

UACM

Universidad Autónoma
de la Ciudad de México

Nada humano me es ajeno

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

POSGRADO DE DERECHOS HUMANOS

MAESTRÍA EN PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Arqueología de los derechos humanos en América Latina:
Análisis semiótico de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos durante el período neoliberal**

T E S I S

PARA OBTENER EL GRADO DE

**MAESTRO EN DEFENSA Y PROMOCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

P R E S E N T A:

JERRY CHACÓN CHACÓN

D I R E C T O R

Dr. JOSÉ ENRIQUE GONZÁLEZ RUÍZ

Ciudad de México, agosto de 2020

SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO COORDINACIÓN ACADÉMICA

RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES

DERECHOS RESERVADOS ©

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

Dedicatoria

A la Tuminica

Resumen

Desde la configuración de los distintos sistemas internacionales de derechos humanos, se ha planteado hegemonícamente que la protección de los derechos de las personas está radicada en dichos órganos, los cuales se imponen como punto de referencia y modelo a seguir para las naciones del mundo; sin embargo, es poco el análisis que se realiza de estos organismos internacionales, de los resultados materiales en la vida de las personas del planeta, en función de la manera cómo dichas instituciones internacionales configuran y administran el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, la tesis desarrollada consiste en el análisis del funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los primeros doce casos abordados por este tribunal, lo que significa en tiempo 16 años, período en el cual se desarrollaron distintas prácticas de violación de derechos humanos en la región, por la imposición del modelo económico neoliberal. En este sentido, se analizan las sentencias de dicha corte, aplicándoles un análisis semiótico-crítico, lo que permitió desarrollar una antropología jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Realizar este trabajo implicó comprender otro tipo de historia de los derechos humanos, distinta a como se construye desde las historiografías tradicionales del derecho positivo de los derechos humanos, es decir, pasamos de observar las sentencias como monumentos o testamentos, a entenderlos como el resultado de hechos históricos que están expresados en dichas sentencias, en la relación entre lo que dicen y la manera como lo dicen; esto significó construir las sentencias como un objeto de estudio de tipo cultural, para poder extraerlo de las tradicionales exégesis y apologías. En este sentido, la conclusión a la cual llegamos, es que la manera en la cual la Corte Interamericana construyó sus decisiones sobre la responsabilidad de los Estados en materia de respeto y garantía de los derechos humanos, tiene una matriz económica que viene marcada profundamente por la concepción que considera a los sujetos como empresas, lógica que proviene del neoliberalismo, construido e impuesto a nivel global a partir de la segunda guerra mundial, pero con especial énfasis a partir de la década de los años setenta del siglo XX. Esta tesis busca al final de su desarrollo, responder una pregunta ¿por qué la reparación del daño en materia de derechos humanos se plantea hegemonícamente como una reparación de tipo pecuniaria, dejando de lado todos los aspectos que implican la vida humana desde una perspectiva integral? La respuesta a esta pregunta la encontramos observando cómo los jueces de la Corte construyeron sus justificaciones para establecer que los Estados debían reparar siempre en función de ciertas cantidades de dinero, calculadas a partir de criterios estrictamente económicos.

Palabras claves: derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, antropología jurídica, crítica jurídica.

Índice

Introducción	5
1. Discursos Sobre los Derechos Humanos	15
1.1. Sobre la Polisemia de los Derechos	15
1.1.1. Lo que se dice y lo que se hace en derechos humanos: derechos humanos, institucionalidad y sociedad.	18
2. Epistemología y Derechos Humanos	34
2.1 Derechos Humanos y Objetos de Conocimiento	34
2.1.1. Objetos centrados de las normas	34
2.1.2. Objetos centrados en procesos	37
3. Cultura y Derechos Humanos	54
3.1. Impugnación a Nuestra Socialización Básica en Derechos Humanos	54
4. Sobre la Historia de los Derechos Humanos	75
4.1. Debate Sobre el Dato Histórico en la Historia de los Derechos Humanos	75
4.2. Retrospectiva	86
4.3. Panorama General de Gestación del Derecho de los Derechos Humanos	91
5. La Historia y las Sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos	103
6. El Neoliberalismo Como Contexto Global	173
6.1. Punto Previo, Revisión Apresurada Sobre lo Legal en América Latina	173
6.2. Personas	181
6.3. Instituciones	186
6.4. Administración	195
6.5. Justicia	201
7. Arqueología de los Derechos Humanos	217
7.1. Fundamentos para una arqueología	219
7.2. Arqueología de sentencias	234
8. Ensayo	255
I	255
II	262
III	273
IV	284
V	290
9. Conclusiones	304
10. Referencias	320
11. Jurisprudencia	329

