostraron anuentes, no obstante el Estado, en noviembre de 2005, pidió una prórroga supuestamente para tener tiempo para cumplir las recomendaciones. Tres meses después, en febrero de 2006, la CIDH decide que el Estado no había hecho ningún movimiento para cumplirlas y presentó el caso ante la Corte IDH. La Corte IDH se declaró competente para conocer el caso y el Estado de Perú no presentó ninguna excepción preliminar.

El caso constituye uno de los varios contra el Estado peruano, el que ha admitido las violaciones de DH ocurridas durante el régimen de Fujimori y ha mostrado su anuencia a cooperar con la Corte IDH. La Corte IDH también ha visto otros casos que resultaron de una violencia sistemática de Estado durante un régimen particular, como el caso *Almonacid vs. Chile* ocurrido durante el régimen de Pinochet y el *Goiburú y otros vs. Paraguay*, durante el régimen de Stroessner. Sus mismos casos iniciales contra Honduras fueron el reflejo de una situación de violencia ocurrida en la región en ese momento, como ya se explicó.

En el caso la Cantuta, nueve estudiantes y un profesor fueron desaparecidos por El Grupo Colina, un escuadrón de la muerte parte del ejército, que algunas veces incluso recibía órdenes directas del presidente Fujimori y que estaba coordinado con otros mandos militares. No se volvió a saber nada de las víctimas, hasta que unos años después, en una fosa secundaria, se encontraron los restos de tres de ellas. El caso fue llevado al fuero común (procesos constitucionales y penales) y militar e incluso a una comisión legislativa especial, pero todos los recursos fallaron, siendo que la prioridad para el Estado era mantener la impunidad de los agentes que ejecutaban sus prácticas antiterroristas. La desaparición forzada, la tortura y la ejecución extrajudicial en El Perú fueron prácticas reguladas y avaladas por el Estado como una forma de lidiar con los terroristas y no simpatizantes del régimen, según lo explicó un testigo.

En el presente caso, el Estado se allanó con respecto a la mayor parte de los hechos y los derechos alegados dejando fuera de su allanamiento la violación a la integridad de los

familiares, la violación del deber de adecuar el derecho interno, algunos aspectos de la violación de las garantías judiciales y protección judicial y lo relativo a la materia de las reparaciones.

La responsabilidad agravada del Estado y la obligación de proteger los DH en cualquier circunstancia

Un aspecto importante en esta sentencia, que también se encontró en la de *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, es la traducción de los conflictos y las situaciones vividas en regímenes militares en lenguaje de DH. Dicha traducción constituye un manejo del discurso tal, que permite que algunas situaciones se visibilicen: el sufrimiento de las víctimas, ciertas prácticas de Estado; y otras no: el hecho de que siga vigente la discriminación contra un grupo y la falta de independencia de ciertos poderes, o que los problemas de las víctimas no acaban con la sentencia favorable. Esta potestad de contar la historia y trasladarla a su espacio discursivo, permite al emisor reafirmar su poder y ser quien marque el espacio y los límites de la discusión.

En su orden de visibilidades, la Corte IDH define los actos perpetrados por los regímenes militares como violadores de DH y como aberrantes. Luego, tomando en cuenta el principio de continuidad del Estado, la Corte no tolera argumentos por parte del Gobierno de no tener control sobre la situación en momentos anteriores al inicio del proceso de democratización o la caída del régimen militar. La Corte IDH, siendo consecuente con la lógica de los DH, suprime la diferencia de regímenes y la relevancia de los conflictos políticos internos y externos (como el tema de la extradición de Fujimori) y se limita a ratificar el carácter absoluto y trascendental de los DH, en cualquier momento o circunstancia, ya sea que exista una lógica de derechos y sus respectivas instituciones y prácticas en un país, o que no las haya. Con ello despolitiza espacios de conflicto a la vez que su solución se vuelve un tema judicial e individualizado.

Cumple asimismo la función ideológica de limitar las aspiraciones individuales a aquello que es señalado por el sistema haciendo uso del mecanismo de naturalización y con la

consecuente privatización del individuo. De modo que el individuo aspirará a vindicar derechos, pero no intentará realizar una acción colectiva para tocar el sistema que permite tales violaciones, mas que en un nivel relativamente superficial. En otros casos sin embargo, el individuo usa la sentencia de la Corte IDH como una de varias estrategias para presionar al Estado a satisfacer sus demandas, de modo que la Corte se vuelve un instrumento político para el individuo en la búsqueda de este de determinados objetivos.

En algunas ocasiones también se percibe un grado de fetichismo de las ideas, de las normas, al considerar que, declarada la violación, declarado el derecho, se soluciona el problema: las sentencias reconstruyen el pasado y logran la satisfacción de las víctimas, las convenciones ratificadas reafirman los derechos, aunque no pueden asegurar la interiorización del discurso por parte de los diversos agentes estatales y todos aquellos ajenos a la realidad del sistema interamericano, que es una realidad que ni siquiera llega a tocar el quehacer político de la OEA.

Así que el Estado en este caso fue considerado sujeto de una responsabilidad especialmente agravada, ya que durante el régimen en cuestión, su práctica de desapariciones forzadas violó por completo su obligación de proteger a las personas y de respetar sus derechos. La Corte IDH lo llega a comparar con un grupo terrorista, y el juez Cançado Trindade realiza toda una teoría de la responsabilidad penal del Estado, el cual se convierte allí en un “Estado criminal”. También el Estado es responsable por la obstrucción de la justicia en el pasado, por lo que aunque ya la misma Corte IDH había declarado sus leyes de amnistía sin efectos jurídicos, el Estado debe pagar por los efectos que sí tuvieron en el pasado (efectos que nunca existieron, porque la norma nunca existió, pero que hay que pagar).

En cuanto a esto último, se utilizan instituciones imaginarias comunes en el Derecho Administrativo y Constitucional de considerar normas inferiores que atentan contra las superiores como nulas. El juez Cancado Trindade pasa a más para decir que su aberración es tal que son contrarias a derecho y al Estado de derecho, el cual se basa en el bienestar común, y estas normas van contra dicho bienestar, van contra los derechos que son

anteriores a la creación del Estado, por lo que nunca fueron y nunca serán una ley. Son una afrenta a la conciencia jurídica de la humanidad, y van contra el espíritu de la Convención.

En esta sentencia, como ya se mencionó, se declara el acceso a la justicia como norma de *jus cogens*. En su disertación sobre este tipo de normas, el juez Cançado rechaza el principio de efectividad y reafirma la postura jusnaturalista escolástica de la existencia de la norma pese a su carencia de efectividad. Por otra parte, en cuanto a la ley de amnistía en Perú, afirma que la validez depende de la relación de la norma con otras superiores, pero también el respeto de la norma de determinados valores y determinada concepción de mundo (jusnaturalismo racionalista). La idea de Cançado, que parece ser seguida por la Corte IDH, es promover un cierto orden internacional alrededor de un conjunto de valores universales. Entre ellos, los que la Corte IDH establezca como tales.

La función de las sentencias

La sentencia en general se muestra como una continuación lógica del pensamiento desarrollado por la Corte IDH hasta el momento en materia de desapariciones forzadas, y su consideración sobre la violación de cada derecho y el contenido de este es la usual. Resalta nada más la discusión sobre la definición de víctima (definida como aquella persona cuyos derechos inherentes fueron violados), a la cual está orientado el sistema interamericano, y el hecho de que en esta ocasión la Corte IDH decidiera solicitar mayor prueba para efectos de declarar daño inmaterial en el caso de algunos hermanos y hermanas de las víctimas desaparecidas. Esto es interesante porque usualmente existen presunciones a favor de ciertos familiares (padres, hijos, etc.) y se asume que han sufrido. En temas de reparaciones, la Corte IDH debe hacer un balance entre su afán de desarrollar su doctrina, las amplias expectativas de los representantes de las víctimas y la CIDH, y la anuencia del Estado a tomar en cuenta sus decisiones.

Una consecuencia de un sistema enfocado en la víctima y que el “imputado” sea el Estado, es una concepción distinta de la pena y de los fines del Derecho. García Ramírez en su voto razonado explica que la ‘justicia en DH’ tiene una función “aleccionadora”, “ejemplar”, tiene un carácter pedagógico y su propósito es la búsqueda de la verdad y la rectificación de la política social. El Estado y todos deben conocer sus ‘faltas’ y tratar de volver a alinearse con los valores universales. Otra muestra de esta lógica de la pena la da el Estado peruano en este caso, cuando habla de realizar investigaciones para capturar a los violadores de DH y “castigarlos”. Es importante notar cómo este tipo de discurso autoritario puede precisamente servir para lo contrario al objetivo de ‘la más completa protección de la persona humana’, dependiendo de los motivos de su emisor.

En general, el manejo de la prueba, del tema de reparaciones y de la violación de los derechos es realizado por la Corte IDH con amplia discreción, nuevamente, con “criterios de equidad y arbitrio judicial”, de manera que el monto de las indemnizaciones o cuáles obligaciones de hacer deba ejecutar el Estado, si bien basadas en los argumentos de las partes y en precedentes, no dejan de ser simplemente una decisión judicial, la cual sin embargo se presenta como la única solución posible.

III PARTE

Conclusiones

Lo primero que cabe considerar en este último capítulo es la contrastación de las hipótesis planteadas en la introducción.

Cuadro 3
Hipótesis de trabajo de la tesis “Fundamento ideológico de DH. Crítica ideológica del discurso de la Corte IDH”

Hipótesis	La doctrina de la Corte IDH es primordialmente jusnaturalista y esencialista
Hipótesis contingente 1	El discurso jusnaturalista-esencialista presente en la doctrina de la Corte IDH es contrario a los principios de certeza jurídica y de reducción del poder del sistema frente al individuo, que son base del Estado de Derecho liberal moderno en el que tienen asidero los DH. Esto por cuanto la vaguedad propia del discurso de DH como lo plantea la Corte IDH, lleva a la contradicción de permitir al juez la toma de decisiones constitutivas basadas en un amplio margen de interpretación de la norma.
Hipótesis contingente 2	El discurso jusnaturalista-esencialista, al atentar contra el Estado de Derecho liberal moderno, reduce la efectividad del discurso de DH.

Fuente: introducción de la presente tesis.

Se logró argumentar a lo largo de la tesis que el discurso de los DH en general, tiene sus bases en el jusnaturalismo y en el esencialismo, y en el uso de mecanismos ideológicos como la naturalización y la univeralización, principalmente, así como el discurso especializado, la neutralización, la interpretación genuina y la verdad única. Con respecto a la verdad única, en el análisis de las sentencias se vio que el voto disidente de la jueza Medina de alguna manera rompió con esto al mostrarse abiertamente en contra de un razonamiento central en la sentencia (que consideró arbitrario), razonamiento que permitió a los jueces pronunciarse sobre algo que de lo contrario no hubieran tenido competencia para considerar.

Más importante sin embargo que afirmar que se da el uso de una u otra corriente filosófica para la justificación de las sentencias, o la de realizar afirmaciones contundentes acerca del uso de determinados mecanismos ideológicos, es centrar la

atención en el emisor y su capacidad de determinar el orden de las visibilidades y de lo que es enunciable en un caso determinado, su poder de aceptar o no un caso, realizar procesos de significación, crear universales (normas y preceptos morales), dotar de contenido a los derechos, jerarquizarlos y crear nuevos y, por último, de tomar decisiones que en realidad son independientes de la fundamentación filosófica o normativa que se utilice.

En cuanto a la primera hipótesis contingente, sí se prueba cierto grado de inseguridad jurídica, consecuencia del margen de discrecionalidad y arbitrariedad que permite el discurso de los DH y los derechos naturales; incertidumbre que según el mismo derecho moderno en el que se alojan los DH, redundaría en una desprotección del individuo frente al poder, que es precisamente lo que los DH se supone tratan de evitar. No obstante, y en esto se toma a Bobbio, el defender a capa y espada el principio de legalidad y certeza jurídica, en contraposición a permitir que la jurisprudencia sea otra fuente de derecho, es otra posición ideológica, que tiende a impedir el cambio con respecto a las relaciones de poder existentes. Resulta que así como puede no ser conveniente tener para los jueces espacios de discrecionalidad/arbitrariedad tan amplios, tampoco lo es inhibir cualquier intento de cambio apelando a que la única fuente normativa es la ley.

Pareciera más bien que el tema es, más allá de si se respeta o no la legalidad, si realmente se quiere que la toma de decisiones sobre determinados asuntos se traduzca en lenguaje de derechos y de ética, y sea resuelto por siete jueces que luego justificarán su decisión política usando fundamentos de distintas corrientes filosóficas, que a su vez elevarán el asunto a una decisión sobre el bien y el mal en un caso dado. La alternativa sería que tales asuntos sean resueltos en otros espacios comunitarios y legislativos y de otras maneras a lo interno del Estado, en una contraposición no admitida del sistema internacional de DH con la democracia representativa o participativa, o del sistema de DH y otros tipos de régimen político y movilización social.

En cuanto a la segunda hipótesis contingente, la inseguridad jurídica y cualquier otra paradoja o tensión que se haya encontrado en el discurso de la Corte IDH y de los DH en

general, *no* implica una disminución de su efectividad. Aunque se presenten incoherencias y resquebrajaduras en el universo ideológico, mientras se acepte la autoridad de la Corte IDH y todos continúen actuando “como si” sus soluciones fuesen únicas, absolutas y una verdadera derivación del espíritu de la Convención, la seguridad institucional de la Corte IDH está asegurada. La ideología yace en la práctica y no la creencia y basta esa “ingenuidad voluntaria” y algo de emotividad para hacer de una ficción social parte de un discurso fracasado, una realidad institucional. Lo mismo puede ser aplicado a la conceptualización del Derecho moderno en una realidad posmoderna: pese a que se cuestionan sus principales postulados, como la separación entre derecho y política, derecho y moral, y se sabe que las sentencias no son silogismos y el juez no es imparcial, mientras se actúe como si esto fuera así, constituirá un universo simbólico vigente.

Al fin y al cabo, las instituciones son expresiones históricas de lo simbólico por medio de las cuales las clases dominantes ligan significados a determinados significantes de manera arbitraria, y ello no necesariamente debe ser funcional; pero la preeminencia de lo simbólico sobre lo funcional promueve el uso retórico del discurso. El discurso de DH en su dimensión simbólica sobrevive pese a su relativa funcionalidad para los fines de protección de la persona y realización de una sociedad armónica como utopía. La persona de los DH es, como constructo teórico, un absoluto trascendente vacío que se convierte en paradigma y, dependiendo de cómo sea llenado, determinará ciertas pautas “naturales” de conducta para las personas, en la función innombrada de este discurso como regulador de la vida social y como mecanismo de exclusión de otros discursos.

Gaete menciona que cuando el mito deja de funcionar, situación que parece imposible, la posibilidad permanente de una complicidad entre los DH y un poder arbitrario sigue siendo una situación innombrable, sobre todo por la falta de un vocabulario, un espacio en el que enunciarlo, y las contradicciones se perciben como un desorden:

“The disorder is experienced through an increased awareness of a authoritarian mechanisms, systems of exclusion, reversibility of terms, indeterminacy of norms and the decisionistic use of balancing techniques within constitutional systems in general, or through the awareness that this rationalist system of

power is an irrefutable system of exclusion (since refutation would take place outside the dominant rationality, that would be irrational)”.⁵⁶⁸

Esa percepción de reversibilidad de los términos, indeterminación de las normas, el llamado decisionismo (justificación doctrinal posterior a la decisión, la cual es política), y el espacio reducido para la crítica son aspectos que se perciben también en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En ese contexto es impensable, innombrable, la consideración de un vínculo entre DH y *statu quo*, o DH y ejercicio del poder político, económico y simbólico de manera arbitraria. La crítica siempre será irracional, irresponsable, inmoral, destructiva y minoritaria. La consecuencia de esto es, al igual que ocurre con la pretensión de universalidad, la consolidación de un sistema de exclusión y la vedación de la heterogeneidad.

Dadas las condiciones señaladas en el capítulo sobre la historia de la Corte IDH y su contexto geopolítico, su ideología no alcanza a ser enteramente práctica, en los términos en que Bordieu lo plantea: que los imperativos dominantes se conviertan de hecho en formas de comportamiento rutinario. La Corte IDH se comporta más bien como un mecanismo de transferencia, de tal suerte que su existencia como institución permite el sostenimiento de la fantasía de la protección internacional de los DH en la región, pero no puede ir más allá, y la OEA no pretende que lo haga, lo cual se evidencia en la falta de recursos políticos y económicos de la Corte. Es esta sin embargo, como diría Cançado Trindade, el último refugio de los desamparados. He allí el goce. A su vez, permite, o al menos ayuda vía legitimación, al sostenimiento del sistema económico y político internacional actual en América: el capitalismo liberal de mercado en la llamada democracia representativa. Así también, es soporte y expresión de las relaciones de poder a lo interno de los Estados y entre ellos, sobre todo en el marco de la OEA. Y es que tal fue la razón de creación de la Corte IDH, y sus condiciones de posibilidad estuvieron

⁵⁶⁸ GAETE, *vid supra* nota 16, p.168-169: “*El desorden es experimentado a través de un incremento en la percepción de mecanismos autoritarios, sistemas de exclusión, reversibilidad de los términos, indeterminación de las normas y el uso decisionista de técnicas de balance encontradas en los sistemas constitucionales en general; o a través de la percepción que este sistema racionalista de poder es un sistema irrefutable de exclusión (dado que la refutación va a tener lugar afuera del dominio de la racionalidad, esto es, va a ser irracional.*” (traducción libre al español).

directamente vinculadas con la geopolítica de la Guerra Fría, sobre todo la política exterior estadounidense.

En América se ejemplifica la perspectiva de la idea de los DH como la fantasía ideológica que llena la imposibilidad radical de la homogenidad: que todas las personas puedan vivir en iguales condiciones de bienestar en un sistema en el que pocos se benefician de los procesos de acumulación. Dicha asimetría es coherente con los postulados del individuo autónomo que sustentan también los DH, perspectiva que no privilegia la lógica de equidad sino la del individualismo egoísta, en la que el ser humano se concibe como un absoluto independiente y no en su relación de dependencia de los demás, a partir de los cuales el individuo y el conjunto social llega incluso a construir su identidad.

Si se toma en cuenta los niveles de análisis ideológico considerados en el capítulo sobre crítica ideológica (nivel discursivo y nivel de goce), se tiene que tanto el significante amo en el discurso de los DH, como el núcleo de goce, es la idea de la dignidad y la del individuo autónomo. Ellos son usados también por la Corte IDH, y constituyen el punto nodal de la red de significantes de los DH. Dicha concepción antropológica, junto con sus pretensiones de universalidad, constituyen los puntos clave para la consideración de una potencial reformulación de dicho discurso en aras de buscar discursos alternativos nacidos en otras sensibilidades (movimientos sociales), y que puedan ser menos heterónomos y rígidos que el discurso de los DH, discurso en principio solo accesible en sus reglas de formulación por quienes detentan el poder, sobre todo los jueces.

Otro punto importante es la comprensión de los DH como parte de un discurso moral desde su origen y a lo largo de su desarrollo, y, al entenderlos así, se comprende que en el ámbito judicial sea particularmente difícil separar los razonamientos ‘jurídicos’ de los juicios morales y de ciertas formas de razonamiento teológico. Tal es, como se había mencionado antes, la paradoja del discurso moderno: su huida del mito no culmina, sino que simplemente hay un cambio de significantes que se convierten nuevamente en

totalidades ideológicas. El dios de la modernidad es la razón y el individuo libre y este sobrevive, junto con la dignidad del cristianismo, en los DH.

El problema lógico central (síntoma) que se ha notado en el uso del discurso de DH, es la recurrencia de razonamientos circulares, tautológicos. Las sentencias y los jueces se citan a sí mismos, o se refieren a esencias, a derechos ontologizados, y a partir de dichas formas extraen verdades que se convierten en universales, y que luego son la base para posteriores desarrollos. Ello ocurre en las resoluciones de la Corte IDH, tribunal que ha desarrollado un sinnúmero de principios más allá de lo establecido por la Convención. Tales principios adquieren un rango igual al de la norma y, a partir de allí, se crean todavía más derechos y principios, obviándose el hecho que el origen de toda esta elaboración fue una decisión en un momento y espacio particulares.

Hay pues una autoreferencialidad en el texto judicial de las sentencias de la Corte IDH que crea una realidad propia y ajena a formas alternativas de conceptualizar los conflictos, los que son traducidos en el ámbito judicial y “solucionados” (o enterrados) vía sentencia, y la efectividad de esta es en algunos aspectos cuestionable. La consecuencia del uso de la palabra derechos como si tuviese un rango ontológico particular, es una extensión metafórica. Esta a su vez amplía las competencias de la Corte y, por ende, su ámbito de ejercicio de su poder simbólico y político. Para los Estados tiene consecuencias muy concretas, porque las discusiones sobre derechos culminan en la construcción de obligaciones específicas.