INTRODUCCIÓN

Genéricamente, la protección internacional de los derechos humanos se plantea como un campo de estudio y una práctica de carácter jurídico, en donde teóricamente la *comunidad internacional* (agregaciones de Estados), ha creado mecanismos para que los ciudadanos puedan presentar demandas en contra de los Estados, cuando éstos últimos han vulnerado derechos. Sin embargo, esta protección internacional no escapa a la propia problemática de las estructuras políticas nacionales, por el simple hecho de que estas instancias de carácter internacional son conformadas a partir de los Estados. En función de ello, estimamos que la manipulación (positiva o negativa) que hacen los Estados de los derechos humanos, se refleja en las organizaciones de carácter internacional y viceversa; por lo tanto, no se trata de entes que están más allá del *bien* y el *mal*, como lo plantean los publicistas en la materia. A la vez, dentro del ámbito netamente internacional, existen distintos organismos que observan y/o regulan distintos ámbitos de los países, organismos que están jerarquizados (por la vía del hecho o del derecho), y dicha jerarquización tiene incidencias en la comprensión internacional de los derechos.

En este sentido, el problema que hemos construido para el desarrollo de la presente investigación, consiste en observar el comportamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a las vulneraciones de derechos humanos en la región, durante el período de imposición del neoliberalismo ¿Cómo éste comportamiento se expresa en las sentencias, y cuál es la posición de dicho organismo frente a aquel modelo que es mucho más que

económico? Estimamos necesario valorar el desenvolvimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al neoliberalismo, porque su imposición ha sido identificado por los principales movimientos sociales de la región, como la fuente contemporánea de las vulneraciones de derechos que se producen en América Latina. Es por ello que nos interesa realizar una *arqueología* de las sentencias de la Corte Interamericana, tratando de buscar referencias acerca de la manera en que aquel modelo permea en las mismas, ya sea para su legitimación o para su contención; en este sentido, como estrategia de trabajo nos dedicamos a revisar las sentencias de excepciones preliminares, de fondo y reparaciones sobre los primeros doce casos que abordó este tribunal internacional, eso significó analizar las sentencias emitidas entre los años 1981 y 1997.

La selección realizada corresponde a los 12 primeros casos que llegaron a la Corte durante su primera década de trabajo, sin embargo, el período analizado es de 16 años, porque los casos tienen su periodo de abordaje por parte de la Corte, de esta forma, los casos que llegaron al finalizar dicha década, fueron resueltos en años posteriores. Esta cronología coincide con el período de imposición (llamamos imposición al momento en el cual inicia un tipo de dominación, el cual continúa posteriormente pero por los efectos represivos de este primer momento) del modelo neoliberal en la región. Hemos seleccionado la sede judicial, porque de acuerdo al sistema jurídico corresponde a la instancia central de la administración de lo jurídico, es el espacio *ideal* de esta esfera social. En esta selección que hemos realizado, trabajamos con sentencias emitidas en relación a casos donde siete países estuvieron involucrados: Costa Rica,

Honduras, Perú, Surinam, Venezuela, Colombia y Nicaragua. Siendo que los casos tratan sobre desapariciones forzadas y asesinatos.

Los derechos humanos, como una producción de conocimiento específica, requiere de reflexiones y debates permanentes. En un sentido político, porque esto permite afianzar a los mismos con bases democráticas y éticos-políticos. Pero además, porque epistemológicamente es necesario el debate, para que derechos humanos sean, eso que se enuncia con ellos. En términos concretos, porque en los últimos años, en el seno de la Organización de Estados Americanos, se generó un debate con respecto a la efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en dicho debate, participaron fundamentalmente los representantes de los gobiernos; la burocracia internacional; Organizaciones no Gubernamentales y académicos. Sin embargo, consideramos que la discusión ha sido limitada, porque las variables que han dominado en la misma, provienen del ataque o de la defensa irrestricta de la mencionada instancia regional de derechos humanos. En ambos casos, consideramos que han faltado criterios objetivos para evaluar el sistema, pues la defensa y la crítica se ha basado más en los intereses políticos de los factores que han participado en el debate, que en la condición de los derechos en América Latina. Ejemplo de esto último, es que los movimientos sociales y las organizaciones de base, que son las que luchan por la defensa de los derechos; o quienes son víctimas directas de las vulneraciones, no forman parte de éstas discusiones.

Nuestra hipótesis principal de trabajo, es que el neoliberalismo y las acciones que desarrollan las instituciones en función de este modelo, no

corresponde solamente a un problema de los Estados, sino que dicho modelo económico permea, vertical y horizontalmente todos los ámbitos institucionales. Por lo tanto, las decisiones que ha tomado la Corte Interamericana están influenciadas por el ambiente neoliberal, en su legitimación o en su combate. Sin embargo, para poder conocer estos aspectos, es necesario recurrir a herramientas de análisis mucho más integrales, que nos permitan conocer las significaciones que se expresan a través de las sentencias.