El presente trabajo tuvo como objetivo analizar el discurso de los DH en el caso particular de la Corte IDH, con el objeto de conocer cuáles eran las principales corrientes filosóficas que le servían de fundamentación. La complejidad de las discusiones tras las definiciones de ideología, derechos humanos y fundamentos no permitió sin embargo que el ejercicio fuera una simple aplicación de un marco conceptual sobre un discurso y decidir luego si esta era o no jusnaturalista o liberal o utilitarista.

La tesis se convirtió en un análisis ideológico que buscó en la I Parte encontrar los principales problemas en formulación y aplicación de DH y plantear un marco teórico que permitiera la deconstrucción vía teoría de la ideología de este discurso en su aplicación judicial. En la segunda parte, se trató de lograr una primera aproximación a una crítica ideológica al discurso de la Corte IDH y a la institución como tal. Todo lo anterior con el objeto de poder hacer descender la idea de DH y las instituciones de protección del “cielo” jurídico y moral en que se encontraban, y reflexionar acerca de su función, su razón de ser, las relaciones de poder ocultas tras los mecanismos ideológicos y planteando en algunas ocasiones posibles vías de investigación para una reelaboración del discurso desde otras racionalidades y otros espacios.

En cuanto a la primera parte, se comenzó por justificar la necesidad de hablar acerca de los fundamentos de los DH, siendo que dicha discusión no ha de resultar necesariamente en apelar a esencialismos ni conlleva inevitablemente a razonamientos tautológicos, pues no se pretende hayar mayores justificaciones de los DH ni de “buscar sus orígenes en la historia” sino estudiar sus bases epistemológicas y paradigmáticas actuales, el uso de determinas corrientes en el discurso, con el objeto de comprender la lógica con la que operan y los mecanismos ideológicos tras sus principios.

El segundo punto que debió justificarse fue el uso de la crítica ideológica para abordar el discurso de los DH. Dicho método ha tenido varias críticas por dos razones. La primera, es el uso del término ideología, el cual ha cambiado su contenido a lo largo del tiempo y que, al igual de que los DH, tuvo su auge en la Ilustración, siendo que en ese momento tenía las mismas bases epistemológicas que los DH, y fue usado como forma de deslegitimar el discurso previo, de la manera que lo señaló Sloterdijk en su *Crítica a la Razón Cínica*. El desarrollo de la palabra ha sido sin embargo coherente, es decir, no ha habido grandes contradicciones en la forma de utilizarla sino solo una dotación ampliada de su contenido, siendo que el término se ha ido enriqueciendo con diversas perspectivas paradigmáticas hasta llegar a la que propone Žižek a partir de Hegel, momento en que la ideología deja de proponerse como un fenómeno propio de la conciencia, la mente, la creencia, y su importancia radica en la práctica. También deja de verse como algo

negativo, para verse como una función inevitable de la psique humana. Si bien resulta una noción totalizante, pues la ideología tiene que ver con la percepción misma de la identidad y de lo que nos rodea, no por se desvanece y se vuelve indefinible.

La ideología sugiere una operación consciente e inconsciente de construcción reflexiva de la realidad, que permite al individuo tener una percepción de sí mismo y dar sentido a su existencia, y constituye una condición de posibilidad de la vida social al permitir el surgimiento de instituciones imaginarias sancionadas de manera colectiva y que constituyen la base de un orden social. Sugiere distorsión, represión y ocultamiento de ciertos eventos y hechos, determinación simbólica, pero sobre todo, la capacidad de un individuo y un grupo de construir una realidad y dotar de contenido una serie de significantes.

La ideología permite la perpetuación de ciertas relaciones de poder y consecuentemente de ciertas formas de dominación. La efectividad de la ideología es posible por diversos motivos, tanto la gratificación utópica expresada en persuasión retórica, elemento presente de forma muy evidente en el discurso de los DH; y por el hecho de que el universo ideológico, pese a ser simbolización fracasada, es exitoso en su función de creación de sentido llegando a crear lugares comunes y universales que luego se vuelven incuestionables.

La principal contra-crítica al método de la crítica ideológica es su capacidad destructiva y de imposición del propio discurso sobre el ajeno. El discurso impuesto de ningún modo puede ser absoluto, pues no es posible que un individuo se abstraiga de los procesos ideológicos y se sitúe en una postura tal que tenga acceso a la 'realidad objetiva' más allá de la percepción; una realidad cuya existencia no está libre de discusión, pues autores como Žižek consideran que la realidad es producto únicamente de la intersubjetividad. Se consideró que, sin pretender situarse en esa posición privilegiada, el contraste de ideologías muy diversas permite evidenciar los sistemas de dominación y hegemonía discursiva de la ideología dominante, en este caso la de DH.

Asimismo, pese a que la crítica ideológica resulta inevitablemente destructiva, no se consideró válida la posición ética de decir que por ello esta debiera ser evitada, a menos que se tuviera un discurso “mejor” con el cual sustituirla. El cuestionamiento de las premisas filosóficas y de las prácticas mediante las cuales se legitima y opera un discurso resulta no solo en su eventual invalidación o falseamiento, sino que la identificación de los significantes amo y puntos nodales de este podrían permitir una reestructuración de la narrativa, tanto por el criticado como por quien critica.

Los DH, como último mito de la modernidad, seguirán siendo una ficción social en tanto haya gente que actúe ‘como si’ o que verdaderamente crea en este conjunto de postulados teológicos y éticos, y mientras tal discurso sea sancionado por el quienes detenten el poder. En última instancia, no es del todo inconcebible que los DH puedan convertirse en una trinchera semántica contra los abusos del poder, mas se cuestiona que dicha función sea lograda por los operadores del derecho en el nivel judicial y estatal, siendo que muchas veces los DH permiten precisamente el ejercicio del poder simbólico y político sin reglas por parte de emisores privilegiados que quedan ocultos bajo sus retóricas gratificantes. Los DH como ya se mencionó, han tendido a convertirse – o siempre han sido – una función reguladora del sistema; un modo de procesar las demandas de las personas que ven en la violencia o las irregularidades del Estado una ruptura, y los DH sirven para canalizar dichas demandas y diluirlas sin llegar nunca a conllevar a un cambio sistémico.

Los DH se definieron en el trabajo como una idea de contenido variable y extensible que sin embargo tienen una suerte de “núcleo suave”. Esto es, una serie de postulados que deben estar al menos implícitos para que se pueda saber que se está frente a un discurso de DH. Dichos postulados se centran en una determinada concepción antropológica. Sin embargo, los diversos usos del término en el tiempo, lo que se ha llamado “evolución de los DH”, sugieren que se apela a diversas racionalidades para su formulación, aplicación y justificación.

Más aún, sus mayores críticos han afirmado que el jusnaturalismo, al cual va íntimamente ligado el discurso de los DH – en tanto derechos naturales y humanos son dos formas de referirse a la misma idea – es un intento de fundamentación de cualquier intento de moral objetiva apelando para ello a características de la naturaleza humana. Otro elemento importante cuando se habla de DH es que incluso aquellos que rehúyen del juspositivismo, deben en algún momento hablar de una serie de “postulados indemostrables” que serían la base del sistema de DH. En el caso particular de la Corte IDH, esta no se ha limitado en la aceptación de otras fuentes del derecho más allá de la norma. Estas van desde su propia jurisprudencia, hasta el llamado derecho espontáneo, como en el *caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Así también, consideran el derecho natural como fuente de derecho, al conceptualizar los derechos como inherentes al individuo-víctima y solo reconocidos (no creados) por los Estados y las organizaciones.

Los DH se han definido también como una ficción social efectiva, vigente en diversas comunidades interpretativas. Pero a la vez, se consideran parte de un discurso fracasado, cuyo fracaso radica en la existencia de una serie de paradojas y contradicciones que se analizaron en el cuerpo de este trabajo. Por ejemplo, la recurrencia a razonamientos circulares, principal crítica a las sentencias de la Corte IDH, o el cuestionamiento de la utopía de unas leyes o derechos naturales que sean capaces de conmovir todas las esferas de la vida social, en una época en que la desustancialización de la política permite solo un control relativo de la sociedad por parte de quienes detentan el poder.

Otras paradojas son:

- La imposición de una moral objetiva vs. el individuo autónomo que se autodetermina
- El uso de postulados indemostrables con lógicas distintas que crean derechos *ad infinitum*, derechos que pueden ‘colisionar’ entre sí a la vez que se visualizan como interdependientes
- El fetichismo legislativo en DH que invisibiliza problemas en vez de resolverlos
- La construcción del sujeto de los DH que en vez de permitir la heterogeneidad y las particularidades del ser humano, impone unas determinadas pautas de conducta

- La posibilidad relativa de convivencia de un sistema de DH con uno democrático representativo, pese a que estos han sido considerados como absolutamente dependientes
- El hecho de que los DH los promueve un sistema que privilegia la asimetría y, en este sentido, hay una imposibilidad práctica de lograr vía interpretación de derechos la equidad y la igualdad social.
- El hecho de que el lenguaje de derechos hace que los individuos sostengan una mentalidad de “conocer su lugar” en vez de cuestionar más profundamente las instituciones imaginarias que son condiciones de posibilidad de su circunstancia.
- Los DH que se justifican a sí mismos como una forma de limitar el poder del Estado frente al individuo, permiten el ejercicio de poder simbólico ilimitado por parte del juez y su lógica permite saltarse en el nivel judicial los principios de legalidad y certeza jurídica que alimentan al estado de derecho. Así también, los DH han sido utilizados para justificar intervenciones militares (abusos de poder, violaciones de DH) por parte de un Estado o grupo de Estados con respecto a otro.

La clave para la comprensión de la lógica de los DH es el entendimiento de sus principios y los paradigmas y valores epistemológicos que los sustentan. La universalidad actúa como un mecanismo ideológico que intenta cubrir las paradojas, entre ellas la imposibilidad de igualdad incluso por la misma conceptualización del término en el marco del liberalismo. La libertad es parte de la noción del individuo autónomo y corresponde a determinada caracterización del sujeto, y el apelar a tal caracterización es propio del jusnaturalismo al que parece circunscribirse de manera inevitable, el discurso de los DH, el cual constituye un dispositivo de poder que hoy en día determina lo moral, lo racional y lo jurídicamente válido.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BARNY, Roger, Les contradictions de l'idéologie révolutionnaire des droits de l'homme (1789-1796). Droit Naturel et Histoire. Annales Littéraires de l'Université de Besançon- No. 493. Diffusion Les Belles Lettres. Paris, 1993.

BARTHES, Roland, Éléments de Sémiologie. Éditions de Seuil. París, 1985. (originalmente publicada en 1965).

BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Editorial Paidós. Barcelona, 1994.

BOBBIO, Norberto, El problema del positivismo jurídico. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Colección Ensayos. Buenos Aires, 1965.

BOBBIO, Norberto, El tiempo de los derechos. Editorial Sistema. Madrid, 1991.

BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, Diccionario de Política. Tomo I. Editorial Siglo XXI. México, 2000.

BOBBIO, Norberto, El Futuro de la Democracia. Fondo Cultura Económica. México, 1984.

BOURDIEU Pierre, B. THOMPSON John, Langage et pouvoir symbolique. Seuil, Collection Points Essais. París, 2001. <http://libertaire.free.fr/LexiqueBourdieu.html>

BUTLER, Judith, LACLAU, Ernesto y ŽIŽEK, Slavoj, Contingencia, Hegemonía y Universalidad. Diálogos Contemporáneos en la Izquierda. Fondo de Cultura Económica. Argentina, 2003.

(fragmento: <http://es.geocities.com/zizekencastellano/frgcontingencia.htm>)

CASTELLS, Manuel, La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol.2, El Poder de la Identidad. Primera Edición, Alianza Editores. Madrid, 1998.

CASTORIADIS, Cornelius, La Institución Imaginaria de la Sociedad. Tomo I. Tusquets Editores. Primera Edición. Barcelona, 1983.

CASTORIADIS, Cornelius, El Mundo Fragmentado. Primera Edición. Editorial Nordan Comunidad. Montevideo, 1990.

CASTORIADIS, Cornelius, El avance de la insignificancia. 1ra. edición, Editorial Universitaria. Buenos Aires, 1997.

CASTRO, Luis, CASTRO, Miguel y MORALES, Julián, Metodología de las Ciencias Sociales: Una Introducción Crítica. Editorial Tecnos. Madrid, 2005.

COHEN, Jean L. y ARATO, Andrew, Sociedad civil y teoría política. Fondo de Cultura Económica. Primera Edición. México, 2000.

CUNIL GRAL, Nuria, Responsabilización por el Control Social. FLACSO. San José, 2003.

DÍEZ, José y MOULINES, Ulises. Fundamentos de Filosofía de la Ciencia. Editorial Ariel. Barcelona, Año

DIEZ DE VELASCO, Manuel, Las Organizaciones Internacionales. Editorial Tecnos. Decimotercera Edición. Madrid, 2004.

EAGLETON, Terry, Ideología. Una Introducción. Editorial Paidós. Colección Surcos. Barcelona, 2005. (Originalmente publicado en inglés en Londres y Nueva York, 1997)

ECHEVERRÍA FALLA, Cecilia, Reflexiones en Torno al Liberalismo. Editorial Promesa. Primera Edición. San José, 2002.

ELIADE, Mircea, Tratado de Historia de las Religiones. Biblioteca Era. México D.F, 1964.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid, 1989 (traducción al español: 1995).

FOUCAULT, Michel, La Verdad y las Formas Jurídicas. Editorial Gedisa. Barcelona, 1998. (Transcripción de conferencias publicada originalmente en portugués, Rio de Janeiro, 1978.)

FOUCAULT Michel; Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones, Alianza Editores, Primera Edición. Madrid, 1981.

GAETE, Rolando, Human Rights and the Limits of Critical Reason. Dartmouth Publishing Company Limited. Cambridge University Press. Inglaterra, 1993.

GIDDENS, Anthony, Consecuencias de la Modernidad. Alianza Editorial. Madrid, 1990.

GINER, Salvador, Historia del Pensamiento Social. Ariel Historia. Décima Edición. Barcelona, 2002.

GÓMEZ, Mayra, Human Rights in Cuba, El Salvador and Nicaragua. A Sociological Perspective on Human Rights Abuse. Routledge. Nueva York y Londres, 2003.

GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger, “Elastic Human Rights” in International Regional Systems? On the use of the European doctrine of the “margin of appreciation “in the Inter-American System of Human Rights. European Master’s degree on Human Rights and Democratisation. Université Robert Schumann. Institute des Hautes Études Européennes. Strasbourg, 2004.

HABA, Enrique Pedro, Axiología Jurídica Fundamental. Bases de Valoración en el Discurso Jurídico. (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos). Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, 2003.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, El Derecho de la Constitución. Volumen 1. Editorial Juricentro. Primera Edición, San José, 1993.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica. Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, 2002.

HODGE Robert, KRESS, Gunther, Social Semiotics. Cornell University Press. Nueva York, 1988.

HUDSON, Barbara, Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in the Late Modernity. Sage Publications. Londres, 2003.

JAMESON, Frederic. The Political Unconscious. Narrative as a Socially Symbolical Act. Cornell University Press. Nueva York, 1981.

KAFKA, Franz. "The worries of a Householder" (Die Sorge des Hausvaters). República Checa, 1919.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho. Décima Edición. Traducción de Roberto Vernengo. Copia del libro proporcionada en el curso Introducción al Derecho I en el 2000. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

KOLAKOVSKI, Leszek, La Presencia del Mito. Amorotu editores. Buenos Aires, 1975.

LOBKOWICZ, Nikolaus (dir.). Marxismo y Democracia. Filosofía. Tomo 3. Rioduero. Madrid, 1975.

MANGABEIRA UNGER, Roberto, The Critical Legal Studies Movement. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, y Londres, Inglaterra, 1986.

MENDIBURU Marcos, MEEK Sara, Disarmament and Conflict Resolution Project. Managing Arms in Peace Processes: Haiti. Instituto de Naciones Unidas para la Investigación sobre Desarme (UNIDIR). Ginebra, 1996.

MORA MORA, Luis Paulino, Historia del Poder Judicial en la Segunda Mitad del Siglo XX y sus Retos Futuros. EUNED, Colección Ideario No. 1. San José, 2001.

NINO, Carlos Santiago, Introducción al Análisis del Derecho. Editorial Ariel S.A., tercera edición. Barcelona, 1987.

NINO, Carlos Santiago, The Ethics of Human Rights. Oxford University Press, New York, 1991.

OFFE, Klaus, Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales. Editorial Sistema, México, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Colección Cursos. Universidad Carlos III. Madrid, 1995.

PERRY, Michael J, The idea of human rights: four enquiries. Oxford University Press. New York, 1998.

POPPER, Karl R., La Miseria del Historicismo. Editorial Alianza-Taurus. Madrid, 1961. (The Poverty of Historicism)

POPPER, Karl R., La Sociedad Abierta y sus Enemigos. Editorial Paidós. Barcelona, 1991. (The Open Society and its Enemies)

RAWLS, John, La Justicia como Equidad. Editorial Paidós. Barcelona, 2002.

RICOEUR, Paul, L'idéologie et l'utopie, Le Seuil, 1997. Versión traducida al español parte de la antología Derecho y Utopía del curso de Filosofía del Derecho II en la Universidad de Costa Rica. San José, 2003.

RIFKIN, Jeremy, The European Dream. How Europe's vision of the future is quietly eclipsing the American Dream. Editorial Penguin. Nueva York, 2004.

SALAS PORRAS, Ricardo, La Sanción Penal. Síntoma de un Orden Social. Editorial de Investigaciones Jurídicas S.A. Primera Edición. San José, marzo de 2006.

SANDNER, Gerhard, Centroamérica y el Caribe Occidental. Coyunturas, crisis y conflictos 1503-1984. Universidad Nacional de Colombia. Sede San Andrés, 2002.

SARTORI Giovanni, La Política, Lógica y Método de las Ciencias Sociales. Fondo de Cultura Económica. Tercera edición. México D.F, 2002.

SCHUMPETER Joseph, Capitalismo, Socialismo y Democracia. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1946.

SIMMONS, John A., Justification and Legitimacy. Essays on Rights and Obligations. Cambridge University Press. Nueva York, 2001.

SLATER, David, Geopolitics and the Post-colonial. Rethinking North-South Relations. Blackwell Publishing. Oxford, 2004.

SLOTERDIJK, Peter, Crítica de la Razón Cínica. Editorial Siruela. Madrid, 2003.

SOKAL, Alan D., Transgressing the Boundaries: Toward a Transformative Hermeneutics of Quantum Gravity. Social Text 46/47. Duke University Press. 1996. (*Imposturas Intelectuales*, en español)

TAYLOR, P.J, Geografía Política. Economía mundo, estado-nación y localidad. Editorial Trama. Madrid, 1994.

TOURAINE, Alain, Crítica de la modernidad. Primera Edición, Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 1999.

TYOMOCZKO, Tom y HENLE, Jim, Razón, dulce razón: una guía a un campo de la lógica moderna. Editorial Ariel. Barcelona, 2002.

VALLÈS, Josep M., Ciencia Política. Una introducción. Editorial Ariel Ciencia Política. Cuarta Edición. Barcelona, 2004.

VAN DIJK, Teun A.(compilador), El discurso como interacción social. Estudios sobre el discurso II. Una introducción multidisciplinaria. Editorial Gedisa. Barcelona, 2000.

VAN DIJK, Teun A. Ideología. Un enfoque multidisciplinario. Editorial Gedisa. Barcelona, 2000.

VON BEYME, Klaus, Teoría Política del Siglo XX: De la Modernidad a la Posmodernidad. Alianza Universidad Editorial. Madrid, 1994.

WINSTON, Morton E., The Philosophy of Human Rights. Wadsworth Publishing Company. California, 1989.

ŽIŽEK, Slavoj, El sublime objeto de la ideología. Siglo Veintiuno Editores. Argentina 2005 (traducción al español. Obra original en inglés: 1989).

ŽIŽEK, Slavoj, Ideología. Un mapa de la cuestión. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2003. (Traducción al español. Obra original en inglés: 1994).

ŽIŽEK, Slavoj, El Espinoso Sujeto. El centro ausente de la ontología política. Editorial Paidós. Buenos Aires, 2001. (Traducción al español. Obra original en inglés: 1999).

Artículos y transcripciones

ANTONIN, Arnold, “Haití en el Caribe”. En: Nueva Sociedad No. 63 Noviembre-diciembre 1982. PP. 103-112. www.nuso.org. Buenos Aires.

ARIELI, Yehoshua, “On the necessary conditions for the emergence of the doctrine of dignity of man and his rights”. En: KRETZMER, David, KLEIN, Eckart, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse. The Minerva Center for Human Rights, The Hebrew University of Jerusalem. Tel Aviv University. Kluwer Law International. The Hague, 2002.