Para el desarrollo de esta investigación construimos un objeto de estudio que resultó de la intersección de tres áreas del conocimiento, o mejor dicho, de la aplicación de tres perspectivas analíticas para una comprensión más integral y compleja, de una producción humana. En función de ello, las perspectivas que entrelazamos para el análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son las siguientes:

a) Enfoque semiótico: porque se trata de conocer las significaciones que se construyen, en la manera en que se organizan los contenidos de las sentencias de la Corte Interamericana.

b) Enfoque jurídico: porque se trata del análisis de producciones institucionalizadas, que resultan de la aplicación de procedimientos, que autorizan la interpretación de normas, para la elaboración de las sentencias.

c) Enfoque antropológico-jurídico: porque se busca comprender la manera en que un determinado grupo de normas, es utilizado para el abordaje de un tipo de conflicto; por parte de un grupo de personas determinado.

En función de los aspectos anteriores, podemos decir que el objeto que analizaremos en la presente investigación consiste en: una producción institucional en la cual se expresan una serie de contenidos con el fin de abordar un conflicto determinado (vulneraciones de derechos humanos), los cuales tienen un significado jurídico, pero que a la vez expresan otros significados; pues la manera en que los productores de dicho objeto, organizan y jerarquizan los derechos, expresan el uso, y la intensidad de uso que hacen de los mismos. De esta manera, para analizar este objeto de estudio nos propusimos cumplir los siguientes objetivos:

a. GENERAL: analizar las decisiones que ha tomado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para comprender las significaciones que se construyen en la producción de sentencias por parte de dicho tribunal, durante su primera década de trabajo.

b. ESPECÍFICOS:

1. Debatir sobre los problemas teóricos metodológicos en la construcción de la historia de los derechos humanos.

2. Analizar los discursos que legitiman los derechos humanos, las implicaciones de los mismos y su vinculación con los procesos sociales, y los propios procesos de formación de dichos discursos.

3. Construir un marco analítico, que nos permita establecer los criterios mínimos para relacionar las condiciones sociales, económicas y políticas que se imponen con el neoliberalismo y las condiciones de los derechos humanos en la región.

4. Desarrollar un marco metodológico que nos permita realizar un análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en función de criterios semióticos, jurídicos y antropológicos.

5. Analizar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionando sus contenidos y el despliegue del neoliberalismo como proceso global.

El resultado de la investigación desarrollada, para el cumplimiento de estos objetivos está organizado de la siguiente manera.

Primero presentamos un capítulo en el cual plasmamos la discusión sobre los discursos que giran alrededor de los derechos humanos, y en este sentido, desarrollamos un debate que está enfocado en la interacción entre dos polos, uno que contempla a los derechos humanos en un sentido polisémico, mientras que otro lo valora en función de la univalencia de los derechos. Luego presentamos un conjunto de reflexiones sobre las diferencias entre lo que se dice sobre los derechos humanos y lo que se hace con los mismos, y de esta forma, argumentamos que el discurso que domina en la construcción oficial y pseudo-oficial de los derechos humanos es el que parte desde lo que se dice y no desde lo que se hace.

Seguidamente encontramos un capítulo que discurre sobre el problema epistemológico que está implícito en los derechos humanos; el capítulo se divide en función de los distintos objetos de conocimiento que implican las perspectivas que dominan en la comprensión de los derechos humanos, en este sentido,

observamos una perspectiva que está centrada en las normas, con su correspondiente objeto de conocimiento; otras perspectiva que se enfoca en los procesos. En relación a estas dos perspectivas, asumimos en la investigación la perspectiva de entender los derechos humanos desde un enfoque que los centra epistemológicamente en procesos; a partir de ello nos posicionamos desde una antropología jurídica.

Continuando con las reflexiones, relacionamos en un tercer capítulo la cultura y los derechos humanos, y en este sentido, asumimos un análisis de la cultura de la modernidad y cómo de la misma surgen los derechos humanos, como un producto cultural. Posteriormente, como cada cultura implica entonces un sujeto particular, describimos al sujeto moderno al cual se le adjudican culturalmente –pero también ideológicamente– aquellos derechos que surgen con la modernidad.

Los debates que se desarrollan en los primeros tres capítulos, nos llevan a reflexionar sobre la historia de los derechos humanos, la manera en que se ha escrito dicha historia, en función de ello, reflexionamos sobre el dato histórico en dicha construcción histórica, criticando sólidamente el problema de que la historia de los derechos humanos se ha construido a partir de una historia de las *ideas*, en donde se realiza repetidamente una cronología de monumentos y testamentos. Así llegamos una retrospectiva sobre algunas significaciones importantes de lo que genéricamente se define como historia de derechos humanos. También hacemos una síntesis muy comprimida del panorama general de gestación de los mismos.

En un quinto capítulo, hacemos una descripción las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el mismo, intentamos narrar una historia distinta a la que se presenta tradicionalmente. Porque cuando observamos la manera como se construyen las cronologías de los derechos humanos, vemos siempre, una serie de fechas relacionadas con la producción de documentos sobre los derechos humanos. Por ello, en este capítulo, lo que intentamos hacer es extraer otra cronología pero a partir de las propias sentencias, de esta forma, el resultado obtenido no es una continuidad de sentencias, sino un conjunto de hechos que sucedieron en América Latina entre inicios de los años ochenta y mediado de los años noventa del siglo XX, sobre los cuales los jueces de un tribunal internacional dijeron e hicieron algo.

Luego, procedemos a plantear al neoliberalismo como contexto general en el cual se producen los hechos que fueron narrados. De esta manera, primero hacemos una referencia general a la manera como se construyó el derecho en las naciones latinoamericanas; para pasar a hablar de cómo se despliega el neoliberalismo en la región, debatiendo principalmente con aquellas posiciones que asumen que dicho modelo implica la desaparición del Estado, ante lo cual nosotros advertimos que no se trata de la desaparición de la entidad política sino de su transformación; además, observamos sobre las interpretaciones que se hace de los derechos humanos desde la corriente neoliberal. Posteriormente vemos como la noción de mercado y competencia domina en el neoliberalismo, dominando también sobre -y trastocando- los derechos humanos, la consecuencia de ello es que en función del neoliberalismo no hablamos solamente de

vulneraciones, sino de destrucción, transformación, limitación de los derechos, desde un discurso de derechos. También hacemos referencia a los mecanismos institucionales de imposición del neoliberalismo a nivel global, y los procesos de represión propios de este período. Por último, lo que significa el dinero como mecanismo de equidad dentro de esta concepción.

Pasamos posteriormente a construir un modelo para el análisis semiótico de las sentencias como una producción cultural, lo que significa, la construcción de los elementos básicos para poder analizar arqueológicamente dichos objetos, entendiendo que las mismas (descritas en el capítulo quinto), tienen como contexto de aparición lo que desarrollamos en el capítulo sexto, pero para poder entender esas conexiones y desconexiones se debe tener un sólido marco de análisis, y ello es lo que intentamos construir en este séptimo capítulo. En este sentido, explicamos lo que implica esta arqueología, la cual tiene aspectos fundamentales que provienen de la semiótica y del análisis de las significaciones. Pero para poder hacer el enlace entre esta propuesta y el objeto de estudio que analizamos, requirió del esfuerzo teórico de comprender y proponer a las sentencias como un texto similar a otros textos, y por lo tanto susceptible del análisis que se le aplica a otros objetos análogos.

Partiendo de lo desarrollado en el capítulo séptimo, se presenta en el octavo capítulo, el análisis de las significaciones que se observaron en la construcción de las sentencias, en este sentido, lo que se presenta es la conexión de las sentencias con otros mundos externos e internos, mundos dominados por el neoliberalismo. De esta manera, a lo largo de este capítulo intentamos explicar

cómo se articulan los significados que están contenidos en las sentencias, para de esta manera poder decir si el neoliberalismo ha permeado o no dichos textos judiciales.

1. Discursos Sobre los Derechos Humanos

1.1. Sobre la Polisemia de los Derechos

Los derechos humanos se pueden comprender en varias dimensiones y en función de ello es necesario resaltar el carácter polisémico de los mismos; derechos humanos ha servido para designar una gran variedad de fenómenos, los cuales, en algún momento y espacio eventualmente pueden coincidir; pero en otros, pueden corresponder a contrasentidos que se fundan en las contradicciones propias de la sociedad. Coincidimos con González N. (2002), cuando describe esta característica; sin embargo, nos alejamos un tanto de su posición, porque este autor afirma que derivado de dicha circunstancia, se necesita partir de una concepción especializada de los derechos para no banalizarlos; porque de acuerdo con aquél:

Tal proliferación se presta como todos los temas recurrentes a su trivialización, a que el contenido de los mismos se diluya en la mera expresión, verbal o escrita, que los significa: Derechos Humanos, todo son Derechos Humanos, todo vale amparado por su alta denominación [...] Al encuentro de este efecto negativo puede venir un antídoto [...] presencia de los mismos [...] en el nivel de los estudios especializados (González, N. 2002, p. 15)

La cita que acabamos de plasmar pareciera excluir otras realidades (especializadas y no especializadas), otras interpretaciones de derechos humanos. Nos referimos a *interpretaciones*, porque pretendemos significar los procesos cognoscitivos y culturales que se producen psicológica y socialmente, pero también intentamos hacer hincapié, en los procesos que se desarrollan dentro de las propias esferas del “saber especializado”. Por ejemplo, con respecto a las Declaraciones no son un *corpus* cerrado (Fauré, 1995), porque sus procesos

de significación no son finitos, ni siquiera en ámbitos institucionales. Los principales sucesos del siglo XX nos demuestran que *derechos humanos* pueden estar presentes en este tipo de documentos, para justificar dimensiones totalmente distintas, y en muchos casos contradictorias. El problema de fondo sobre esto, es la vieja disputa de los derechos como punto de partida o como punto de llegada.