BADIOU, Alain, “Huit thèses sur l’universel». Centre d’Étude de la Philosophie Française Contemporaine. 11 de noviembre de 2004.

<http://www.lacan.com/baduniversel.htm>

GALLARDO, Helio, “Fundamento y efectividad de los derechos humanos. Perspectiva socio-histórica”. Resumen del autor de su conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San José, noviembre de 2005.

GARCÍA INDA, Andrés, “Cinco Apuntes sobre Derecho y Postmodernidad”. Cátedra de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2000.

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_10.pdf

GARCÍA Eduardo, El Caribe y los procesos de integración . Material del Seminario de América Central y El Caribe. Escuela de Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica. San José, 2007.

GAVIRIA, César, “Senderos hacia el nuevo milenio: el camino recorrido 1994-1999”. OEA. Washington D.C., 1999.

GAZTAMBIDE Antonio, “La Invención del Caribe a partir de 1898 (Las definiciones del Caribe, revisitadas)”, En: Tierra Firme. Año 21 - Volumen XXI, N° 82. Caracas, Abril-Junio, 2003. <http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-29682003000200004&lng=en&nrm=iso>

GRIFFITH, Ivelaw, “Caribbean Security; Retrospect and Prospect”. En: Latin American Research Review. Volume 30, Number 2, 1995, p. 3-32

HAARSCHER, Guy, “Can Human Rights be ‘Contextualized’?” En: SAJÓ, Andrés (Ed), Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism. Martinus Nijhoff Publishers. Boston, 2004.

HABA, Enrique Pedro, “¿Derechos Humanos o Derecho Natural? (Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de ‘Derechos Humanos’)”. En: Anuario de Derechos

Humanos 2. Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derechos Humanos. Madrid, 1983. (Ponencia presentada al Décimo Congreso Interamericano de Filosofía, los derechos humanos, 18-23 de octubre de 1981, Tallahassee, Florida.)

HABA, Pedro Enrique, El Derecho como “programa” y la “cabeza” del juez. Versión Parcial de la exposición efectuada por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay. 24 de noviembre de 1992.

HABA, Enrique Pedro, “¿De *qué* viven los que hablan de derechos humanos? (tres tipos de discursos-dh: ‘de’, ‘para’, ‘con’)” En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Costa Rica. No.23. San José, 2003.

FERREYRA, “La Ideología Funciona cuando es Invisible”. Entrevista realizada a Slavoj Žižek. En: Periódico La Voz del Interior. Córdoba, 2003.

<http://es.geocities.com/zizekencastellano/entrideologiafun.htm>

FRIERA, Silvina, “Tomo la idea cristiana de universalidad”. Entrevista a Slavoj Žižek a propósito de la publicación del libro “El Títere y el Enano”. En: Periódico digital Página 12. Argentina, 6 de mayo de 2005.

<http://www.pagina12.com.ar/diario/cultura/7-50628-2005-05-06.html>

FROWEIN, Jochen Abr., “Human Dignity in International Law”. En: KRETZMER, David, KLEIN, Eckart, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse. The Minerva Center for Human Rights, The Hebrew University of Jerusalem. Tel Aviv University. Kluwer Law International. The Hague, 2002.

INSULZA José Miguel, “*Geopolítica e intereses estratégicos en Centroamérica y el Caribe*” (1985). Material del Seminario de América Central y El Caribe. Escuela de Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica. San José, 2007.

MANLEY Michael, “La importancia estratégica de la Cuenca del Caribe en términos políticos y económicos”. En: Nueva Sociedad. No. 63. Noviembre- diciembre 1982. Buenos Aires. www.nuso.org. Pp. 5-19.

MACINTYRE, Alasdair. “Some consequences of the failure of the Enlightenment project”. En: After Virtue: a Study in Moral Theory. Compilado en WINSTON, Morton E. (editor), The Philosophy of Human Rights. Wadsworth Publishing Company. California, 1989.

MARLASCA LÓPEZ, Antonio. “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. (Una perspectiva actual. En el 50 aniversario de la proclamación de los derechos humanos por parte de la ONU: 1948-1998)”. En: Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica. XXXVI (90). San José, 1998.

MATHIEU, Bertrand, Curso de postgrado en Derecho Público: “Derechos Fundamentales” en la Universidad de la Sorbonne, París. Transcripción de la grabación de las clases por Ariana Macaya Lizano. París, 2007.

MELERO DE LA TORRE, Mariano C., “Postmodernidad, Tradición y Derechos Humanos”. En: A Parte Rei. Revista de Filosofía. Volumen 42. España, noviembre de 2005.

NIKKEN, Pedro, “Introducción a la protección internacional de los derechos humanos”. En: XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José, 19 al 28 de julio de 2001.
<http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/22.pdf>

PIZA ESCALANTE, Rodolfo, “Derecho y Derechos Humanos”. En: Revista Acta Académica. Edición No.1. Universidad Autónoma de Centroamérica. San José, 1986.

RITSCHL, Dietrich, “Can ethical maxims be derived from theological concepts of human dignity?” En: KRETZMER, David, KLEIN, Eckart, The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse. The Minerva Center for Human Rights, The Hebrew University of Jerusalem. Tel Aviv University. Kluwer Law International. La Haya, 2002.

ROCA JUSMET, Luis, “¿Quién es el maldito Žižek? En: Revista El Viejo Topo. Volumen 195-196. España, Agosto de 1994., p.p 107- 115.
<http://es.geocities.com/zizekencastellano/sobrmalditziz.htm>

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M., “El Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas”. Mimeografiado. Antología de textos para capacitación a funcionarios Judiciales. IIDH. San José, Costa Rica. 2001

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: página virtual de la Defensoría del Pueblo de Venezuela.
http://www.defensoria.gob.ve/detalle.asp?sec=1407&id=887&plantilla=8#_ftn1

SALVAT BOLOÑA, Pablo E., “Derechos Humanos. Diccionario de pensamiento crítico latinoamericano”. En: Corporación ProyectAmérica. Chile, 2004.
http://www.proyectamerica.cl/UserFiles/File/Derechos%20humanos_Salvat%20diccionario%20latinoamericano%202004.pdf

TIRADO, Javier y MORA, Martín. “El espacio y el poder: Michel Foucault y la crítica de la historia”. En: Espiral Publicaciones. Estudios sobre Estado y Sociedad. Volumen IX. No. 25. Septiembre-Diciembre 2002. Universidad de Guadalajara. Jalisco.

TORRES RIVAS Edelberto, “Para entender el Caribe”. En: *Perfiles Latinoamericanos*. No.8. Revista FLACSO-México. Junio, 1996.

VERA, Juan Manuel; “Cornelius Castoriadis (1922-1997): La interrogación permanente”. En: Revista Iniciativa Socialista, Número 48. Madrid, marzo de 1998.

ŽIŽEK, Slavoj, “Human Rights and its Discontents”. Conferencia impartida en Bard College. Nueva York, 15 de noviembre de 1999. En: Lacanian Ink. <http://www.lacan.com/zizek-human.htm>

ŽIŽEK, Slavoj, “Bienvenidos al Desierto de lo Real”. En: Lacanian Ink. Volumen 16. 2000. Traducción de Rodrigo Quijano. <http://es.geocities.com/zizekencastellano/artBienv2000.htm>

ŽIŽEK, Slavoj, “La identidad y sus vicisitudes: La Lógica Hegeliana de la Esencia como una Teoría de la Ideología”. En: LACLAU Ernesto, et. al., Debates políticos contemporáneos: en los márgenes de la modernidad. Plaza y Valdés, México, 1998. (original en inglés publicado en 1994)

ŽIŽEK, Slavoj, “Soy un ateo combativo.” Traducido de: “I am a Fighting Atheist: An Interview with Slavoj Žižek”. En: Bad Subjects. Volumen 59. Entrevista realizada por Doug Henwood y Charlie Berstch. Nueva York, Febrero de 2002. <http://es.geocities.com/zizekencastellano/entrateocomb.htm>

ŽIŽEK, Slavoj, “Against Human Rights”. Conferencia impartida en el “Great Hall” de las Cortes Reales de Justicia. Londres, 18 de mayo de 2005. <http://libcom.org/library/against-human-rights-zizek>.

ŽIŽEK, Slavoj, “The Obscenity of Human Rights. Violence as a Symptom”. En: www.lacan.com. Zizek Bibliography, 2005. <http://www.lacan.com/zizviol.htm>

ŽIŽEK, Slavoj, “El combate universal”. En: El Clarín. “Ñ” Revista de Cultura. Volumen 136. Entrevista realizada por John Birnbaum. Argentina, 6 de mayo de 2006. <http://es.geocities.com/zizekencastellano/entrCombatuniv.htm>

ŽIŽEK, Slavoj, “La ideología funciona cuando es invisible”

Normativa

- Carta de la Organización de los Estados Americanos. Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.
- Carta Democrática Interamericana. Aprobada por la OEA en Perú, el 11 de setiembre de 2001.
- Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Firmada en San Francisco, California, en junio de 1954 y entró en vigor el 24 de octubre de 1945.
- Convención Americana de Derechos Humanos. “Pacto de San José”. Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”. Aprobado en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. San Salvador, 17 de noviembre de 1998.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, 1948.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante la resolución No. 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones. La Paz, 1979.

- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado mediante resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones. La Paz, 1979.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 109º periodo extraordinario de sesiones (2000). Entró en vigor el 1º de mayo de 2001.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su XLIX periodo ordinario de sesiones (2000). Entró en vigor el 1º de junio de 2001.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Firmado en Viena el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

Resoluciones judiciales y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Corte IDH. *Caso Caballero y Delgado y Santana v. Colombia. Sentencia de fondo.* 8 de diciembre de 1995. Serie C., No.22.

Corte IDH. *Caso de “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. 19 de noviembre de 1999. Serie C, No.63.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124. Incluye el voto razonado del juez Cançado Trindade y del juez Medina Quiroga.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*. 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162. Incluye votos razonados de los jueces Vidal Ramírez, Cançado Trindade y García Ramírez.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. 28 de noviembre de 2007. Serie C, No.172.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas*. 30 de noviembre de 2007. Serie C, No. 173. Incluye voto razonado del Juez Cançado Trindade

Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2

Corte IDH. *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3

Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

CIDH. Caso 11.140, *Marie y Carrie Dann vs. Los Estados Unidos* del 29 de setiembre de 1999. Informe 99/99.

CIDH. Caso 11.193, *Shaka Sankofa vs. Los Estados Unidos* del 29 de diciembre de 2003. Informe 51/100.

ANEXOS

a la II Parte

ANEXO 1

Contexto Institucional

El funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Luego de la Segunda Guerra Mundial, se dio la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) por parte de los países aliados, con el objeto de evitar que ocurrieran nuevamente el genocidio, las torturas, persecuciones y apartheid que tuvieron lugar durante esa guerra. Así, en 1941, Roosevelt proclamó su declaración sobre las “*cuatro libertades*”, en un intento de “convertir el hambre en pan”: libertad de opinión y expresión, libertad confesional, el derecho a “*estar al abrigo de las necesidades materiales*” y un derecho a la garantía a una vida “*donde el miedo está excluido*”.¹ Sin embargo, los cambios políticos acaecidos meses después del fin de la guerra, hacen que la ONU se centre en temas de seguridad más que de DH.

Fue hasta el momento de la constitución de la Carta de la ONU que se le volvió a dar relevancia al tema de los DH y se estableció en el artículo 1.3 el “*favorecimiento*” de la cooperación internacional en el “*desarrollo y estímulo*” de los DH, sin hacer distinciones de ningún tipo. Así también, en el artículo 55 se establece, en una suerte de fetichismo legislativo, la “*creación de condiciones de estabilidad y bienestar [...] basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos*”.

¹ NIKKEN, ... p.14. NIKKEN, Pedro, “Introducción a la protección internacional de los derechos humanos”. En: XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). San José, ... ‘p.14

El énfasis en los DH se percibe sobre todo en el preámbulo de la Carta de la ONU, en la que se habla de manera cuasi-teológica de una *“fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”*. A partir de allí, se crea la Comisión de DH en 1946 y se comienzan a elaborar muchos instrumentos internacionales de protección de los DH.² El Derecho Internacional de los DH por cierto, no debe ser confundido con el Derecho Humanitario, el cual incluye una serie de convenciones sobre el Derecho en tiempos de guerra o conflicto, así como los derechos de los refugiados.

Lo primero que se crea a raíz de esta iniciativa es una Carta Internacional de DH, que incluye la Declaración Universal de DH y su división en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales donde, al igual que en el sistema interamericano, los derechos llamados civiles y políticos gozan de un mayor grado de protección que los DESC. Así, en el caso de los derechos civiles y políticos, el Pacto respectivo define “obligaciones automáticas”, es decir, que el Estado debe asumir el reconocimiento y garantía inmediata de los derechos contenidos en ese instrumento.³ En cambio, en el caso de los DESC, el Pacto se define a sí mismo como un instrumento “progresivo”, por lo que el Estado solo asume el compromiso de adoptar medidas, *“hasta el máximo de recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”*⁴

Una situación similar se da en el sistema interamericano, donde el Protocolo de San Salvador no es justiciable salvo en lo relativo al derecho a la educación (Art.13 de dicho Protocolo) y los derechos sindicales (Art.8 del Protocolo), los cuales también son protegidos por otros instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En América, la Carta de la OEA da un particular énfasis a los DESC, al establecer como uno de sus propósitos centrales el combate de la pobreza. Para ello sin embargo, no fomenta

² DIEZ DE VELASCO, Manuel, Las Organizaciones Internacionales. Editorial Tecnos. Decimotercera Edición. ...p.275-276.

³ *Ibid*, p.279

⁴ Artículo 2 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

el enfoque de derechos económicos, sino que propone la necesidad de mantener un sistema liberal capitalista en el marco del cual los países americanos busquen el modelo de promoción de las exportaciones (Art. 39 de la Carta de la OEA), modelo que en el presente ha sido severamente cuestionado dada su tendencia a fomentar la inequidad y la exclusión social.

El Derecho Internacional de los DH no tiene la misma capacidad de volverse exigible del Derecho Internacional público o privado. No obstante, la mayor diferencia que existe entre el Derecho Internacional de los DH y el Derecho Internacional tradicional, es el tratamiento de la persona. En el primero, se le considera sujeto de Derecho Internacional capaz de demandar a su propio Estado. En el segundo, sigue primando la superioridad del Estado y otras formas de organización sobre los individuos (y también sobre ciertas personas jurídicas como las empresas, que tiene gran poder e influencia sobre los Estados).

Otra distinción es que, en el Derecho Internacional tradicional, las convenciones buscan equilibrar las posiciones de las partes haciendo que un incumplimiento de las obligaciones sea una causal para la terminación del tratado o la suspensión de sus efectos. Así también, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es aplicable la cláusula *rebus sic standibus*, según la cual un cambio de circunstancias sobreviniente puede ser una causa legítima para que la parte afectada dé por terminado el tratado o se retire.

Todo esto *no* es aplicable a los tratados de DH, de manera que no solo es distinto el tratamiento de la palabra “derechos” en los DH, sino lo referido al Derecho Internacional, cuyas reglas varían para este caso. Así, las convenciones relativas a DH *no* se consideran un medio para equilibrar recíprocamente los intereses de los Estados, sino “*para el establecimiento de un orden público común*”, cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos⁵ tomando aquí el desarrollo del derecho internacional propuesto por Francisco de Vitoria. Por este motivo, la misma Convención de Viena establece en su

⁵ NIKKEN, *op. cit.*, p.53.

artículo 60 que en tratándose de disposiciones relativas a la protección de la persona humana, no es aplicable la reciprocidad.

Sin embargo, también existen similitudes entre el Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los DH. Quizás la más importante es que quien incurre en responsabilidad internacional ante la violación de la convención es el Estado, y no se juzga al agente u órgano inmediato que incurrió en tal violación. Si el Estado es condenado, se le solicite que procese a los responsables. En este sentido, se considera que los órganos de protección de los DH internacionalmente tutelados son “*órganos de la comunidad internacional*” y no “*órganos extranjeros*”.⁶

Retomando el tema de los DESC y la tipología de derechos, pese a estas claras diferencias en el valor práctico que se les da en los instrumentos, son consideradas tanto en el sistema interamericano como el de la ONU como interdependientes. Se considera que no hay jerarquía, sino una unidad refrendada en la Declaración y Programa de Acción de Viena.⁷ La idea de la indivisibilidad de los DH se basa en la creencia de la unidad del ser humano, en su “*indivisibilidad física, moral e intelectual implícita en la proclamación de su dignidad esencial...*”.⁸

Los derechos civiles y políticos se refieren a los derechos promovidos durante la Ilustración y cuyo eje, además de su carácter absoluto basado en la creencia en un valor intrínseco del ser humano, es la libertad. Entre estos derechos se pueden nombrar el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, la prohibición explícita de la tortura como parte del derecho a la integridad, la libertad personal, la tutela judicial efectiva, la libertad de pensamiento, expresión, asociación y reunión, el derecho a la intimidad, a la vida familiar, a la personalidad. Díez de Velasco incluye en este grupo los derechos de las minorías.⁹

⁶ *Ibid*, p.55

⁷ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p.279

⁸ NIKKEN, *op. cit.*, p.23

⁹ DIEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p.279.

Los DESC por otra parte giran en torno al valor igualdad, e incluyen el derecho al trabajo, a la seguridad social, los derechos sindicales, la protección de la familia, la no discriminación, el derecho a la educación y a la salud. Puede verse que no necesariamente calzan con un régimen capitalista liberal sino con otra racionalidad más cercana al Estado Benefactor o a sistemas socialistas donde se da un gran énfasis a estos aspectos. Pese a la lógica de la interdependencia e indivisibilidad de los DH, no es tan sencillo hacer que un tribunal internacional acepte la violación de un DESC no exigible al hacerlo ver como una extensión de un derecho civil y político. No obstante sí a ha ocurrido, como en el caso ante la CIDH de las personas con SIDA en el Salvador que no recibían sus retrovirales como parte de la seguridad social.¹⁰

Se suele hablar de tres niveles de actuación por parte del Estado en relación con sus obligaciones exigibles con respecto a los DH: respeto, protección y garantía, donde las últimas dos implican cierta actividad diligente por parte del Estado para que se puedan dar. A esto puede sumarse el deber del Estado de asegurar la progresividad de los DESC, en una obligación de fines y no de medios, donde el Estado se le ha prohibido del todo utilizar el argumento de la situación económica como excusa para no cumplir con esa progresividad.

Existe un tercer grupo de DH, llamados los derechos de tercera generación o de la humanidad, que incluyen el derecho al medio ambiente sano, el derecho al desarrollo y el derecho a la paz. Tales “derechos” jurídicamente son inútiles y su indeterminación les acerca al vacío, mas en la práctica política, ellos resultan en un recurso retórico muy empleado por movilizaciones sociales o por quienes abogan por el discurso del desarrollo humano sostenible, según el cual el eje del desarrollo no es el crecimiento económico por sí solo, sino el bienestar integral de los individuos de una nación.

Algunas otras convenciones realizadas luego de la Carta Universal de DH, buscan evitar el maltrato y discriminación de la mujer, el genocidio, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, la pena de muerte, la eliminación de todas las formas de

¹⁰ falta cita.

discriminación, la protección de los trabajadores migrantes y los derechos de los niños y niñas.

Sin entrar en detalle acerca de los órganos de DH y demás convenciones vigentes en el marco de Naciones Unidas, cabe señalar solamente que, como se mencionó en relación con geopolítica, desde finales de los noventa los DH han adquirido un nuevo matiz cual es su vinculación con las llamadas intervenciones de paz o intervenciones humanitarias. En el marco de la ONU, se realizaron intervenciones en Camboya, El Salvador, Haití, Guatemala y Ruanda. Además de las críticas ya citadas sobre este tipo de intervenciones, se ha sumado que existen muchos conflictos en que los DH son violados y en los cuales por diversas razones la ONU decide no intervenir. Así que, el criterio para intervenir o no en una determinada situación parece trascender la violación sistemática y masiva de DH por parte del Estado o de un grupo hacia otro.

Así también, pese a la llamada universalización de estos derechos en el marco de Naciones Unidas, aún hay ciertas prácticas consideradas en los instrumentos de DH como violatorias, pero que de acuerdo con determinadas culturas no lo son, y elites importantes dentro de tales grupos humanos no están dispuestos a renunciar a ellas. Es el caso de la pena de muerte en los Estados Unidos y la mutilación genital en muchos países de África como Burkina Faso, Ghana, Sudán, Nigeria, Senegal, y Kenya y otros de la península arábiga como Yemen y Omán. Otras prácticas ocurren al margen de la normativa estatal mas sin que el Estado o las personas que lo presencian realicen nada o poco para detenerlas, como la esclavitud en países africanos o americanos, el tráfico de personas en Europa del Este y América Latina, la subyugación y maltrato sistemático de la mujer, la discriminación de los indígenas en América Latina, la discriminación de las castas consideradas inferiores en la India y el trabajo y explotación infantil en Centroamérica.