El problema que tratamos describir no es sólo de carácter lingüístico, o del dominio del concepto dentro de un área específica del conocimiento; sino que es un problema que tiene correlatos en la manera como se disponen los derechos humanos en la vida real: ¿Implica lo mismo debatir y defender derechos ante *iusnaturalistas* o ante *iuspositivistas*? Evidentemente no (en ciertos niveles y grados), porque el proceso interpretativo sobre los derechos va a configurar la administración de los mismos (Correas, 1993). El problema para nuestros fines, no es cuan especializado sea el conocimiento, porque la especialización no significa la posibilidad de materialización de los derechos. Muchas veces, los especialistas en la disciplina de lo jurídico, saben muy poco de los derechos, como lo advierte el jurista Oscar Correas en la obra citada. Esa tensión entre especializado y no especializado que plantea González es superficial, porque la verdadera tensión es entre conocimiento hegemónico y contra-hegemónico (Guillén, 2011). Esta última tensión es la que produce la vulneración o ejercicio de los derechos.

¿Podríamos decir que la burocracia nazi no estaba especializada en la disciplina de lo jurídico y por ello construyeron un régimen legal que atentó, y sigue atentando contra la diversidad? ¿Podríamos decir que quienes construyen el aparataje jurídico que soporta y le permite la concreción material al neoliberalismo

no saben de la disciplina de lo jurídico? Si asumimos que estos regímenes no sabían -o no saben-, transitaremos un camino que nos llevará cada vez más lejos de la realidad. Lo cierto, es que el nazismo tuvo un sustento especializado que le proveo al Estado nacional-socialista de una cualidad jurídica que lo legalizó. De acuerdo con Hunt (2009), uno de los aspectos cruciales en materia de derechos, sucedida como argumentación en la auto-justificación del régimen nazi, fue el extremismo en la defensa de los derechos de los nacionales, que derivó en la xenofobia y en el régimen de aniquilación cultural amparado en las ideas de raza.

A nuestro modo de entender, el problema de los derechos humanos no es su polisemia, al contrario, reivindicamos su multiplicidad de significaciones sin que defendamos el relativismo. El punto trascendental es la identificación del *sujeto hablante*, es decir, la necesidad de identificar desde dónde se produce el discurso, quién lo produce y cuál es el marco conceptual desde el cual parte. Ello requiere entonces, delimitar los campos semánticos a los cuales nos referimos y desde dónde nos referimos, desarrollar metodologías para la comprensión integral de este fenómeno social, que tiene como una de sus más importantes expresiones la esfera de lo jurídico; sin embargo, no es la única expresión y única esfera de expresión. No todos son derechos humanos, este es el mensaje entrelíneas de González. Para aquél, los mismos corresponden a un área específica del conocimiento, a un área muy especializada dentro de la episteme occidental. Nosotros nos posicionamos en un ámbito distinto, más antropológico; es decir, ponemos mayor atención en los procesos humanos: nos orientamos al estudio de

las definiciones de derechos y a la manera como se usan dichos derechos y sus definiciones.

1.1.1. Lo que se dice y lo que se hace en derechos humanos: derechos humanos, institucionalidad y sociedad. Lo que se dice y lo que se hace en relación a los derechos humanos –como trataremos de expresar en lo que sigue–, corresponde a perspectivas que pueden ser paralelas, yuxtapuestas, solidarias, complementarias, análogas, etcétera; dependiendo de la manera en que se estructura y jerarquizan las sociedades. Por ejemplo, en los discursos oficiales y *pseudo* oficiales, se recurre a hablar de lo que se dice de aquellos, y muy poco de lo que se hace con los derechos, es decir, existe una marcada tendencia a hablar de derechos humanos a partir –casi exclusivamente–, de lo que se enuncian como derechos en los documentos de carácter internacional o nacional, pero muy poco sobre cómo se les administra (Gallardo, 2008). En el ámbito institucional (oficial y *pseudo* oficial), lo anterior quiere decir, que existen definiciones, configuraciones y segmentaciones de los derechos en la medida en que emanan de la institucionalidad, la consecuencia de ello es que podemos hablar de derechos humanos, gracias a que determinado discurso institucional dice que hablemos de ellos, pero en función de lo que la institución establece como derechos, de lo que la institución dice de los derechos; pero no de lo que se hace con éstos.

En la actualidad, los Estados son evaluados en materia de derechos humanos por las Naciones Unidas, a través del Examen Periódico Universal, el cual se basa en informes presentados por distintos entes, pero en lo que respecta a los Estados, dichos informes reflejan la lógica de hablar sobre lo que se dice de

los derechos. Pero de cierta manera, esta lógica también se manifiesta en discursos que no son oficiales (no son oficiales porque no son emitidos por el Estado), pero que cuentan con cierta oficialidad, por ser expresados por instituciones que se comportan de acuerdo a parámetros de la institucionalidad; en este sentido es que los denominamos como *pseudo* oficiales. Podemos encontrar en documentos de ONG's, discursos que también están orientados a hablar de lo que se dice de los derechos humanos; los cuales se distinguen de los discursos estatales porque representan direcciones encontradas al discurso estatal; pero que son similares en cuanto a que ambos se concentran en la repetición de pactos e instrumentos, o las violaciones de los mismos, sin reflejar mucho la condición de los derechos en un sentido más humano. Es decir, se hacen listas de artículos para hablar de respeto o vulneración a dichos artículos, pero las personas que viven o que mueren, quedan fuera de esas clasificaciones.

Ambos discursos (oficiales y *pseudo* oficiales), tienden a hablar tanto lo que se dice de los derechos, que los seres humanos quedan invisibilizados en los mismos, lo que representa un grave problema, pues lo que se pretende proteger a través de los derechos queda en el olvido. Este problema es consecuencia de haber centrado la existencia de los derechos humanos en su dimensión de reglamento escrito en documentos dotados de oficialidad por medio de discursos y prácticas institucionalizantes; pues se ha asumido que en este proceso es donde radica la posibilidad de que los mismos sean cumplidos. De esta forma, se construye un tipo de discurso en el cual se considera que existe una relación directa entre la consagración legal, el reconocimiento y el respeto de los

derechos. La consecuencia institucional de este discurso es que los problemas referidos a la garantía de los derechos se relacionan a aspectos de carácter procedimentales, o técnicos-operativos (Gallardo, 2008), y muy poco humanos.

Por ejemplo, cuando podemos asistir a debates sobre los problemas en materia de garantía y respeto a los derechos humanos en el continente americano, y de las instituciones que se han creado para su protección (como el desarrollado en la OEA, durante el tercer quinquenio del siglo XXI), podemos ser testigos de cómo la burocracia internacional de aquel organismo, los Estados (con algunas excepciones) y las organizaciones no gubernamentales, que forman parte del *lobby* de aquella Institución regional; comprenden y enuncian las problemáticas a partir de las limitaciones en recursos técnicos, operativos y financieros. El discurso oficial considera que los problemas para el ejercicio de los derechos (vulneraciones, restricciones, inaccesibilidad) corresponden a problemas de carácter técnico-operativo. Desde ésta visión, dichos problemas pueden ser resueltos, acudiendo a los procedimientos formales que contempla la propia institucionalidad que vulnera derechos. Este principio formalista que reduce las contradicciones sociales a problemas de técnicas, es insuficiente; porque las complejidades de los conflictos relacionados con la justicia, sobrepasan la dinámica instrumental (Gallardo, 2008). En las alocuciones sobre el tema, muy poca es la referencia que se hace al problema del Estado en América Latina, o al modelo económico que se ha impuesto, o a la burocracia-oligarquía que han secuestrado a los Estados, y por extensión, -aunque no unívoca-, a los organismos de integración regional.

En el seno de la OEA, el discurso de los derechos humanos es complaciente, cortesano y en algunos casos pseudo crítico con posturas conservadoras (discurso de lo políticamente correcto) (Gallardo, 2008). Estas posiciones no contribuyen con la mejora de las condiciones de los derechos, porque el *discurso políticamente correcto*, puede servir para trascender ciertos obstáculos, pero también contribuye a comprender los problemas desde una perspectiva muy superficial y formal (Herrera, 2007): las palabras cambian más rápido que las realidades, y desde las palabras se puede impulsar cambios sociales, pero el *discurso políticamente correcto* también puede servir para evitar la acción de los grupos de presión dentro de las instancias de la institucionalidad, es decir, puede derivar sólo en cooptación de los movimientos sociales y por lo tanto en contención de la transformación.

El origen y la aplicación de los derechos, corresponden a ámbitos distintos de la sociedad (Gallardo, 2008), porque se definen desde quienes vulneran, y se enuncian desde las personas a las cuales se le han negado. Esta paradoja atraviesa todos los planos que tienen que ver con la dinámica de los derechos, está presente en la consagración y en la vulneración, en la defensa y en la negación: al mismo tiempo son y no son. Por ejemplo, en la Declaración Universal de 1948, los derechos humanos se plantean como un ideal a seguir, pero al mismo tiempo, la propia Declaración los propone como algo que ya se ha conquistado;¹ una doble identidad que dificulta su comprensión (Herrera, 2007).

¹ Los siete considerandos que anteceden la Declaración Universal de 1948, nombran a los derechos (en sentido de facultades) como algo dado; sin embargo, cuando se redactó la proclamación de la misma, se denominaron como *ideales*: “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. Ver:

Entendemos que dentro de las interpretaciones clásicas del derecho internacional las declaraciones no son vinculantes, lo que constituye una clara estrategia de constricción de los derechos de las poblaciones, por parte de la clase política de los países, que son quienes crean e introducen éstos documentos de carácter internacional en las legislaciones, esta es la clásica discusión entre derecho convencional y derecho consuetudinario. Pero esta contradicción que describimos no está presente en cualquier documento, sino en el documento que funda el nuevo período de los derechos humanos, el período de la positivización supranacional.