En el Derecho Internacional de los DH, es importante la diferencia entre los diversos tipos de instrumentos. Las declaraciones son “*actos solemnes por medio de los cuales quienes los emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor, juzgados como*

perdurables".¹¹ Pese a lo que dicen algunos juristas, en general, las declaraciones no tienen una fuerza jurídica obligatoria y, para el caso de los DH, son un paso preliminar a la elaboración de instrumentos que sí se perfilan como exigibles.

Los instrumentos que sí se consideran vinculantes y exigibles son las Cartas y las Convenciones. Estas últimas prevén estos mecanismos que se mencionan para hacer valer lo que en ellas se estipula. De acuerdo con Rodríguez Rescia, tales mecanismos se dividen en:

1. no contenciosos, que se basan en la presentación por parte del Estado de informes periódicos, de "*buenos oficios*", etc.
2. mecanismos "*cuasi contenciosos*" que operan a través de quejas entre Estados, quejas de órganos internacionales de protección de DH contra Estados y, quejas de particulares contra Estados
3. mecanismos contenciosos o judiciales, que se refiere a los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia o la Corte IDH. También es posible la creación de mecanismos extraconvencionales a partir de resoluciones de órganos políticos. Se da el ejemplo de la creación de órganos especiales de investigación por parte de Altos Comisionados, la Comisión de DH, etc., de Naciones Unidas.¹²

Ahora bien, Nikken menciona algunas características propias del Derecho Internacional de los DH¹³ que se comentarán a continuación:

- 1- "Ideológico". Con ello quiere decir que se basa en la idea de la dignidad humana, independientemente de si las diversas generaciones de DH responden a lógicas contradictorias. Este carácter "ideológico", se agrega, es el que le da un rango particularmente elevado en los ordenamientos jurídicos.
- 2- Complementario, subsidiario y derivado. Los tribunales internacionales no son una cuarta instancia. Se considera que el derecho interno, en particular el Derecho Constitucional, es el que debe encargarse del tratamiento de los DH. Sin embargo, el Derecho Internacional debe vigilar el efectivo cumplimiento, bajo la

¹¹ NIKKEN, *op. cit.*, p.15

¹² RODRÍGUEZ RESCIA, *vid supra* nota 490, p.7.

¹³ NIKKEN, *op. cit.*, p.58-60.

premisa que la violación de los DH de una persona es una afrenta contra la humanidad (nuevamente se percibe aquí una tesis monista tanto para el sujeto, como para el conjunto de DH, y ahora para la sociedad o la humanidad como un todo). En este sentido, se considera que los DH se derivan del derecho interno, en la medida en que es el derecho interno el que define los alcances y contenido de los derechos protegidos. La lógica sin embargo es un poco contradictoria, pues si quedara al arbitrio del Estado definir los alcances de los derechos, no se comprende la labor de vigilancia y definición de los organismos internacionales. También, se dice que es subsidiario en la medida en que deben agotarse los recursos internos, pero a la vez no lo es porque las convenciones de DH están llamadas a incorporarse al derecho interno.

- 3- Protector. El objeto y fin último del Derecho Internacional de los DH es la protección de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados partes. Dicha característica se vuelve una norma de interpretación de conformidad con el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual los tratados deberán interpretarse de buena fe, conforme al “*sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y fin*”.
- 4- Progresividad. Tendencia a la extensión del ámbito de protección de los DH de manera irreversible. Esto se refiere tanto al número y contenido de los derechos protegidos, como supuestamente a la eficacia y vigor de los instrumentos y mecanismos internacionales de protección.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH está compuesta por siete miembros denominados “comisionados” y deben ser de la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la OEA. Ellos no representan a su país, sino que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal.¹⁴ Rodríguez Rescia menciona un punto interesante: pese a la labor cuasi-judicial que hace la CIDH cuando emite recomendaciones y declara violaciones de DH, no se requiere ser

¹⁴ RODRÍGUEZ RESCIA, *op. cit.*, p.7.

jurista o abogado para ser designado miembro.¹⁵ La Comisión no es un órgano permanente como tampoco lo es la Corte IDH, sino que ambos se reúnen varias veces al año. Como ya se ha mencionado, este hecho no se debe a la falta de trabajo, sino a la falta de presupuesto.

De acuerdo con el Estatuto de la CIDH, su deber es proteger los DH que se encuentran contenidos tanto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como en la Convención Americana. De modo que, pese al carácter declarativo del primer instrumento, sí pueden aceptar denuncias que mencionen la violación de derechos establecidos en la Declaración.¹⁶ La Corte IDH por su parte, no conoce violaciones a la Declaración Americana sino solo a la Convención Americana. La CIDH, al igual que la Corte IDH, tiene competencia ampliada para interpretar otros tratados concernientes a la protección de DH en los Estados americanos. Por “otros tratados”, se entiende *cualquier* tratado internacional aplicable a los Estados americanos, según la opinión consultiva OC-1/82 de la Corte IDH. Obsérvese aquí cómo la CIDH y la Corte IDH han utilizado la interpretación para ampliar sus facultades y funciones.¹⁷

De acuerdo con su Estatuto y con la Convención Americana, la CIDH tiene las siguientes funciones. Artículo 41 de la Convención Americana: **a)** “estimular la conciencia de los DH en los pueblos de América”; **b)** formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas dentro del marco de sus leyes internas y preceptos constitucionales y otras “disposiciones apropiadas” para fomentar el respeto de los DH; **c)** preparar estudios e informes “que considere convenientes”; **d)** solicitar informes de los gobiernos; **e)** atender consultas sobre DH de los Estados miembros; **f)** actuar con respecto a las peticiones y otras comunicaciones que reciban; **g)** rendir un informe anual.

Los artículos 18 y 19 del Estatuto de la CIDH amplían dichas funciones para agregar lo siguiente: (art.18) **g)** práctica de observaciones *in loco*; **f)** presentación de un proyecto de

¹⁵ *Ibid*, p.7.

¹⁶ *Ibid*, p.10.

¹⁷ *Ibid*, p.10.

presupuesto a la Asamblea General; (art.19) **b)** comparecer ante la Corte IDH; **c)** solicitar a la Corte IDH medidas provisionales; **d)** consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención y otros tratados (con este artículo la CIDH parece dejar en manos de la Corte IDH todo lo referido a interpretación); **e)** someter a consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana con el propósito de crear más derechos; **f)** someter propuestas de enmienda a la Convención Americana.

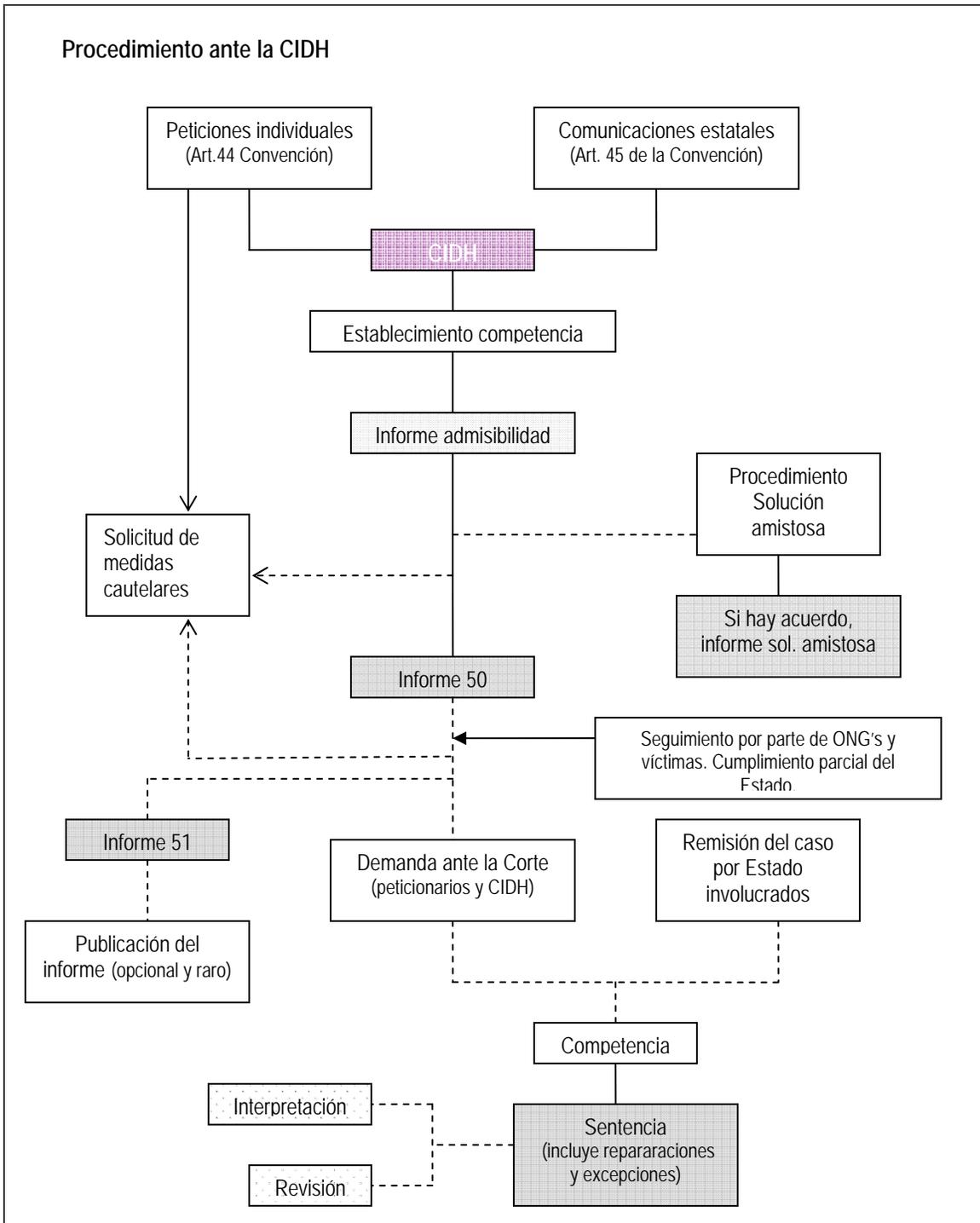
Cabe observar que la CIDH tiene amplias funciones y potestades muy importantes, como la de proponer enmiendas a la Convención, considerar si un caso se eleva o no ante la Corte IDH y realizar “exámenes” de la situación de DH en los países. A la vez, como se subrayó, las recomendaciones que realiza la CIDH tienen un valor muy relativo, sobre todo si están desprovistas de actividad política, pues el artículo deja mucho margen de discrecionalidad a los Estados. Además, la denuncia pública del caso frente a la Asamblea General ha probado ser un mecanismo inefectivo¹⁸. Su herramienta más fuerte parece ser la facultad de llevar el caso a la Corte IDH.

A continuación, se procederá a explicar brevemente el proceso de denuncias individuales ante la CIDH. Para ello obsérvese también el diagrama *infra*. No se irá en detalle pues no es el órgano que se está analizando.¹⁹ Las partes ante el proceso son las víctimas y sus representantes, conocidas como “parte peticionaria”, y el Estado. Los peticionarios deben ser personas físicas o jurídicas (una o varias) legalmente reconocidas por un Estado miembro de la OEA y su petición debe versar sobre violaciones a los DH establecidos en la Convención Americana y sus Protocolos, la Declaración Americana y otras Convenciones americanas (Art.23 del Reglamento de la CIDH). En casos graves o urgentes, con la sola presentación de una comunicación o petición que reúna los requisitos de admisibilidad (Art.48.2 de la Convención Americana), la CIDH puede realizar una investigación, previa autorización del Estado denunciado.²⁰

¹⁸ Citar tesis de letrada de Corte IDH. Vid mi investigación para Carrillo.

¹⁹ Para examinar en detalle el procedimiento ante la CIDH incluyendo la solución amistosa, ver los artículos 48 a 51 de la Convención Americana y el Reglamento de la CIDH (artículos 23 a 50). Vale revisar también la explicación de FAÚNDEZ LEDESMA, *vid supra* nota 482, p.173-285.

²⁰ RODRÍGUEZ RESCIA, *op. cit.*, p.12.



Fuente: basado parcialmente en Faúndez Ledesma (1996: 172)

Una vez admitida la denuncia mediante un informe de admisibilidad que es público²¹, la CIDH procede a abrir el caso e investigar los hechos, lo que incluye la recepción de respuestas a la denuncia por parte del Estado. En esta etapa es que puede haber una solución amistosa. El proceso puede ser lento y costoso, pues se requiere aportar toda la prueba del agotamiento de recursos internos (enviarla a Washington D.C) y probar un vínculo entre agentes estatales y las violaciones alegadas. Así también, debe argumentarse bien porqué se considera que se da una determinada violación de la Convención o sus Protocolos y la Declaración Americana. Finalmente, debe probarse y argumentarse el derecho violado en relación con determinadas víctimas y desarrollar los daños y perjuicios que estas sufrieron, de cara a que la CIDH recomiende determinadas reparaciones. En lo relativo a reparaciones, la Corte IDH ha desarrollado ampliamente en su jurisprudencia, por lo que las hay de toda clase, desde la construcción de escuelas y monumentos, hasta el pago de sumas millonarias, el cambio de la legislación interna, o todas las anteriores.

No puede dejarse de lado que los casos que más atraen a la CIDH son aquellos que no son casos aislados, mas prueba de violaciones sistemáticas y masivas por parte del Estado, por lo que también toca a los representantes de las víctimas realizar una contextualización con la situación política y económica del país en cuestión y vincular el caso particular con una situación generalizada. Piénsese en la práctica de la desaparición forzada, la tortura, la esterilización forzada o bien, que se trate el caso de determinadas víctimas en un contexto de genocidio o de discriminación de un grupo.

No se trata pues solamente de llenar un formulario que aparece en la página de la CIDH. El trabajo es tan elaborado, que de hecho requiere de abogados especializados en DH educados mayormente en Europa, que hacen de la presentación de casos ante el sistema interamericano un oficio. Ello permite que lleguen a desarrollar doctrina e intenten extender los DH que pueden ser conocidos por el sistema, mediante sus argumentaciones que posteriormente será considerada por la CIDH y la Corte IDH y algunas veces asumida por dichos organismos.

²¹ También el informe en que se declara la inadmisibilidad de la petición es publicado.

Posteriormente, si el Estado se considera culpable, se declara la violación de determinados derechos, que no necesariamente son (todos) los denunciados por las víctimas y sus representantes. Es aquí donde se emite el “informe 50”. Se le llama así porque se explica en el artículo 50 de la Convención Americana. Se caracteriza por no ser público y por emitir recomendaciones cuyo cumplimiento los representantes de las víctimas y las víctimas mismas darán seguimiento. Esto último lo realizan mediante la presentación de comunicados a la CIDH para que presione al Estado en caso que este no cumpla. Así que, pese a ser solo recomendaciones, la CIDH puede presionar al Gobierno para que las cumpla, so pena de presentar el caso ante la Corte IDH o presentar el informe 51 (establecido en el artículo 51 de la Convención Americana).

El informe 51 supuestamente se emite 3 meses después de emitido el informe 50, en el caso que el asunto no haya sido solucionado o no haya sido sometido a la decisión de la Corte IDH ya sea por la CIDH, o por parte del Estado interesado. En él, la CIDH realiza recomendaciones y, si no se cumplen, decide si se publica o no el informe por voto de mayoría absoluta. El problema ha sido en este caso la falta de apoyo político por parte de la Asamblea General, la cual no publica el informe.

La OEA se ha negado en reiteradas ocasiones a presentar informes sobre el incumplimiento de las sentencias de la Corte, el caso más evidente fue la ejecución de la víctima pese a las medidas provisionales, en el asunto *James y otros* con respecto a Trinidad y Tobago. En general el tema no se discute lo suficiente, aunque ciertamente la Corte ha hecho un esfuerzo por traer el tema a colación durante las sesiones del Consejo y de la Asamblea, como en el 2001.

Ante una situación de incumplimiento, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento de la CIDH, este órgano puede decidir en vez de presentar el informe 51, elevar el caso ante la Corte IDH. Para ello se requiere la concurrencia de 3 circunstancias: 1) que el Estado en cuestión haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH; 2) que la CIDH considere que el Estado no cumplió con lo “recomendado” en el informe 50; 3) que la CIDH decida presentar el caso ante la Corte por mayoría absoluta de votos de los

miembros de tal órgano. Según el artículo en mención, la CIDH “*considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular*” tomando en cuenta lo siguiente:

- la posición del peticionario (si quiere o no presentar el caso ante la Corte IDH y sus argumentos)
- la “*naturaleza y gravedad*” de la violación
- “*la necesidad de desarrollar o aclarar jurisprudencia del sistema*”
- el “*eventual efecto de las decisiones en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros*”
- la calidad de la prueba disponible

Como puede notarse, estos criterios son bastante amplios y llama particularmente la atención la labor doctrinaria y legislativa que se pretende hacer al llevar los casos ante la Corte IDH.

En cuanto a la solución amistosa, la Corte IDH ha manifestado en el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, excepciones preliminares del 21 de enero de 1994, que la Convención encomienda a la Comisión una función “conciliadora” (sin que quepa decir que la solución amistosa es una conciliación) y requiere que esta se ponga a disposición de las partes interesadas, a fin de procurar un arreglo amigable al asunto, antes de recurrir a sus propias soluciones y recomendaciones, y antes de recurrir a otras soluciones más drásticas. En conclusión, la Corte IDH establece que la CIDH tiene la obligación de recurrir a la solución amistosa como vía primaria para la solución de conflictos.

Finalmente en cuanto a procedimiento, de conformidad con el artículo 25 del Reglamento de la Comisión, de oficio o a petición de parte, la CIDH puede adoptar medidas cautelares para evitar “daños irreparables” a las personas. Las medidas pueden ser solicitadas sin que necesariamente se haya presentado una petición. Resultan de gran utilidad ya que son consideradas de manera más expedita y se puede alegar la puesta en peligro o violación de derechos como la vida, la integridad y la libertad personal, pero también eventualmente daños a la propiedad por ejemplo.

Las medidas cautelares deben diferenciarse de las medidas provisionales, que son un mecanismo previsto en el artículo 63.2 de la Convención Americana y que son ordenadas por la Corte IDH. Nuevamente, aunque un asunto no haya sido sometido a consideración de la Corte IDH, la CIDH puede pedirle medidas provisionales con el objeto de evitar daños irreparables en casos de “extrema gravedad y urgencia” en un Estado que sea parte de la Convención Americana (no basta, como en el caso de las cautelares, que el Estado sea miembro de la OEA). En el caso de la Corte, si bien las medidas también pueden ser ordenadas con relativa celeridad, el escrito que las solicita debe fundamentarse mucho más, jurídica y probatoriamente, que en el caso de las medidas cautelares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH está compuesta por siete jueces de la nacionalidad de los Estados miembros de la OEA y son elegidos a título personal por mayoría absoluta de los Estados Partes en la Convención Americana, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados. Son elegidos por seis años y pueden ser reelectos una sola vez. De acuerdo con el artículo 52 de la Convención Americana, tales jueces deben ser juristas especializados en DH y deben “tener la más alta autoridad moral”. La Convención Americana y el Estatuto de la Corte IDH prevén para esos jueces un régimen de incompatibilidades, impedimentos e inhabilidades similar al del derecho interno costarricense.

A partir del 2007, estos jueces son: Cecilia Medina Quiroga (Chile), Diego García Sayán (Perú), Sergio García Ramírez (México), Manuel Ventura Robles (Costa Rica), Leonardo Franco (Argentina), Margarete May Macaulay (Jamaica) y Radhys Abreu Blondet (República Dominicana). Es interesante destacar que a partir de ese año, la composición de la Corte varió con respecto a la de los periodos anteriores para incluir mujeres (anteriormente la única mujer fue Sonia Picado, de Costa Rica, entre 1989 y 1994), las cuales de paso provienen de países del Mar Caribe, cuando antes hubo un juez de dicha área, Oliver Jackman de Barbados. Los jueces solo van a San José unos días al año cuando hay que sesionar. Quienes llevan a cabo el grueso del trabajo son el Secretario

General, los letrados, asistentes y pasantes, siendo que existe una evidente carencia de personal para la cantidad de trabajo existente. Los idiomas oficiales de la Corte IDH son el español, el inglés, el francés y el portugués. Las sesiones se llevan a cabo en español, y si algún juez requiere traducción a su idioma natal, se le provee con un traductor(a) simultáneo(a).

Existe también una figura considerada poco deseable cual es la del juez *ad hoc*. Este es nombrado por ejemplo cuando no hay un juez del Estado que está siendo juzgado, y es designado precisamente por ese Estado. La situación ha probado ser complicada, pues evidentemente el juez nombrado *ad hoc* probablemente esté bajo presión.

La Corte IDH tiene dos competencias: una contenciosa y la otra consultiva. La primera se refiere a la capacidad de la Corte IDH de conocer cualquier caso relativo a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la Convención, que le sea sometido por la CIDH o por los Estados partes que hayan aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.²² En casos en que los Estados no sean parte de la Convención Americana, o lo sean pero no hayan aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, no es posible que se les demande frente a esta.

En cuanto a la competencia consultiva, como ya se mencionó, alude a la interpretación de la Convención Americana y otros tratados concernientes a la protección de los DH en los Estados americanos. La opinión se emite a requerimiento de cualquier Estado miembro de la OEA o cualquier órgano de esta. La Corte IDH también puede referirse a la compatibilidad de leyes o proyectos de ley internos con la Convención Americana, a petición de un Estado miembro de la OEA.²³

En cuanto a la relación entre la CIDH y la Corte IDH, ya se ha mencionado que es algo compleja, pues en cierta forma la CIDH puede actuar como un tribunal de primera instancia si decide presentar el caso ante la Corte IDH, no obstante si esto ocurre, la

²² FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p. 153.

²³ *Ibid*, p.153-154.

CIDH se vuelve parte ante la Corte. Por otra parte, si bien no puede considerarse que la Corte IDH sea un tribunal de apelación con respecto a lo que haya declarado la CIDH, por el simple motivo que la CIDH no es considerada un órgano jurisdiccional y el único con este estatus es la Corte, esto no obsta, según ha declarado la misma Corte IDH en sus resoluciones, para que la Corte IDH revise lo realizado por la CIDH.²⁴

Esto incluye tanto el juzgamiento de los presupuestos procesales sobre los cuales se le considera competente para conocer el caso, como la reconsideración de los derechos considerados violados en un caso determinado. El tema no es sencillo, pues en ningún caso la Corte IDH ha dejado de declarar culpable a un Estado que ha sido llevado ante dicho tribunal. El Estado puede concentrar su defensa en la cuestión probatoria, en discutir la competencia de la Corte para conocer el caso, o que se consideren lesionados menos derechos de los que estableció la CIDH y los representantes de las víctimas, o en alegar que sí se cumplieron algunas de las recomendaciones. También el Estado puede referirse a las reparaciones con el objeto de aminorar un poco las pretensiones de la CIDH y los representantes de las víctimas, o las de la Corte misma, en esta materia.

Además de los principios que alimentan la doctrina de los DH, aquellos mencionados en relación con el Derecho Internacional de los DH incluyendo lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y lo establecido en el artículo 29 de la Convención Americana en cuanto a la interpretación de dicho instrumento, la Corte IDH ha desarrollado una serie de principios de interpretación similares a los de la Corte Europea de DH. Estos son:²⁵

- La naturaleza especial, objeto y fin de los tratados de DH y el “carácter objetivo” de la obligación en ellos contenida.
- El principio de efectividad (*effet utile*): las cláusulas de protección internacional deben ser interpretadas y aplicadas de tal manera que la garantía que establecen sea

²⁴ *Ibid*, p.162-165.

²⁵ GONZÁLEZ ESPINOZA, Olger, “Elastic Human Rights” in *International Regional Systems? On the use of the European doctrine of the “margin of appreciation” in the Inter-American System of Human Rights*. European Master’s degree on Human Rights and Democratisation. Université Robert Schumann. Institute des Hautes Études Européennes. Strasbourg, 2004. p.35.

efectiva, dada la “naturaleza especial” de esos tratados de DH y su ejecución colectiva.

- Interpretación evolutiva de la Convención. Se busca la “evolución” de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional contemporáneo.

En cuanto al artículo 29.c como norma de interpretación, González Espinoza explica que puede ser leído de tal manera que se permita a la CIDH y al a Corte IDH referirse a otros derechos que no estén en la Convención Americana. En otro sentido sin embargo, limita la acción estatal a las “*necesidades de la democracia representativa*”. Las restricciones permisibles a los derechos y libertades establecidos en la Convención se encuentran en el artículo 30 de esta, donde se establece las normas de “interés general”. En el artículo 32, se menciona también razones de seguridad, bienestar general en una sociedad democrática y los derechos de los demás.²⁶

El sistema interamericano asimismo está sujeto a los principios de subsidiariedad y de sistema democrático. En cuanto al primero, se entiende que el sistema establecido en la Convención Americana es complementario al derecho interno. Lo referido al principio democrático, se toma lo establecido en la Carta de la OEA, en el Protocolo de Cartagena y en las resoluciones de la OEA y de la Unión Panamericana. La Convención Americana misma en su preámbulo y en los artículos 20 y 32.2 hace un vínculo estrecho entre la democracia representativa y los DH. Finalmente, el concepto de democracia ha sido desarrollado por la Corte IDH y la CIDH cuando se refieren a los derechos políticos.

i. Procedimiento contencioso

Ante la Corte IDH, las partes son el Estado o Estados demandados y la CIDH. Con el nuevo reglamento de la Corte, se permite *locus standi* o capacidad de actuar frente a la Corte a las presuntas víctimas, sus familiares y representantes y, en este sentido, se constituyen como partes (Art. 23.1 del Reglamento de la Corte IDH).

²⁶ *Ibíd*, p.34-35.

El proceso ante la Corte IDH se divide en tres fases: excepciones preliminares, fondo y reparaciones. El proceso no debe necesariamente pasar por todas ellas y esto depende de si se da una finalización anticipada mediante sobreseimiento, solución amistosa, desistimiento o allanamiento. Por otra parte, cada uno de ellos implica la entrega de escritos y la presentación de alegatos orales. La sentencia sin embargo será una sola y ya no serán resoluciones separadas.

La etapa de excepciones preliminares es aquella en que el Estado cuestiona la competencia de la Corte IDH para conocer el caso. No es una defensa o momento procesal indispensable, pues el Estado bien puede renunciar a él. En teoría, la tramitación de esta fase no suspende el trámite del fondo del asunto, mas es obvio que deben considerarse los alegatos de las partes sobre tales excepciones antes de seguir sobre el fondo, pues lo alegado podría dar fin al proceso. Entre las excepciones preliminares podría alegarse la falta de agotamiento de los recursos internos, competencia *ratione materiae* en cuanto a que los derechos que se alegan violados estén contenidos en la Convención Americana y que el Estado no haya formulado reservas con respecto a este.

Puede alegarse también competencia *ratione loci* o en razón del lugar en el que supuestamente se cometió la violación siendo que tuvo que haber sido dentro de la jurisdicción del Estado demandado. Una muy utilizada es *ratione temporis*, que se refiere a que la supuesta violación cometida se haya dado luego de la ratificación de la Convención Americana por parte del Estado.²⁷ En el caso de la desaparición forzada sin embargo, se considera que la violación se prolonga en el tiempo por lo que usualmente no cabe tal excepción. Todas estas excepciones y otras se alegan también ante la CIDH. La competencia en razón del tiempo también se refiere al cumplimiento por parte de la CIDH del plazo para presentar la demanda que está establecido en la Convención, si bien la Corte IDH no privilegia la formalidad y acepta ciertas omisiones y retrasos con tal de que se “logre la justicia”.²⁸ Finalmente, se considera la *ratione personae* en la que se

²⁷ Vid por ejemplo FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p.294-307.

²⁸ *Ibid*, p.307.

examina la capacidad del demandado y el demandante para comparecer ante la Corte IDH.

En la etapa de fondo, se conoce la demanda con toda la prueba documental, pericial y testimonial a aportarse. Los principios que informan la prueba son bastante flexibles, con el objeto de recabar la mayor cantidad posible.²⁹ Si la Corte IDH considera que la demanda cumple con todos los requisitos establecidos en su reglamento, proceden a notificar al Estado demandado, el cual tiene un plazo de dos meses para responder. El Estado en su contestación adjunta la prueba y asimismo, puede alegar excepciones preliminares. Luego, las partes podrán solicitar al Presidente de la Corte la oportunidad de presentar otros escritos, mas estos deben referirse a hechos o argumentos nuevos, y no ser una repetición.

Después se pasa a la etapa oral, donde la Corte IDH escucha los testimonios y a los peritos. No hay una única audiencia, sino que a veces son varias, pues deben conocerse las excepciones, muchos testimonios, los alegatos de finales de las partes y, además, todo lo relativo a reparaciones. Recuérdese también que las víctimas y sus representantes tienen derecho a decir sus alegatos finales y presentar su prueba, etc., por aparte. En esas audiencias algunas veces los jueces realizan preguntas a las partes, o se delibera acerca de los alcances de la doctrina, si es que la CIDH o los representantes de las víctimas han llegado con alguna nueva propuesta, sobre todo para lo relativo a reparaciones.

La Corte IDH luego delibera en privado y dicta una sentencia definitiva e inapelable, aunque se puede pedir una aclaración acerca de algún punto o jurisprudencialmente se ha establecido el recurso de revisión ante hechos nuevos. La sentencia es elaborada en buena parte por los letrados, quienes también establecen los hechos probados, aunque sí es importante la deliberación que hagan los jueces y los votos razonados y disidentes que puedan redactar luego. La sentencia contiene el establecimiento de los hechos, la calificación jurídica de los hechos, la determinación de la responsabilidad estatal y el tema de reparaciones. Asimismo, se refiere a las excepciones preliminares cuando estas

²⁹ RODRÍGUEZ RESCIA, *op. cit.*, p.17.

hayan sido interpuestas. Tradicionalmente las sentencias de la Corte IDH han sido significativamente largas, mas en el año 2008 la Corte IDH decidió intentar condensar su argumentación en un menor número de páginas, con el propósito de hacer las sentencias menos tediosas y más accesibles al público.

En cuanto a las reparaciones, la jurisprudencia y doctrina han elaborado muy ampliamente al respecto. En general, se busca restituir el derecho violado si fuera posible. Usualmente no lo es, pues se trata de derechos como la vida, por lo que se establecen otros mecanismos como la indemnización y otras formas de reparación. Se considera el daño material, que se divide en lucro cesante y daño emergente. Con respecto al primero se consideran criterios como la edad de la persona, la expectativa de vida en el país (cuando la víctima fue asesinada), salario mínimo, gastos personales, ocupación de la persona, personas que debía mantener. Para el daño emergente, se consideran las enfermedades sufridas luego de la violación del derecho, la pérdida del trabajo, la salida del país o el traslado de residencia, los costos del funeral, la búsqueda de los restos de las víctimas por parte de sus familiares, entre otros. Se calculan también las costas y gastos del proceso interno y ante el sistema interamericano.

En cuanto al daño inmaterial, se realiza conforme a “cálculo en equidad”. La víctima o sus representantes o familiares deben probar el perjuicio, el vínculo familiar, la presunción del sufrimiento ocasionado a raíz de la violación a miembros del núcleo familiar, la victimización de los familiares al violar las garantías procesales, que a la vez se considera que generan una violación a la integridad psíquica de los familiares y las víctimas. La indemnización es mayor cuando se trata de niños o niñas. Se consideran asimismo dos tipos de víctimas: directas e indirectas.

En lo relativo a reparaciones, la carga de la prueba la tiene la presunta víctima, mas al considerarse un proceso especial, se disminuyen los requisitos formales. Se llega por ejemplo a considerar la indemnización de personas no identificadas y de personas cuya muerte no pudo ser atribuida al Estado.

Entre otras formas de reparación, se considera que la sentencia es una forma de reparación por sí misma. Adicionalmente, se presenta un acápite sobre satisfacción y no repetición. Esta forma de reparación incluye reparaciones simbólicas: construcción de monumentos, escuelas, placas, desagravio público de la víctima o sus familias, que el Estado pida perdón, publicación y difusión masiva de la sentencia. También existen medidas llamadas “de justicia transicional”, que son las más de las veces se quedan sin cumplir, sobre todo lo relativo al procesamiento de los responsables y la búsqueda de los restos de las víctimas³⁰. Estas medidas incluyen: la investigación de los hechos, la búsqueda de los responsables, la exposición de listas de detenidos, la capacitación de las fuerzas armadas y policiales y la tipificación del delito³¹.

Finalmente, como forma de reparación se puede solicitar la búsqueda de los restos de las víctimas y su entrega a las familias para su entierro, lo cual es sumamente importante por ejemplo en casos de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, cuando la familia no tiene certeza de si su ser querido se encuentra vivo o muerto y qué fue exactamente lo que le ocurrió y cuándo. También muchos desean darle una sepultura de acuerdo con sus creencias y no toleran la idea de imaginarse a su familiar en una fosa común.

Se ha presentado ideas también como el proyecto de vida o “el valor autónomo de al vida”, pero la primera no se siguió desarrollando luego del caso Loayza Tamayo, y la segunda fue una propuesta de los representantes de las víctimas nunca aceptada por la Corte IDH. La Corte ha tendido más bien a privilegiar desde finales de la década pasada formas de reparación que impliquen cambios institucionales, sobre aquellas que elaboran teóricamente sobre el valor de la persona humana.

Al final se da la etapa del cumplimiento de la sentencia. Anteriormente, la Corte IDH se desentendía relativamente del tema y quedaba en las víctimas y sus representantes presionar al Estado para el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, luego la Corte

³⁰ Tesis de Pacheco, entrevista a Juan Carlos Gutiérrez, ex director de CEJIL Mesoamérica, para investigación sobre reparaciones para George Washington University. Terminar cita.

³¹ Vid El Caracazo, Juan Humberto Sánchez y Trujillo Oroza. Completar cita.

estableció que el Estado debía rendir informes periódicos acerca del cumplimiento, y se supervisó más cuidadosamente esta etapa. Sin embargo, tal como se mencionó al inicio, no puede considerarse que el cumplimiento de las sentencias de la Corte sea la mejor. De los cuarenta y siete casos contenciosos sometidos a la Corte hasta el 2002, sólo 5 han sido archivados por haber cumplido con todas las etapas del proceso. Ellos son *Velásquez Rodríguez vs Guatemala* (y no se cumplió nunca con la parte de juzgar a los responsables), *Godínez Cruz vs Honduras*, *Aloeboetoe y otros* y *Gangaram Panday* contra Suriname (se requirió el mecanismo del artículo 65 de la Convención); y *Genie Lacayo vs Nicaragua* (por alguna razón el Estado hizo un pago por consignación, al no aparecer el familiar de la víctima) La regla es que no se cumplan los plazos fijados para el cumplimiento de la sentencia (y en algunos casos, la Corte no fija plazos) y no existen mecanismos efectivos de presión.

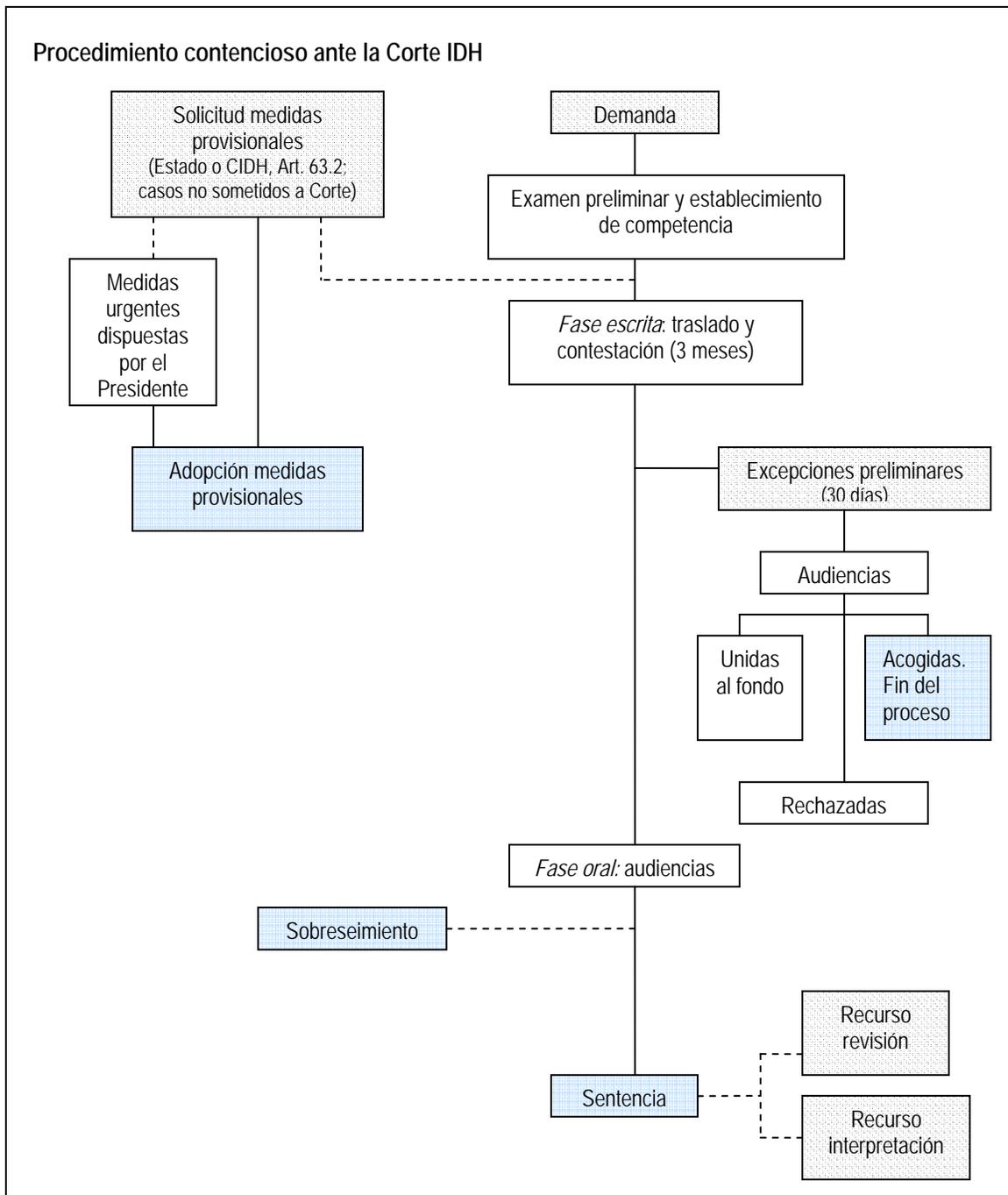
Para el efectivo cumplimiento de las sentencias, no sólo debe considerarse la sanción política o económica que proponen algunos, mas se ha puesto sobre la mesa el debate acerca de la forma en que proceden los Estados una vez que se ha emitido la sentencia. Es decir, cuáles son sus mecanismos internos para ejecutarla. Normalmente, de acuerdo con Gutiérrez³², el Estado asigna un representante: el cónsul, un fiscal, una persona parte de un órgano encargado del tema de derechos humanos en nivel de poder ejecutivo, etc. La forma en que se ejecute la sentencia sobre reparaciones es producto de la negociación y las medidas que se tomen en el momento; fruto del acuerdo entre los representantes de las víctimas y el Estado, además de la supervisión de la Corte y la CIDH. Así pues, ante el sistema interamericano, las víctimas y sus representantes deben tomar un rol muy activo, incluso después de emitida la sentencia o las recomendaciones de la CIDH, si el proceso es ante este órgano.

La Corte ha asumido nuevas prácticas, como las resoluciones de cumplimiento de sentencia, el solicitar informes a los Estados y a las víctimas, e incluso en un caso

³² Referencia del informe de 2003, la entrevista al Dr. Juan Carlos Gutiérrez (CEJIL) y agregarla a la bibliografía. Completar cita.

mencionó la posibilidad de realizar una audiencia pública (*caso El Amparo*) o se han solicitado medidas provisionales en fase de cumplimiento (*Loayza Tamayo*). Vale mencionar que no existen regulaciones para la fase de ejecución de sentencias, y con estas prácticas, la Corte pretende impulsar el cumplimiento y evitar mencionar la falta de éste en sus informes anuales, ya que lo que refleja es que no existe en la praxis sanción alguna, y que a los Estados parte no les interesa si un Estado no cumple con las sentencias sobre reparaciones.

Un detalle relativo a este punto, es observar los dos tipos de Estado que incumplen: el Estado rebelde (como Trinidad y Tobago, o Perú durante el régimen de Fujimori), y el que no cuenta con mecanismos técnico jurídicos suficientes para cumplir la sentencia. Esto último en teoría no debiera ser excusa para incumplir con las obligaciones internacionales, tanto de medios como de resultados, pero en definitiva el andamiaje institucional con que cuente el Estado para “recibir” la sentencia y ejecutarla es un punto que debe ser considerado, y que hasta ahora ha sido resuelto por innovaciones de la Corte y trabajo político de los interesados, más que por una normativa internacional o interna que rijan los procedimientos de ejecución.