El discurso centrado en la positivización de los derechos es un discurso victorioso, en el cual se glorifican los grupos de poder, pues éstos han permitido que en los Códigos, Constituciones e Instrumentos Internacionales, se enuncie que las personas tienen fueros (Gallardo, 2008), aunque se socializa muy poco lo que se hace o lo que se puede hacer con dichos fueros. Sin embargo, la realidad impugna este discurso de victoria porque a las poblaciones a la cuales se les consagran derechos (para que se les garanticen), no cuentan con las herramientas y los recursos para acceder a los circuitos judiciales (de la Torre, 2006), por ejemplo, para exigir el cumplimiento de las prerrogativas que se enuncian en las leyes. Esto redundo en que los anhelos y esperanzas por una vida digna, dependan de que otros *creen* (del verbo crear) las condiciones para que aquellos esperanzados, puedan gozar de sus derechos (Gallardo, 2008); porque éstos últimos, no tienen el derecho al *quehacer* con sus derechos. En una

dirección muy distinta a la del discurso institucional, podemos decir que en la actualidad, no estamos en buen momento para derechos humanos, porque los indicadores globales, nos demuestran que en la actualidad está en peligro la propia existencia de la humanidad, como nos lo advierte Gallardo.

El discurso institucional considera que es a través de los derechos, que se logra la satisfacción de los mismos: el derecho (como prerrogativa o facultad) se reduce a tener derechos (como norma). De esta forma (de acuerdo con la burocracia), la lucha por los derechos corresponde a que las exigencias sociales queden contempladas en el derecho positivo (de las instancias nacionales e internacionales). En esta concepción, las condiciones materiales e inmateriales necesarias para garantizar derechos quedan totalmente marginales a la formulación de los mismos. No se incorporan los contextos y las complejidades empíricas, en donde los sujetos deben y pueden desarrollar sus vidas. Cada vez hay más instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de derechos, pero a la vez, también hay una profusión de vulneraciones; dos realidades que se impugnan mutuamente (Herrera, 2007).

No obstante, ésta no es la única forma de comprender derechos humanos (aunque la institucionalidad se presente como su única salvaguarda). También han surgido prácticas y discursos que proponen a la propia institucionalidad como causa genética de las vulneraciones, por lo tanto, no puede haber garantía de los derechos sin la transformación de las instituciones; u otras corrientes más anarquistas, que proponen que la institucionalidad centralizada, es el *modo de producción* de las violaciones de derechos humanos; estas versiones no

institucionales se despliegan desde las luchas sociales, pero también dentro de los ámbitos propiamente jurídicos; usando las herramientas e instancias jurídicas en pro de las víctimas, tratando de equilibrar la balanza hacia quienes se les vulneran sus derechos como consecuencia de la estructura y de la organización social. En algunos casos, significa romper con los límites de la legalidad, pues se asume que el régimen legal es fuente de vulneraciones. Pero además de ello, se parte de que la fuente del derecho no es sólo la norma producida por el Estado, sino que la normatividad también proviene de las relaciones sociales, por lo tanto, éstas también son fuentes válidas para el ejercicio de la justicia (de la Torre, 2006).

La crítica que formulamos contra la excesiva centralización de los derechos en su positivización, no se puede entender como un intento de lapidar las normas que existentes; sería un anacronismo intentar plantear hoy día una utopía, en donde la posición formal de la ley dentro de las dinámicas sociales no existiera. Además de ello, no podemos dejar de reconocer que en distintos momentos de la historia moderna, diversos movimientos sociales han luchado porque el Estado reconozca derechos. Tampoco estamos posicionándonos en una trinchera que niegue la utilización de las leyes en la defensa, vigilancia y promoción de los derechos humanos. Las observaciones que hemos formulado -y que continuaremos formulando-, están orientadas a reflexionar sobre una visión de mundo, sobre una visión de derechos humanos que absolutiza las normas, que las convierte en un *fetiché*; pero ello no quiere decir que nos neguemos al uso de las normas, porque es en el propio uso donde podemos observar las ventajas u obstáculos que dicha normatividad ofrece para un ejercicio pleno de los derechos

humanos. No podemos pensar maniqueamente, porque el pensamiento maniqueo ha sido soporte para las vulneraciones de derechos: no se trata de negar las normas o las instituciones, sino de comprenderlas desde la sociedad (Herrera, 2007).

La versión no institucionalista de los derechos humanos, busca que las normas tengan *validez*, pero además que sean *efectivas*, que además exista una vinculación entre la normatividad y la realidad, que ambas se puedan retroalimentar. Por lo tanto, la exigencia por el cumplimiento del derecho positivo puede representar un avance en la garantía de los derechos, pero partiendo de procesos interpretativos distintos a los que privan en la lógica oficial (de la Torre, 2006), considerando que los derechos humanos no son normas, sino más bien aquello que a través de las normas se pretende proteger en la vida social (Herrera, 2007). Porque pensar los derechos como normas nos lleva por un camino accidentado, en el cual los derechos humanos sólo son un tipo de derecho administrativo, es decir, son la regulación de las normas; lo que deriva en que los derechos no se entienden en relación con los sujetos, sino en relación con una técnica de regulación de las instituciones.