Fuente: basado en Faúndez Ledesma (1996: 337)

Es importante mencionar que, debido a la excesiva lentitud que implica un procedimiento ante la Corte, las más de las veces los casos presentados se refieren a hechos ocurridos hace veinte años. Hay muchas razones para dicha lentitud. Uno de ellos es la falta de recursos de la Corte que hace que sesione pocas veces al año. Luego, está el hecho de que se requiere agotar los recursos internos existentes o probar la excepción a esa norma.

Agotar los recursos internos, piénsese en el caso costarricense, también puede ser un proceso de varios años.

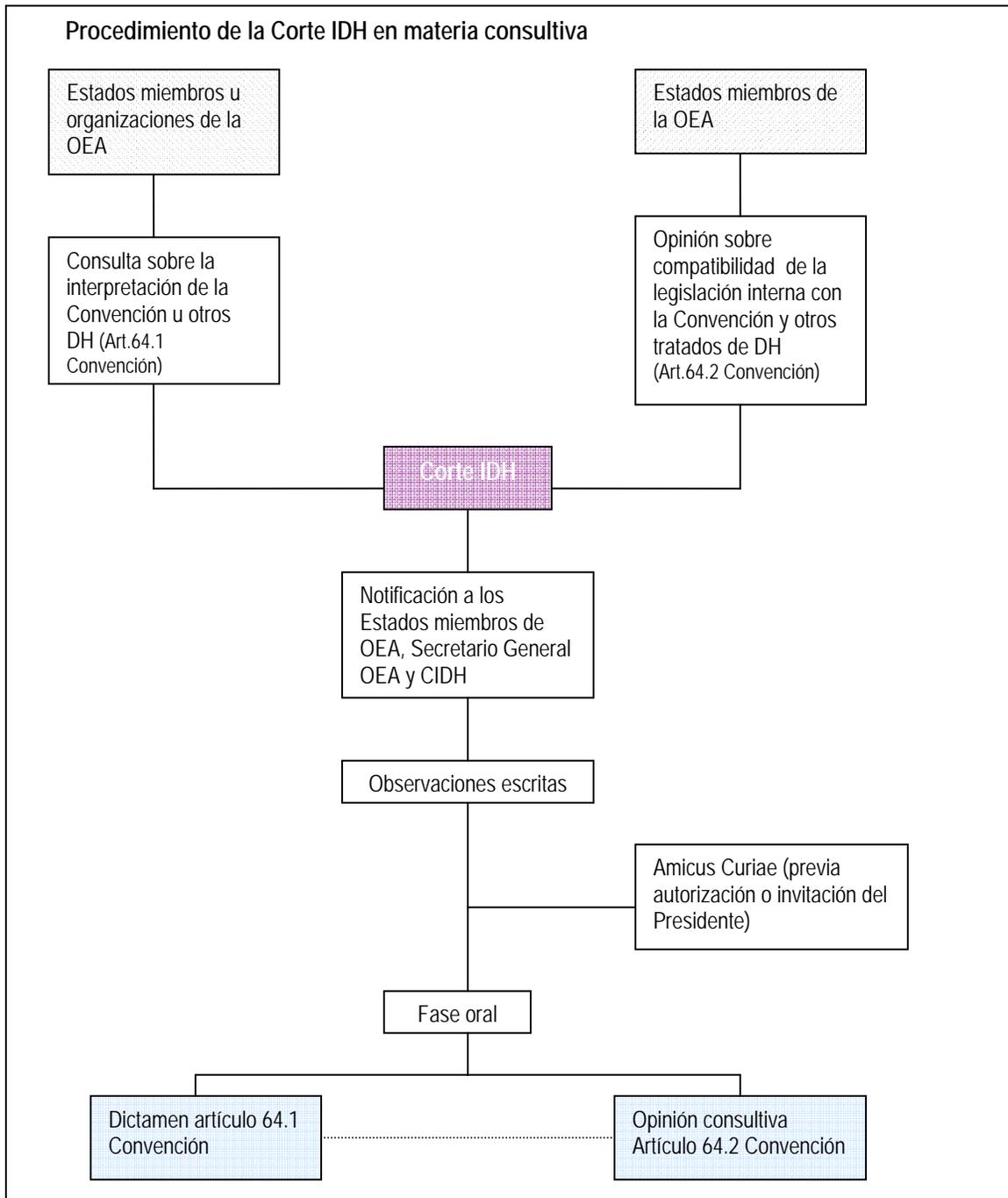
Una razón de peso para la lentitud del proceso, que no ocurre por ejemplo en el caso de la Corte Europea de DH, es que en el sistema interamericano es necesario llevar primero un procedimiento ante la CIDH que puede tardar muchos años. Ante la Comisión, meses transcurren en espera de respuestas de dicho organismo o del Estado. Así también, toma tiempo a las víctimas encontrar representantes en su país y especializados en la presentación de casos ante el Sistema Interamericano; recabar pruebas y no pocas veces necesitan medidas cautelares para continuar el proceso, pues las amenazas en Mesoamérica por ejemplo contra los defensores de DH y quienes denuncian al Estado han sido muy serias.

Un ejemplo de ello que conmovió a la burocracia internacional y a los abogados de DH que litigaban frente al sistema interamericano fue el “asunto” Digna Ochoa y Plácido con respecto al Estado de México, resuelto por la Corte IDH en el año 2001. Ochoa era una conocida defensora de DH en el marco del sistema interamericano quien durante mucho tiempo tuvo medidas provisionales. Cuando finalmente sus representantes decidieron retirárselas, por considerar que ya no eran necesarias, fue asesinada de un tiro en la cabeza por un desconocido que le disparó desde una ventana de su oficina, mientras Ochoa se encontraba trabajando frente a su computadora.

Los casos que se presentan ante la Corte, sobre todo durante las dos décadas pasadas, tienen una temática no muy diversa. Se tienen violaciones propias de los regímenes dictatoriales, autoritarios y corruptos de América Latina y sus secuelas, como por ejemplo desapariciones forzadas, torturas, ejecuciones extrajudiciales, genocidios, todo es traducido en violaciones a la libertad, a la vida, a la integridad física y psíquica, a las garantías judiciales y al acceso a recursos efectivos. Se han visto también violaciones contra la propiedad privada, en especial para el caso de pueblos indígenas, y casos de violaciones a la libertad de expresión, como La Nación vs. Costa Rica y el actual caso

contra el Estado de Venezuela. La CIDH ve una variedad más grande de casos y maneja un volumen mucho más abundante de ellos.

ii. Procedimiento consultivo



Fuente: Faúndez Ledesma (1996: 451).³³

³³ FAÚNDEZ LEDESMA da nombres distintos a las opiniones consultivas de la Corte IDH dependiendo de si se trata de una consulta sobre interpretación o una sobre compatibilidad. No obstante, la Corte IDH no

El artículo 64 de la Convención Americana faculta a la Corte IDH para emitir criterio sobre la interpretación de cualquier tratado firmado por un Estado parte que se relacione con DH. Puede incluso interpretar instrumentos de alcance más universal y que no son necesariamente tratados, como la Declaración Universal de DH. Así también, como ya se mencionó, el Estado parte puede preguntarle a la Corte IDH sobre la compatibilidad de una ley o proyecto de ley con las normas de la Convención, como fue el caso de Costa Rica y la colegiatura obligatoria de los periodistas. En este proceso, la Corte invita a todos los Estados y órganos legitimados a presentar sus observaciones por escrito.

La Corte IDH considera que el límite a su función consultiva es el impacto que pueda tener lo que resuelva en el sistema interamericano y el Estado involucrado. En este sentido, se reserva de emitir su criterio cuando considera que se está intentando resolver un asunto que debiera ser contencioso por la vía consultiva, o que pueden llegar a alterar el sistema de protección en perjuicio de la víctima, o finalmente, que se trate de llevar a vía consultiva un caso que está siendo conocido en un tribunal interno o ante la CIDH.³⁴

Faúndez Ledesma observa que el término “opinión consultiva” no es acertado, pues la Corte IDH misma ha interpretado que su competencia consultiva es una extensión de su función jurisdiccional.³⁵ Los asuntos que examina la Corte IDH en el ejercicio de esta competencia son conflictivos y la interpretación que dé tiene un carácter vinculante que no requiere de la aceptación expresa de ningún Estado.³⁶ El término “opinión”, dice Faúndez Ledesma, se tomó de la Corte Internacional de Justicia, cuyo criterio no tiene el valor que tiene el de la Corte IDH en el sistema interamericano. Sin embargo, la Corte IDH ha expresado en otra opinión que su función aquí es “asesora” y que no puede

hace la distinción y sus consideraciones en materia consultiva siempre se llaman “opiniones consultivas”.
Página?

³⁴ RODRÍGUEZ RESCIA, *op. cit.*, p. 22, citando la Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991 denominada “Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana de DH”.

³⁵ Específicamente menciona que su competencia consultiva es “un método judicial alterno de su carácter consultivo”, en su opinión consultiva OC/83 del 8 de setiembre de 1983 titulada “Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana)”. FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, p.425.

³⁶ *Ibid*, p.425.

considerarse que sus opiniones tengan la misma fuerza obligatoria que sus sentencias.³⁷ De modo que sostiene posiciones contradictorias con respecto al valor de sus opiniones consultivas.³⁸ Sin embargo, Faúndez Ledesma distingue las dos situaciones en la que se pide la interpretación de la Corte IDH sobre un instrumento, y en la que se le consulta sobre la compatibilidad de una norma interna con respecto a la Convención Americana. Pareciera que hay consenso en que en el segundo caso, la opinión de la Corte IDH aunque de peso, es facultativa.

³⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82 DEL 24 de setiembre de 1982 citada por Faúndez Ledesma, *ibid*, p.452.

³⁸ REVISAR ESTO CON LO MÁS NUEVO, PREGUNTAR.

Cuadro 1

Sistematización de las resoluciones de la Corte IDH seleccionadas: Hechos probados, argumentos de las partes, derechos violados y reparaciones.

Sentencia de la Corte IDH	Hechos probados	Derechos violados	Argumentos del Estado, la CIDH y los representantes de las víctimas	Reparaciones
<p>Comunidad Moiwana vs. Surinam 15 de junio de 2005.</p> <p><i>Jueces que integran:</i> -Sergio García Ramírez (presidente) -Alirio Abreu Burelli (vicepresidente) -Oliver Jackman -Antônio Cançado Trindade - Cecilia Medina Quiroga -Manuel Ventura Robles -Diego García Sayán</p>	<p>-Existencia de la comunidad N'djuka Moroon</p> <p>- Tierras de los N'djukas y ellos mismos son reconocidas por otros grupos étnicos pero el Estado no los ve como entidad jurídica.</p> <p>- Importancia para los N'djuka de (de acuerdo a perito antropólogo): sus tierras, restos de sus muertos, ritos funerarios, la justicia y responsabilidad colectivas,</p> <p>- De 1980 a 1986 hubo un régimen de facto militar en Surinam conocido por sus violaciones de DH.</p> <p>- En 1986, tropas militares opuestas al Gobierno (compuestas en gran medida por maroons) que se hacían llamar <i>Jungle Commando</i>, tuvieron enfrentamientos con las fuerzas armadas de Surinam. Esto ocurrió en el lado oriente del país, donde murieron al menos 200 civiles, la mayoría moroons.</p> <p>- La Corte IDH para el presente caso identificó 39 muertos</p>	<p>La CIDH consideró violados los derechos contenidos en los artículos 1.1 (obligación general de respetar los derechos), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana.</p> <p>La Corte IDH consideró que se violó el derecho contenido en el artículo 5 (integridad física y psíquica) a los familiares de las víctimas.</p> <p>Se violó la libertad de circulación y residencia (Art. 22) en conexión con el artículo 1.1. en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana.</p> <p>Se violó el derecho a la propiedad privada (art. 21) de los miembros de la comunidad Moiwana.</p> <p>Se violó el derecho a las garantías judiciales (art.8) y</p>	<p>Excepción preliminar <i>ratione temporis</i>: las violaciones ocurridas antes de la ratificación de la Convención (contra la vida y la integridad por masacre y torturas ocurrieron en 1986), no pueden ser conocidas por la Corte IDH. La CIDH de hecho alegó con respecto a ese tiempo, violaciones a la Declaración Americana únicamente y no pide a la Corte que aplique retroactivamente la Convención. Los representantes de las víctimas en realidad consideraron que se trataba de violaciones graves, masivas y sistemáticas, que además tienen carácter continuado, como la desaparición forzada.</p> <p>Excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos: Surinam tiene procesos penales y civiles a los que los demandantes pudieron haber acudido. A esto la CIDH responde que Surinam nunca respondió a las solicitudes de información ante la CIDH con lo cual aceptó tácitamente lo que decían las víctimas y además renunció su derecho a este recurso. La Corte IDH de hecho considera que Surinam perdió su derecho a presentar esta excepción por no hacerlo en el debido momento procesal.</p> <p>Excepción preliminar que</p>	<p>Se identificaron 102 víctimas a las que el Estado debe reparaciones y 28 que aún deben presentar medios adecuados de identificación.</p> <p>DAÑO MATERIAL: \$3000 a cada víctima por lo que implicó el desplazamiento. Aparte se verá la reparación de sus casas.</p> <p>DAÑO INMATERIAL: \$10.000 a cada víctima por los sufrimientos a los que fueron expuestos.</p> <p>OTRAS FORMAS DE REPARACIÓN (medidas de satisfacción y garantías de no repetición): a) investigar los hechos, identificar y procesar a los responsables y encontrar los restos; b) título colectivo de las tierras para la</p>

Sentencia de la Corte IDH	Hechos probados	Derechos violados	Argumentos del Estado, la CIDH y los representantes de las víctimas	Reparaciones
	<p>de la comunidad N'djuka y 130 sobrevivientes de una "operación militar" que se hizo en esa comunidad el 29 de noviembre de 1986.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los sobrevivientes huyeron por el bosque a la capital de Surinam y otras ciudades o bien llegaron como refugiados a la Guyana Francesa. Algunos de esos refugiados volvieron en 1993 y fueron ubicados en un lugar no apropiado - En ambas situaciones, la Corte IDH determinó que tuvieron una vida de miseria y pobreza donde no pudieron desempeñar oficios tradicionales que hacían en su comunidad. - En 1989 el Estado inició una investigación, pero "escapó" su único sospechoso y además encontraron una fosa común pero no quisieron identificar los cadáveres. - Hubo amenazas de muerte a investigadores que los obligó incluso a huir del país. - Un Comandante del Ejército Bouterse (del antiguo régimen) admitió ante la prensa que lo que ocurrió en Moiwana 	<p>el acceso a recursos judiciales efectivos (art.25) en el marco del presente caso.</p>	<p>la CIDH no presentó la demanda a tiempo. El Estado en realidad junto con la CIDH, pidieron 2 prórrogas, y por principio de estoppel el Estado luego no puede alegar violación procesal a raíz de un beneficio solicitado. Además, la CIDH presentó la demanda en tiempo luego de esas prórrogas. La Corte IDH rechaza esta excepción, que de hecho no tenía ningún sentido.</p> <p>Excepción preliminar: la CIDH concluyó violaciones distintas a las que dieron lugar a la admisibilidad del caso (El Estado considera que la CIDH declaró violaciones a la Declaración Americana solo hasta el final). Se rechaza porque la Corte IDH es un tribunal separado y decide qué conoce y cómo lo interpreta, independientemente de lo que haya dicho la CIDH en diferentes momentos.</p> <p>Excepción preliminar: desigualdad procesal porque la CIDH no le presentó ciertos anexos. La Corte IDH responde que eso no compromete su derecho de defensa porque en el procedimiento ante la CIDH, Surinam no se preocupó por defenderse.</p> <ul style="list-style-type: none"> - En cuanto a la violación de la integridad física, el Estado no se pronunció. - En cuanto al derecho de libre circulación y residencia, el Estado dijo que los sobrevivientes no volvieron a asentarse como comunidad, que muchos se encuentran 	<p>comunidad y no perturbar el uso y goce de la propiedad antes que se dé el título; c) garantías estatales de seguridad para los miembros de la Comunidad; d) fondo de desarrollo de un millón doscientos mil dólares para programas de salud, vivienda y educación para los miembros de la Comunidad en razón de los problemas sufridos con el desplazamiento; e) disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional; f) diseño y construcción de monumento para recordar la masacre que debe ser ubicado y hecho de acuerdo con lo que las víctimas decidan.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pago de costas y gastos procesales por el monto de \$45 mil dólares a dos asociaciones que llevaron el caso ante la Corte.

Sentencia de la Corte IDH	Hechos probados	Derechos violados	Argumentos del Estado, la CIDH y los representantes de las víctimas	Reparaciones
	<p>fue responsabilidad del ejército, que no iba a permitir que la policía civil investigara y que su ejército liberó al sospechoso.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Surinam promulgó una Ley de Amnistía en 1989. - Grupos organizados alrededor de la masacre intentaron impulsar acciones penales sin resultado. - En el 2004, Surinam reformó el Código Penal para decir que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. - Los N'djuka no pueden volver a sus tierras hasta no sentirse seguros y hasta no aplacar a sus muertos. 		<p>en el área noroeste y se pueden desplazar libremente por el país, y que el Estado nunca ha recibido notificación que estas personas hayan sido intimidadas u objeto de hostilidades.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El Estado no se refirió a la violación al derecho a la propiedad privada. Este alegado fue presentado por los representantes de las víctimas (no la CIDH), considerando que la violación a la propiedad es un delito continuado, el desplazamiento es una violación, que el Estado no ha facilitado los medios legales para que los N'djuka tomen posesión de esas tierras y les ha denegado justicia lo cual les impide volver. Consideraron que el derecho establecido en el artículo 21 de la Convención puede extenderse a la propiedad colectiva de pueblos indígenas. - En cuanto a la violación a las garantías judiciales y el acceso a los recursos efectivos, el Estado respondió diciendo que sí existen esos recursos pero no han sido solicitados. Que desde el 2002 hay una investigación seria, que no pudo hacerse bien en 1989 porque no había estabilidad democrática. Asimismo, Surinam defendió su Ley de Amnistía diciendo que leyes similares han sido respaldadas por organismos como la OEA 	

Sentencia de la Corte IDH	Hechos probados	Derechos violados	Argumentos del Estado, la CIDH y los representantes de las víctimas	Reparaciones
			<p>y que esa ley no aplica para crímenes de lesa humanidad.</p> <ul style="list-style-type: none"> - En cuanto al daño material e inmaterial, el Estado dice que no se calcula de manera apropiada por parte de la CIDH y los representantes de las víctimas y que se intenta mediante rodeos obligar al Estado a pagar por daños ocurridos antes de la ratificación de la Convención. - En cuanto a otras formas de reparación, el Estado dice que hay una investigación en curso, que a la comunidad Moiwana no se le ha impedido volver a sus tierras y que ellos pueden seguir practicando su cultura y sus modos tradicionales de sustento como la agricultura, que es lo que de hecho hacen. También la CIDH y representantes no lograron probar que hay gente involucrada con esa masacre aún en el Gobierno. - En cuanto a costas y gastos, El Estado consideró que no procedía su cobro al Estado. 	
<p>La Cantuta vs. Perú <i>Jueces:</i> Sergio García Ramírez (Presidente) Alirio Abreu Burelli (Vicepresidente) Antônio Augusto Cançado Trindade,</p>	<p>- Las ejecuciones arbitrarias y desapariciones fueron una política estatal contra-subversiva durante el régimen de Fujimori, sobre todo en los años 1983-1984 y 1989-1992. - Descripción en</p>	<p>En el presente caso, la CIDH consideró violados los derechos establecidos en los artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la</p>	<p>Los representantes de las víctimas y la CIDH presentaron amplia prueba documental y testimonial a la Corte IDH y sus argumentos en este caso no son particularmente relevantes pues no contrastan con lo dicho por la Corte IDH, excepto que esta última no admitió el argumento de la</p>	<p>La Corte IDH ordenó el pago de sumas entre \$5000 y \$25000 a los familiares de las víctimas por concepto de daño material. Para la fijación del monto, la Corte IDH dice</p>

Sentencia de la Corte IDH	Hechos probados	Derechos violados	Argumentos del Estado, la CIDH y los representantes de las víctimas	Reparaciones
<p>Cecilia Medina Quiroga Manuel E. Ventura Robles Fernando Vidal Ramírez, (Juez <i>ad hoc.</i>)</p> <p>29 de noviembre de 2006</p>	<p>puntos 80.3 y 80.5 del protocolo exacto que seguía el ejército para desaparecer y eliminar personas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existencia del "Grupo Colina", escuadrón de la muerte parte del ejército y bajo la orden directa de Montesinos y en algunos casos Fujimori, cuyos efectivos se identificaron como los perpetradores de los hechos delictivos en este caso. - Una noche de julio, militares del grupo Colina, en coordinación con otras secciones del ejército, irrumpieron en las residencias universitarias y se llevaron a 9 estudiantes y un profesor, que nunca fueron vueltos a ver. Eran estudiantes jóvenes de áreas como Matemáticas, Educación, Ciencias Naturales, Arte y Educación Física. - La universidad ya había sido intervenida militarmente desde hacía unos años y era una universidad que recibía jóvenes sobre todo de clase media y bajos recursos. - Luego de lo ocurrido, los familiares de las víctimas y otros grupos presentaron 	<p>vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. de las víctimas de la desaparición. De estos la Corte IDH consideró violados todos, menos el derecho a la personalidad jurídica. Así también, se consideraron violados los derechos a la integridad física, las garantías judiciales y la protección judicial de los familiares de las víctimas citados en la sentencia.</p>	<p>violación a la personalidad jurídica, mas es obvio que el contenido de ese derecho no tiene nada que ver con el caso de marras y la Corte ni siquiera se preocupó por elaborar al respecto.</p> <p>El Estado por su parte se allanó con respecto a los hechos y casi todos los aspectos de derecho. No se allanó con respecto a las reparaciones. Tampoco con respecto a la violación de la integridad física y psíquica de los familiares, algunos hechos en relación con la violación de las garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de las víctimas y sus familiares. Finalmente, no se allanó con respecto a la violación del deber establecido en el artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) porque consideró que las leyes de amnistía ya habían sido declaradas sin efectos jurídicos en Perú desde la sentencia Barrios Altos y no hay nada más que hacer al respecto.</p> <p>Con respecto a la violación de las garantías judiciales y la protección judicial, el Estado expresó lo siguiente: debe tomarse en cuenta el cambio de conducta de Estado luego del 2000, cuando se entra en un proceso de redemocratización; la creación de Comisiones de la Verdad; los procesos penales abiertos relacionados con los hechos del caso; ya se sancionó a quienes antes obstaculizaron el caso en</p>	<p>haberse basado en: nexo causal de los familiares con los hechos, jurisprudencia de la Corte, alegatos de las partes, circunstancias del caso (punto 213).</p> <p>Por daño inmaterial, la Corte consideró que ya el Estado había pagado una suma a las víctimas desaparecidas. En cuanto a sus familiares, asignó el pago de sumas entre los \$58,000 y los \$20,000. Este fue una aplicación "<i>razonable</i>" del "<i>arbitrio judicial y términos de equidad</i>", (puntos 216-220) tomando en cuenta la prueba y la definición de daño inmaterial.</p> <p>- Otras formas de satisfacción: investigación de los hechos, identificar, juzgar y sancionar a los responsables; búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas; acto de reconocimiento de</p>

Sentencia de la Corte IDH	Hechos probados	Derechos violados	Argumentos del Estado, la CIDH y los representantes de las víctimas	Reparaciones
	<p>diversos recursos judiciales: hábeas corpus, denuncias penales en el fuero común, el caso se llevó a una "Comisión de Investigación" del llamado "Congreso Constituyente Democrático" (que en realidad tenía como propósito encubrir estas prácticas de Estado), se encontraron fosas clandestinas y se trató de incriminar a miembros de Sendero Luminoso que fueron capturados. Entre esos restos de esta fosa secundaria se encontraron algunos de los de los estudiantes de La Cantuta.</p> <p>- Se dieron diversas investigaciones en el fuero militar pero al final los asuntos no encontraron salida y fueron sobreseídos.</p> <p>- En el 2005, Perú emite dos leyes de amnistía "autoamnistía" contra las cuales la Corte IDH se pronunció en el caso Barrios Altos, y que de hecho fueron consideradas en el Poder Judicial de Perú como nulas por ser inconstitucionales, si bien la Corte IDH ha insistido en que siguen surtiendo efectos.</p>		<p>esto siguiendo las recomendaciones de la CIDH; el Poder Judicial ahora es independiente y el Ejecutivo no puede ordenarle cómo llevar los procesos; la lentitud del proceso se debe a la cantidad de casos de violaciones de DH y el hecho de que se esté investigando ex altos funcionarios; ya se estableció que no hay cosa juzgada válida en el caso del fuero militar; el hecho de que Fujimori no esté obstaculiza la investigación y ya se ha pedido su extradición 3 veces a Chile (punto 132).</p>	<p>responsabilidad adicional a los que ya realizó el Estado en relación con La Cantuta; publicación de sentencia; tratamiento físico y psicológico para los familiares de las víctimas; educación en DH de los servicios de inteligencia, las fuerzas armadas y la policía nacional</p> <p>Pago de costas y gastos por un monto de \$40,000</p>
La Cantuta vs. Perú	N/A	N/A	Se exponen infra.	N/A

Sentencia de la Corte IDH	Hechos probados	Derechos violados	Argumentos del Estado, la CIDH y los representantes de las víctimas	Reparaciones
<p>(interpretación) 30 de noviembre de 2007</p> <p>Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente; Antônio Augusto Cançado Trindade, Cecilia Medina Quiroga Manuel E. Ventura Robles Fernando Vidal Ramírez, Juez <i>ad hoc</i></p>				

Fuente: elaboración propia a partir de información contenida en las sentencias de la Corte IDH de cita, disponibles en la página virtual de la Corte IDH. 2008.

ANEXO 2

Cuadro 2

Sistematización de la argumentación presente en las resoluciones de la Corte IDH seleccionadas (incluyendo votos razonados y concurrentes)

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
<p>Comunidad Moiwana vs. Surinam 15 de junio de 2005.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - <u>La Corte IDH consideró que <i>no</i> tiene lugar la excepción <i>ratione temporis</i> porque si bien la masacre ocurrió antes de la ratificación de la Convención y de la aceptación de la competencia de la Corte IDH, hay una suerte de violación continuada luego de la masacre. Esto es, hay una obligación pendiente de investigar, que se extiende hasta el momento en que Surinam adquiere sus obligaciones como Estado parte de la Convención. Entonces, no se aplica el principio de irretroactividad establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Art.28)</u> - Por otra parte, la imposibilidad de las personas desplazadas de volver a sus tierras y la denegación de justicia son hechos que se extienden hasta el presente, se dan luego de 1987 y pueden ser conocidos por la Corte IDH. - <u>La Corte IDH consideró que se violó la integridad física y psíquica de los familiares</u> por sufrimiento material, psicológico, “espiritual” y económico: denegación de justicia (considerada por la Corte IDH como una fuente de sufrimiento), familiares acosados por el espíritu de sus muertos, que además les impide volver a sus tierras, no poder enterrar a sus familiares e incluso posibilidad que los hayan incinerado (lo cual es malo), desplazamiento forzado que perturbó sus vidas. - <u>La Corte IDH consideró violaciones a la integridad personal, incluso cuando este derecho no fue alegado por la CIDH y aunque los hechos ocurrieron antes de la ratificación de la Convención</u>, porque consideraron que en el Derecho Internacional, bajo el principio <i>iura novit curia</i>, los jueces pueden referirse a otros derechos; porque podía considerarse violada la obligación de investigar de las víctimas fallecidas, que continúa incluso luego de lo ocurrido en 1986; porque los 	<p>Cançado Trindade</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ PROPIEDAD PRIVADA SOBRE LA COLECTIVA. La propiedad colectiva de las minorías o colectividades es respetada, dada la dimensión colectiva de los derechos, pero el titular de los derechos es el individuo, bajo la tesis de la colectividad como conjunto de individuos. <i>Se respeta la sensibilidad de los pueblos para el caso de la propiedad colectiva, pero se impone la idea de propiedad privada.</i> Ref: sentencia <i>Awas Tigni vs. Nicaragua</i>. P.3 ▪ RAZÓN DE SER DE DERECHOS COLECTIVOS. La idea de proteger los derechos colectivos de pueblos indígenas se justifica en sus inicios como una reivindicación occidental al maltrato que se les dio. P.4 ▪ IDENTIDAD CULTURAL COMO SUSTRATO DE DERECHO A LA VIDA. El desplazamiento forzado y consecuente desarraigo, es un problema de DH (¿no solo de Derecho Humanitario?) pues atenta contra la identidad cultural de las personas, que es el contenido sustantivo del derecho a la vida. P.4 ▪ DIGNIDAD COMO DERECHO. El desarraigo también atenta contra el derecho a la igualdad ante la ley, la no-discriminación, la educación, la dignidad humana, la familia manteniéndose unida. P.5-6 ▪ SOLUCIÓN NORMATIVA ALIVIA LOS PROBLEMAS DE LA MIGRACIONES MASIVAS EN AMÉRICA. Importancia que los Estados ratifiquen el rico patrimonio jurídico creado para proteger los derechos de los migrantes y desplazados. P.6-9 ▪ CONFLICTOS POLÍTICO-SOCIALES EN LENGUAJE DE DH. Las atrocidades ocurridas a lo largo de la historia se deben a las violaciones de los DH. P.8. ▪ SER HUMANO ES SER COMPASIVO CON LOS MÁS DÉBILES. Teoriza acerca de la condición humana (siempre sufriente), la naturaleza humana, el propósito de la vida.

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
	<p>familiares de las víctimas también sufrieron violaciones a su integridad por hechos ocurridos luego de 1986. (puntos 91-93)</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>La Corte consideró que se violó el derecho a circulación y residencia porque</u> el temor que tienen los miembros de la comunidad de volver dado que podría el Estado atentar contra su vida e integridad, sumado a sus ancestros enfurecidos que no los dejarían en paz porque la tierra no ha sido purificada, les impiden volver a sus tierras (punto 118). Al no dar el Estado las condiciones para que las personas vuelvan, están restringiendo sus derechos. Hay una limitación de facto para estas personas a volver "en forma segura y con dignidad" a las tierras hacia las cuales tienen apego y dependencia, y esto es el miedo (puntos 119-120). Citan un precedente del Comité de Naciones Unidas para apoyar su tesis (punto 116). En cuanto a este derecho, de nuevo no fue alegado ni por la CIDH ni por los representantes de las víctimas, pero luego de considerar los hechos, la Corte decidió analizarlo y alegarlo violado. - <u>La Corte consideró que se violó el derecho al uso y goce de la propiedad del pueblo Mowana</u> porque aunque las tierras son del Estado, esta comunidad tiene un vínculo profundo con su tierra y la posesión de ella es reconocida por los clanes N'djuka y pueblos indígenas aledaños. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, esto debe bastar para que el Estado les dé título de la tierra. No son pueblos indígenas pero no importa porque están compenetrados con la tierra (sin la cual se sienten inseguros y sin bienestar) y tienen una visión de propiedad colectiva. - <u>La Corte IDH consideró que se violaron los derechos a las garantías judiciales y los recursos judiciales efectivos por los siguientes motivos:</u> retardos injustificados en las investigaciones, las cuales debían tener los estándares mínimos que ha fijado la Corte IDH en su jurisprudencia (ver punto 149); los militares admitieron culpa y no se hizo nada al respecto; el Estado tenía la obligación de iniciar una denuncia penal de oficio y no lo hizo. La Corte nota que es un caso difícil, debido a las circunstancias en que se dio (régimen militar, zona aislada, etc. – punto 167) pero 	<p>Humanización de una sociedad se mide de acuerdo a cómo trata a los más débiles, donde "humanizar" significa ser bueno con los demás, en un sentido digamos cristiano. P.9.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ DERECHO HUMANO AL ENTIERRO DIGNO. Los familiares tienen derecho a enterrar a sus muertos, y estos tienen derecho a ser enterrados conforme a sus creencias. El no permitirlo es causar un daño espiritual. P.9 ▪ LA MASACRE COMO VIOLACIÓN DE NORMAS PÉTREAS. La masacre es de acuerdo con el derecho internacional una violación de todas las obligaciones y del cuerpo de jus cogens. P.10 ▪ GRAVEDAD DE VIOLACIONES. Las violaciones son más graves cuando son sobre grupos vulnerables, sujetos indefensos, o cuando se trata de violaciones masivas y sistemáticas. p.10. ▪ CRÍMENES DE ESTADO. El Estado puede cometer crímenes (Derecho Penal) porque la responsabilidad individual y la del Estado coexisten y son complementarias. P.11 ▪ LA NECESIDAD DE ESPIRITUALIDAD ES ABORDADA POR EL DERECHO INT. DE DH, PERO ESTE ES ATACADO POR LOS MATERIALISTAS. Considera que en la "posmodernidad" (la época actual) hay una falta de espiritualidad (solo preocupación por armas, acumulación de riqueza y deshumanización) y el Derecho Internacional de DH intenta abordar esta falta de espiritualidad. No obstante, es atacado por quienes lo deconstruyen, que son los mismos que acumulan y usan la fuerza. P.11. ▪ UNA MORAL DE MUERTE. Propone un elemento de moral universal: todo individuo es condicionado y dominado por pensamientos sobre su propia mortalidad. P.11. = juicio moral. ▪ LA "POSMODERNIDAD" HEDONISTA Y DEL CULTO A LO EFÍMERO VS. LA ANTIGÜEDAD DEL ETERNO RETORNO Y EL RESPETO A LA MUERTE. Contraste entre el tiempo circular y la consideración de la muerte en ciertas culturas y del individuo y lo que está fuera de él (¿epistemología clásica?), con la no consideración de ese fenómeno en la actualidad, que solo se preocupa por el disfrute inmediato e irrespeto a los ancianos y come comida rápida y todo lo hace rápido. P.12-13. = juicio moral.

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
	<p>la inestabilidad democrática o cualquier otro tipo de situación de conflicto no es una excusa para que el Estado incumpla sus obligaciones internacionales (punto 153). Asimismo la Corte IDH expresó que ninguna ley de amnistía o prescripción podía obstaculizar las órdenes que diera la Corte IDH en su resolución.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ IMPORTANCIA DE LA CREENCIA EN UN ESPÍRITU TRASCENDENTAL PARA LA HUMANIDAD. En las culturas se reconoce la existencia del alma y su eternidad. P 13-14. ▪ CASOS MÁS IMPORTANTES DE LA CORTE SON LOS QUE TRATAN SOBRE LA EXISTENCIA Y LA MUERTE. Los académicos cerrados deberían ver la importancia del análisis que se hace de las culturas envueltas en casos de violaciones de DH en el marco del sistema interamericano en cuanto a lo que piensan de la vida y la muerte. P.14 La visión de la vida y lo que está después de ella, encarna valores fundamentales (p.20). ▪ TIEMPO, EXISTENCIA Y DERECHO: LOS MUERTOS SON PARTE DE LA HUMANIDAD porque tanto la vida como la norma (su creación, interpretación y aplicación) ocurren en el tiempo. P.14. ▪ EXISTENCIA DE UNA CONCIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL que es la <i>opinio juris communis</i>, y se asemeja al legado espiritual que pasa desde los ancestros y queda en la conciencia humana. P.16. ▪ LA CONCIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL ALIMENTA AL DERECHO INTERNACIONAL, QUE ES RESPONSABLE POR EL MEJORAMIENTO DE LA CONDICIÓN HUMANA. La creación del espíritu y el legado espiritual al resto de la humanidad es lo que nos sobrevive y así, se puede conceptualizar la muerte desde una perspectiva de DH. P.16. ▪ LA CONCIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL ENCUENTRA SUSTENTO EN LA RELIGIÓN. Todas las religiones alimentan esta conciencia jurídica, que no está localizada. P.16 ▪ LA PIRÁMIDE DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DH SE SOSTIENE SOBRE LAS PIEDRAS DE LA CULTURA y además ese componente cultural asegura la <u>efectividad</u> de los DH. P.17 La subjetividad cultural y la religión son fuentes para los DH. <i>Parecen convertirse en norma universal en una puesta en práctica de una operación kantiana</i> P. 22 ▪ SOLIDARIDAD TRASCENDENTAL: la solidaridad humana no es social, sino que va más allá para acoger a sus muertos. P.17. ▪ IMPORTANCIA DEL CRISTIANISMO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL. El derecho internacional tuvo una gran influencia de la

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
		<p>religión cristiana, y los “padres fundadores” (Grocio, Vitoria) promovieron una visión esencialista y universalista. P.19.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ DERECHO AL PROYECTO DE POST-MUERTE (como extensión al derecho al proyecto de vida creado jurisprudencialmente). Basado en el vínculo entre los vivos y los muertos, y porque una Corte de DH no puede ser indiferente a las manifestaciones espirituales de los seres humanos (<i>los DH tienen que ver con todo, parecen regularlo todo</i>). Se trata de tener el derecho de reencontrarse con los muertos, de tener una relación armónica con ellos. <p>EL DAÑO ESPIRITUAL como una forma agravada de daño moral, en la que se atenta contra lo mas íntimo de la persona humana “su ser interno y si creencia en el destino de la humanidad, sus relaciones con los muertos”. No requiere de reparación pecuniaria sino de otro tipo. Esta nueva categoría de daños encarna el principio de la humanidad en una dimensión temporal, la relación entre vivos y muertos y entre los vivos y los no-nacidos, las nuevas generaciones. En la consideración de este daño VIVOS Y MUERTOS SE CONSIDERAN IGUALMENTE, LA REPARACIÓN ES PARA AMBOS. P.21</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ DERECHO Y TIEMPO: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DH: La prescripción y la amnistía como obstáculos a la justicia (toma a Ricoeur: en el primer caso impide la posibilidad de la consideración de las consecuencias penales de un acto; en el segundo, borra el pasado como si no hubiera ocurrido). Necesidad de imprescriptibilidad de DH, eternidad de la búsqueda de justicia, eterno presente, pasado vivo, ética de la memoria, mantener la identidad viva. P.24 ▪ Gratitud como forma de justicia, deber de los vivos de recordar a sus muertos. P.25. =juicio moral. <p>Cecilia Medina Quiroga (voto concurrente al que se adhiere el juez García Ramírez)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Obligación del Estado tanto de ratificar normativa que garantice cumplimiento de obligaciones de DH, como efectivamente crear mecanismos y prácticas para garantizar y permitir el libre ejercicio de esos derechos. ▪ La jueza no concuerda con la Corte IDH en decir que el Estado tiene una obligación de

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
		<p>investigar amparándose solamente en el artículo 1.1 de la Convención Americana (obligación general de respetar los derechos) el cual solo tiene sentido mencionar en relación con otros derechos específicos, que serían el objeto de la garantía.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Esto incluso ocurre con respecto al artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), según lo ha establecido la misma Corte. ▪ Tampoco se deriva la obligación de investigar de alegar los derechos contenidos en los artículos 8.1 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial), porque la obligación de investigar no se deriva de estos derechos sino que estos derechos se derivan de esta obligación. La jueza alega que el artículo 8.1 especifica cómo debe darse la investigación cuando existe esa obligación y el artículo 25 alude a otros derechos violados. ▪ La obligación de investigar solo puede derivarse de la violación de un derecho humano positivo, que el Estado falle en no garantizarlo por acción u omisión. ▪ En el presente caso, se trata de la violación de los derechos a la vida y la integridad personal. Estos no pueden ser alegados porque la masacre y torturas se dieron antes de la ratificación de la Convención por parte de Surinam y de su aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH. ▪ La Corte IDH, según la jueza, se limita a decir que una vez que Surinam se sometió a su competencia, tenía pendiente la obligación de investigar. La señora jueza no obstante considera que el señalar esta obligación sin dar fundamento jurídico apropiado hay una arbitrariedad. ▪ Ella encuentra este fundamento que Surinam era Estado parte de la OEA al momento de los hechos, por lo que <i>"estaba sujeto al respeto y garantía"</i> de los derechos presentes en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual establece en el artículo I los derechos de la persona a la vida, la seguridad y la libertad de la persona. ▪ Luego, la Corte IDH ya estableció en su jurisprudencia que de las violaciones a esos derechos se deriva una obligación de investigar que permanece incluso luego de que ocurren los hechos (se basa en el artículo 1.1 de la Convención). De esta manera, queda pendiente hasta el momento en que Surinam acepta la competencia

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
		contenciosa de la Corte IDH.
<p>Sentencia La Cantuta vs. Perú</p>	<p>- <u>Se consideró que hubo una responsabilidad "agravada" del Estado</u> porque había una estructura de poder y normas particulares para la perpetración de las ejecuciones y las desapariciones. Fue una práctica sistemática perpetrada por las fuerzas armadas y ocultada por el poder judicial, el cual carecía de independencia (puntos 83, 92 y 93). También dicha práctica conllevó a la falta de las obligaciones de "investigación y protección"(punto 116). Cañado en sus votos llega a hablar de Estado criminal, no obstante la Corte IDH se limita a hacer ciertas comparaciones tenues entre ese Estado y un grupo terrorista, sea <u>Estado-terrorista.</u> (punto 97)</p> <p>- <u>El cuanto a la violación a la libertad, se consideró que no era necesario analizar las razones de la detención ni el procedimiento que se siguió, si hubo razonabilidad o proporcionalidad y demás elementos que observa la Corte IDH cuando analiza este derecho, pues era evidente la arbitrariedad y el abuso de poder por parte del Estado</u> (punto 109). En conexión con el artículo 1.1 (obligación general de respetar derechos), no se realizó la investigación de oficio que debía hacerse, y además los <i>habeas corpus</i> fueron rechazados por razones de "seguridad nacional".</p> <p>- <u>En cuanto a los secretos de Estado, la Corte IDH cita el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 2003, donde declaró que en materia tan delicada como DH, el Estado debe estar sometido a sus otros poderes, y los secretos de Estado no pueden pues "escapar a la ley". Con ello, establece un límite de legalidad a los argumentos de secretos de Estado, el argumento de seguridad nacional, interés público o confidencialidad de la información, en tratándose de DH.</u> (punto 111)</p> <p>- <u>En cuanto a la violación de la integridad física, psíquica y moral de las víctimas, la Corte IDH dijo que si bien no podía probarse que hubo torturas, la vulnerabilidad y desprotección en que se encontraban las víctimas al momento de ser capturadas y trasladadas constituyó una violación de este derecho. Cuando menos, sino torturados, el miedo, indefensión y angustia que pudieron haber sentido al ver a otros ser ocultados,</u></p>	<p>García Ramírez</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ JERARQUÍA DE DERECHOS. Ante la colisión de derechos (como el de plazo razonable con el de acceso a la justicia, sobre todo derecho de defensa), el tribunal debe tratar de conciliar ambos derechos para <i>"alcanzar la más amplia protección"</i> del titular de estos. No obstante en ciertos casos es necesario asignar "mayor jerarquía" (¿mayor valor?) a unos sobre otros para que haya <i>"una tutela material más completa de la persona"</i>. (puntos 14 y 15 del voto) ▪ LA CONSIDERACIÓN DE CONTEXTO PARA DETERMINAR LAS VIOLACIONES Y LAS REPARACIONES. García Ramírez justifica la contextualización del caso que realiza la Corte IDH pues dice que <i>"una consideración 'de contexto' que permite analizar los hechos violatorios dentro de su circunstancia"</i>. Alega que el contexto <i>"determina"</i> la aparición de las violaciones, sus características, significado y arraigo, y <i>"contribuye a la solución judicial"</i> tanto en lo relativo a la apreciación de los hechos y las reparaciones y garantías de no repetición. ▪ LA NECESIDAD DE CONTEXTO HISTÓRICO EN MATERIA DE DH. <i>"Pero una resolución en materia de derechos humanos, que pretende hacer luz sobre violaciones y prevenir nuevos atropellos, creando las condiciones que mejoren el reconocimiento y la práctica de los derechos fundamentales, no puede aislarse del medio ni dictarse en el "vacío". Este sentido "histórico" del litigio y esta pretensión de "trascendencia" de la resolución respectiva explican y justifican el "telón de fondo" que despliega la Corte al examinar un caso, como prefacio para la exposición de los hechos y referencia para la aplicación del derecho."</i> (punto 18) ▪ FUNCIÓN "ALECCIONADORA" Y "EJEMPLAR" DE LA JUSTICIA EN DH, LA QUE TIENE UN CARÁCTER PEDAGÓGICO Y MORAL. La justicia en DH es ejemplar y sirve para <i>"rectificar la política social"</i> y <i>"conocer la verdad"</i>. La justicia en DH tiene un carácter más <i>"social, pedagógico, histórico, moral que otras expresiones de justicia pública"</i> porque debe enseñar sobre las prácticas violatorias, factores de

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
	<p>ejecutados, etc., y prever su propio destino, ello constituiría un trato cruel, inhumano y degradante. También la Corte IDH consideró que el <i>modus operandi</i> utilizado y "la falta al deber de investigación" permitían "inferir" la violación de este derecho (punto 113)</p> <p>- <u>Con respecto al artículo 3 (derecho a la personalidad jurídica)</u> alegado por la CIDH, la Corte IDH citó otro de sus casos en que dice que no procede en casos de "<i>supresión de la persona humana</i>" (cuando a esta la matan), y que tal derecho tiene un "<i>contenido jurídico propio</i>". (Punto 119; se cito el caso <i>Bámaca Velásquez vs. Guatemala</i> de 2000 y el <i>Durand Ugarte vs. Perú</i> de 2000)</p> <p>- <u>La Corte IDH consideró que se violó el derecho a la integridad física, psíquica y moral de los familiares de las víctimas</u> porque ellos presentan "secuelas físicas y psicológicas" que han alterado sus relaciones laborales y sociales y sus dinámicas familiares hasta la fecha (punto 126). En el punto 125 se especifican las razones que causaron estos problemas (estigmatización como familia de "terroristas", demora en las investigaciones, no poder enterrar a los familiares, amenazas, etc.). En el punto 128 no obstante la Corte señala que en el caso de algunas hermanas y hermanos mencionados por la CIDH, era necesario aportar mayor prueba para declarar la violación de dicho derecho en su caso.</p> <p>- <u>En cuanto a la violación de la protección judicial y garantías judiciales</u>, consideró que dichos derechos se violaron en perjuicio de los familiares de las víctimas pues el Estado llevó el caso a fuero militar y no a fuero común (punto 145)</p> <p>- Así también, las personas consideradas autores materiales en el fuero militar no fueron llevadas a fuero común, por lo que todavía hoy lo ocurrido en fuero militar obstaculiza la investigación (punto 150). Con respecto a las nuevas investigaciones, la Corte IDH reconoció el esfuerzo, mas consideró que "<i>los resultados del proceso son bastante parciales</i>" en lo relativo a formulación concreta de cargos e identificación de los responsables (punto 147).</p> <p>- La Corte IDH da una definición de plazo razonable y considera que el Estado no cumplió con él, pues habían pasado 14 años desde que ocurrieron los hechos. También consideró que "<i>los requerimientos de la justicia prevalecen sobre los de plazo</i></p>	<p>vulneración de los DH, el padecimiento de las víctimas, reparaciones, "<i>conocimiento general de las faltas cometidas</i>" (punto 20) Revisa los "valores políticos y morales" de una sociedad y las "relaciones de poder entre el poder político y el ser humano" (Punto 21).</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ RESPONSABILIDAD AGRAVADA VS. RESPUESTA AGRAVADA. No es preciso decir que el Estado tiene "una responsabilidad agravada" cuando comete violaciones particularmente reprochables (<i>¿qué determina los niveles de reproche o gravedad de las violaciones?</i>). Es más preciso hablar de "<i>hechos que determinan la responsabilidad internacional del Estado y que ameritan, por su gravedad, consecuencias más rigurosas</i>". (punto 22-23) ▪ NUEVAS FORMAS DE SATISFACCIÓN: CAMBIOS AL ORDENAMIENTO INTERNO Y DE PRÁCTICAS POLÍTICAS. El juez resume la tendencia iniciada este nuevo milenio de la Corte de dar énfasis a medidas que impidan la comisión de más violaciones, como reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas y judiciales y agregaría, educación en DH para el poder judicial, la policía y el ejército. (punto 24) <p>Cançado Trindade</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ RESPONSABILIDAD AGRAVADA (cita la sentencia). La responsabilidad del Estado se agrava cuando se trata de un delito de lesa humanidad, cuando se trata de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado, y que implica un "<i>craso abandono de los principios esenciales en los que se fundamenta el sistema interamericano</i>". Así también, la responsabilidad se agrava en razón del contexto en que los hechos fueron perpetrados y las faltas a las obligaciones de protección e investigación. (punto 17 del voto) ▪ RIESGO O AMENAZA REAL QUE IMPLICAN DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO QUE VAN CONTRA LA CONVENCION. Desde caso <i>El Amparo vs. Venezuela</i> de 1997, este juez consideró que un Estado tiene una responsabilidad internacional "comprometida" por la

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
	<p><i>razonable</i>" (punto 149-150) pero no lo aplica a este caso.</p> <p>- Se pronunció sobre la cosa juzgada mencionando el precedente del caso Barrios Altos vs. Perú, en el que se establece que la cosa juzgada y consecuentemente el principio <i>non bis in idem</i> no proceden en determinados casos, como cuando el proceso estuvo viciado o sirvió para sustraer al responsable de su responsabilidad penal o para absolverlo (punto 153).</p> <p>- Ante una solicitud del Estado de "precisar los niveles de participación" punibles en casos de violaciones graves a los DH, en conexión con la obligación convencional de "castigar" a los autores materiales e intelectuales (<i>parece relacionarse con lo establecido en derecho humanitario e internacional penal de la responsabilidad de los superiores con respecto a la conducta de los subordinados, y la de los subordinados que se acogen a la justificación de haber recibido órdenes para no ser culpados</i>). Ante esto, la Corte IDH dice que no es un tribunal penal que le compete establecer la responsabilidad de los individuos particulares en "actos criminales" (puntos 155 y 156).</p> <p>- La Corte IDH afirmó que la prohibición de la desaparición forzada y su "correlativo deber" de investigarla y sancionar a sus responsables ha adquirido el carácter de <i>jus cogens</i> (punto 157)</p> <p>- La Corte IDH considera que bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención, en conjunto con las obligaciones regionales y universales, debe haber cooperación por parte de los otros Estados para que Fujimori sea procesado en Perú.</p> <p>- <u>En lo relativo al deber de adoptar disposiciones de derecho interno</u> (art.2°), la Corte IDH consideró que, durante el periodo en que las leyes de amnistía fueron aplicadas en relación con este caso, fue violado este deber en conexión con los derechos a la vida, integridad física, garantías judiciales y protección judicial y la obligación de respetar los derechos (art. 1.1). En la actualidad sin embargo, no se demostró que el Estado aplicara dichas leyes de amnistía que, en la sentencia Barrios Altos fueron consideradas incompatibles con la Convención y, por ende, inaplicables, nulas.</p>	<p>aprobación de una ley contraria a las convenciones internacionales de protección, o por la no adecuación de su derecho interno para cumplir tales obligaciones o la adopción de legislación necesaria para tal cumplimiento (punto 24) <u>Mencionó el caso Barrios Altos vs. Perú (2001) que fue el primero en que una Corte internacional decide que una ley de amnistía es incompatible con los DH y por ende carece de efectos jurídicos</u> (punto 26). Consideró en esa sentencia que las leyes de autoamnistía son contrarias a la Convención porque provocan la indefensión de la víctima y perpetúan la impunidad (punto 27) CAMBIAR LAS REGLAS DEL JUEGO EN LA JURISPRUDENCIA. apelar al espíritu de la convención. Crear nuevas reglas a partir de deducciones supuestamente, cuando son decisiones políticas las que están tomando, que nada tienen que ver con el espíritu de nada</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ LEYES DE AUTOAMNISTÍA VAN CONTRA LOS VALORES SUPERIORES Y SON UNA NEGACIÓN DEL DERECHO. Las leyes de amnistía van contra los valores/derechos superiores de la verdad y la justicia y por ende son inadmisibles. <u>El Estado fue concebido para la realización del bien común (Rousseau) y existe para el ser humano y no viceversa (utilitarismo).</u> "Las llamadas 'leyes' de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad." (punto 28 citando su propio voto concurrente en el caso Barrios Altos). Constituyen una negación al derecho pues atentan contra el bien común Hacen que la gente pierda su fe en los "verdaderos valores" y en la "justicia humana" (punto 31). <i>Bueno quién es ciudadano y quién es humano en un determinado régimen. Los terroristas no lo son, ni para la democracia, ni para la dictadura. La idea no es criticar todo, sino revelarlo como una decisión, y decir, que también la enaltecida democracia representativa oculta formas de represión y manipulación, también tiene sus propios monstruos</i> ▪ LAS LEYES DE AMNISTÍA NO EXISTEN. Cita un <i>amicus curiae</i> del Instituto de Defensa Legal en Lima, con el que está plenamente de acuerdo que dice que "las leyes de autoamnistía 'son inexistentes' toda vez que 'excedieron el límite intangible

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
		<p>(garantía de los derechos humanos)' constitucional, y, se 'ubicaron en un ámbito extrajurídico y extraconstitucional". <i>Este tipo de discurso se ve también en Costa Rica u es una demostración del carácter imaginario de las instituciones sociales, de las figuras del derecho como ficciones sociales. Ha de tenerse en cuenta que el aspecto funcional no debe superar al simbólico, aunque según Barthes esto sea lo usual en el lenguaje y otras formas. Porque la preeminencia de lo simbólico y el vaciamiento de contenido llevan al uso de la ficción como un efecto retórico, el cual llegará a cumplir una función ideológica de ocultar la decisión del enunciador y sancionar determinadas relaciones de poder.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES COMO LA ÚLTIMA ESPERANZA DE LOS OPRIMIDOS Y DESAMPARADOS. (Punto 40) ▪ LA VOCACIÓN UNIVERSITARIA es en parte el reconocimiento de la intangibilidad de los derechos inherentes de la persona humana (punto 41) ▪ EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO NORMA PÉTREA (<i>just cogens</i>) porque sin este no existe el estado de derecho. Espera que la Corte siga "construyendo jurisprudencialmente" más normas imperativas (punto 53). ▪ LA CONCEPCIÓN DE CRIMEN DE ESTADO Y EL JUSNATURALISMO. La idea de 'crimen de estado' conlleva al 'desarrollo progresivo' del derecho internacional pues presupone la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya violación es particularmente grave. La idea es promover unos valores universales que alimente al sistema jurídico internacional y mantenga un orden internacional (punto 57 citándose a sí mismo en su voto razonado de Prisión Castro Castro vs. Perú de noviembre de 2006). ▪ LA "CONSECUENCIA" EN TÉRMINOS DE REPARACIONES DE LAS VIOLACIONES AGRAVADAS SON OBLIGACIONES DE HACER tales como la investigación de los hechos, enjuiciamiento y sanción de los responsables por los crímenes de Estado (punto 59). ▪ LA VALIDEZ DEL DERECHO NO ES DETERMINADA POR SU EFECTIVIDAD: "El Derecho no deja de existir por la violación de

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
		<p>sus normas, como pretenden insinuar los "realistas" degenerados por su ineludible y patética idolatría al poder establecido. Todo lo contrario, el derecho imperativo (<i>ius cogens</i>) reacciona inmediatamente a dichas violaciones, e impone sanciones.". (Punto 59)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ NECESIDAD DE EXPANDER EL CONCEPTO DE 'VÍCTIMA'. Punto 60. <p>Vidal Ramírez</p> <p>(Como juez ad-hoc de Perú parece dar una posición política) Enfatiza la importancia que el Estado se haya allanado, reitera las violaciones cometidas y dice que el Estado "por su continuidad histórica" (sea aunque el régimen y Gobierno actual no sean culpables, lo heredaron del régimen pasado y asumen responsablemente la obligación en virtud del principio de continuidad de la Administración) asume dichas responsabilidades y obligaciones derivadas de los tratados internacionales, en especial los de DH.</p>
<p>La Cantuta vs. Perú (interpretación) 30 de noviembre de 2007</p>	<p>La interpretación de sentencia refiere a la precisión de los apellidos de una víctima y otro detalle formal en su sentencia con respecto a otra. Luego, la Corte IDH declaró inadmisibles la consideración de una "interpretación" de sus razones para no considerar como víctimas a otras dos personas. Expresó que con ello los representantes de las víctimas buscaban que la Corte IDH revalorara los hechos del caso y la prueba, cuando ya anteriormente se había decidido que no había suficiente prueba para considerarlos víctimas. Se refiere en particular a los hermanos de las víctimas cuyo perjuicio no había sido suficientemente probado, según la Corte.</p>	<p>Cançado Trindade</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ DIFERENCIA ENTRE PERSONA E INDIVIDUO, DONDE PERSONA ES UN ABSOLUTO TRASCENDENTE. Dice que de la teología se puede tomar el concepto de persona como un todo indivisible e incommunicable, inteligente y libre (punto 12). Toma de Maritain el concepto de individuo, que es entendido como 'fragmento individuado' de una especie, mientras que la persona está dotada de arbitrio y espiritualidad y por ende, es un todo independiente frente al mundo. Dice que no debe confundirse una noción con otra, pues el individualismo como doctrina fue un error (punto 15). La persona no puede reducirse al individuo y cada persona necesita las condiciones para ejercer y preservar su "libertad espiritual" (punto 16)—aunque luego también se habla de responsabilidad por sus actos libremente decididos. ▪ LA NECESIDAD DE OTRAS DISCIPLINAS PARA LA CORTE IDH. Para justificar su elaboración sobre el concepto de persona, expresa que para el derecho se ha hecho necesario ayudarse de otras disciplinas: historia ("la determinación de la verdad"), la filosofía (la realización de la justicia), la teología (el perdón como satisfacción de las víctimas), la psicología (la rehabilitación de las víctimas) (punto 14) ▪ EL PERSONALISMO. Dice que sus ideas

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
		<p>son forjadas por Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y sus precedentes son Pascal, Kant, Scheler, Jaspers, Bergson y Marcel. También menciona el personalismo solidarista de Mounier.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ UNIDAD DEL GÉNERO HUMANO. Bajo esta concepción la persona es: racional (y la rectitud es deseable), y de ahí se deriva la idea del bien común y la unidad del género humano (y por ende la universalidad, expresada en el derecho internacional). La unidad del género humano implica la indivisibilidad de la humanidad en el espacio y el tiempo. ▪ PERSONA COMO VALOR EN SÍ MISMO. La persona como dotada de conciencia, portadora de un valor supremo, más allá que el individuo. Es un ser viviente que se construye a sí mismo; no un ente abstracto, parte de una especie. ▪ PERSONA VIVE EN RELACIÓN CON OTROS. Oponer el personalismo solidarista al individualismo egoísta (Mounier). La persona concientizada social y espiritualmente, que entiende que no puede encontrar su "salvación" en sí misma, por lo que existe solo en relación con los demás. Primacía de la educación y la persuasión sobre la coerción, importancia de los valores. ▪ LA CONDICIÓN DE SUJETO COMO AFIRMACIÓN DE AUTONOMÍA. La condición de sujeto afirma la autonomía; el ser humano se relaciona con los demás y con su medio "guiado por su conciencia". Cada ser humano se "autoafirma" en esa condición. ▪ EL SUJETO DE DERECHO COMO UNA CONCEPCIÓN IGUALITARIA. Con este concepto el ordenamiento busca reglamentar la esfera de libertad de cada uno: "<i>en la realización de su proyecto de vida y sus propósitos</i>" que la persona respete el derecho de los demás. Es un concepto de igualdad porque se "equiparan" el débil y el poderoso, el rico y el pobre, el individuo y la colectividad. ▪ EL SER HUMANO ES UN FIN EN SÍ MISMO, Y FIN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. ▪ DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SUBJETIVOS. Considera que la idea de la persona como sujeto de derechos y la búsqueda del bien común se cristalizó con el Derecho Internacional de los DH y le permitió 'escapar' del derecho positivo y el positivismo jurídico.

Sentencia de la Corte IDH/fecha	Argumentos de derecho centrales en la sentencia	Argumentos centrales en los votos razonados de los jueces
		<ul style="list-style-type: none"> ▪ LOS DH COMO ANTERIORES Y SUPERIORES AL ESTADO. Los DH universales son superiores y anteriores al Estado y cualquier forma de organización político-social, e inherente al ser humano, oponibles al poder público. ▪ LA DIGNIDAD COMO LA BASE DE TODO. En la base de este “desarrollo” de los derechos subjetivos, los DH, el personalismo, está el principio/derecho a la dignidad humana, independientemente de su “condición existencial”. ▪ EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL VA ASOCIADA A LA DIGNIDAD HUMANA. ▪ DEFINICIÓN DE VÍCTIMA. <i>“persona humana victimada en los derechos que le son inherentes como persona”</i>. El Derecho Int. de los DH está orientado hacia las víctimas, hacia su protección. ▪ LA SENTENCIA IMPLICÓ UN RETROCESO EN EL TEMA DE REPARACIONES. Al pedir prueba adicional a los hermanos de las víctimas: <i>“la Corte prueba de lazos afectivos (entre las víctimas y sus hermanas y hermanos)? Los lazos afectivos no se prueban, se viven. ¿Quiere la Corte prueba del sufrimiento (de las hermanas y hermanos de las víctimas)? El sufrimiento no se prueba, se siente”</i>. En estos casos dice que no debe pedirse prueba por daño inmaterial, sino que debe haber una presunción en favor de los familiares de las víctimas (que ya ha establecido la Corte como afectados por estos delitos: padre, madre, hermanos, hijos, etc.) ▪ LA MALDAD HUMANA NO TIENE LÍMITES ▪ La noción de víctima directa y parte lesionada deben ir “evolucionado” y ampliándose en la jurisprudencia, para efectos de reparación., ▪ DH E INTERPRETACIÓN ‘HUMANISTA. No debe haber pragmatismo en lo relativo a protección de los DH sino principios y humanismo. Para ello, la interpretación debe tener fe en la razón humana y rechazar los enfoques de derecho “autoritario o hermético o dogmático”.

Fuente: elaboración propia a partir de la información contenida en las sentencias y los votos razonados y concurrentes de las sentencias seleccionadas, todo lo cual se puede encontrar en la página virtual de la Corte IDH. 2008.