Lo que estamos proponiendo puede ser interpretado también, como una lógica en la cual los derechos humanos pueden ser cualquier cosa, y de ésta forma se disminuya el valor de los mismos. Sin embargo, para evitar confusiones al respecto, comprendemos los derechos como los *criterios básicos para que los seres humanos controlen por sí solos sus destinos* (Herrera, 2007). Sin embargo, respecto a esta afirmación es necesario realizar algunas aclaraciones para evitar

otras confusiones. En primer lugar, asumir que los derechos humanos corresponden a los aspectos necesarios para que controlemos nuestros destinos, nos puede colocar en un terreno pantanoso; en donde, de cierta forma, la responsabilidad de la situación de los derechos queda en nuestras manos, y no en la de los grupos de poder, que ordenan jerárquica y hegemónicamente la sociedad (Gallardo, 2008). Desde ésta perspectiva se pudiera excusar la responsabilidad del Estado y de los grupos fácticos. Ejemplo de ello, es la figura de *trampas de la pobreza* que utiliza la Organización Mundial de Comercio para decir que los pobres son responsables de la pobreza.² Por otra parte, es necesario preguntarse: ¿la independencia de los humanos con respecto a qué? Porque ésta posición también ha servido para legitimar al individualismo como forma totalitaria de control y aniquilación de los sujetos, y de las relaciones entre éstos.

Cada momento histórico, produce su propia ontología y ésta ontología define a un sujeto, el cual corresponde en una relación dialéctica con respecto al período. Sin embargo, acudiendo al conocimiento que está más allá de las fronteras de la filosofía del derecho, podemos comprender algunos elementos básicos caracterizables como derechos en un sentido integral: a) *cierto margen de libertad, para sí mismo, y para participar en la comunidad*; b) *acceso a los medios de producción*; c) *condiciones básicas de subsistencia*; y d) *posibilidades de participar dentro la cultura* (de la Torre, 2006).

La posición no institucionalista parte de la relación de los sujetos, con respecto a las relaciones que impiden o posibilitan el ejercicio de los derechos, es

² <http://www.sinpermiso.info/textos/la-corrupcin-y-la-trampa-de-la-pobreza-en-el-tercer-mundo>

decir, la posición de los sujetos en contextos determinados, y la disposición de éstos con respecto a dichos contextos (Herrera, 2007). Ésta *contracorriente* constituye una interpretación en la cual lo que se dice, y lo que se hace en materia de derechos humanos, está íntimamente relacionado y mutuamente constituido. Por ello, es importante escuchar los argumentos de quienes luchan desde *abajo* por los derechos, pero además, es necesario analizar críticamente las posiciones y disposiciones de los grupos de poder; apoyar las reivindicaciones; pero también analizar muy estratégicamente los límites que se imponen a dichas reivindicaciones. Porque socialmente, no hay igualdad en la apropiación y uso de las herramientas que se construyen desde las instituciones.

Al respecto, es necesario resaltar y distinguir la importancia de un planteamiento que ya hemos enunciado: no se puede confundir los derechos con las normas que los consagran. Porque sin confundimos estos dos ámbitos, podemos llegar a la conclusión de que la inexistencia de las normas, o el desconocimiento de las mismas, significa que no existen los derechos³. Por ello es necesario partir de la contracara de ésta lógica, esto es: en vez de partir de los derechos que se enuncian, partir de los derechos vulnerados, es decir, de la evaluación del ejercicio de la dignidad por parte de las personas; de ésta forma podemos ampliar la visión sobre los mismos, desde las víctimas; comprendiendo a estos como sujetos activos y proactivos, para nada pasivos. Sin embargo,

³ Hoy día vemos una marcada tendencia en los gobiernos de la región, en limitar sus actuaciones a la existencia o no de leyes. México y Venezuela son un buen ejemplo en la materia, ambos tienen similitudes, en cuanto prácticamente toda política gubernamental para atender problemas de la sociedad, pasa primero por la redacción de leyes, leyes que en la gran mayoría de las veces no se cumplen. Esto pareciera tener dos lógicas de funcionamiento: a) si no está en la norma, el Estado no tiene por qué garantizar derechos; b) se concibe que la norma es autosuficiente para la garantía de derechos. La gente termina corriendo tras la norma, y sus condiciones de existencia pasan a segundo plano.

debemos tener en cuenta que para el pensamiento hegemónico, esta propuesta carece de objetividad, porque la sociedad es inaprehensible como lo propone por ejemplo Hayek –a quien abordaremos suficientemente en el capítulo dedicado a la comprensión del neoliberalismo–, mientras que las normas sí pueden ser analizadas objetivamente para aquel pensamiento.

El discurso de los derechos humanos de emisión oficial o *pseudo* oficial, se justifica a sí mismo a partir de las tesis de Norberto Bobbio, las cuales abordaremos sintéticamente unos capítulos más adelante. Aunque éste no es el único, pero sí uno de los principales exponentes del pensamiento que centra a los derechos en su positivización. El filósofo italiano desplaza los derechos del plano filosófico, y los ubica en el plano político; ubica a los derechos en el centro de la discusión sobre el poder, sobre la función del Estado, sobre las tareas de la burocracia. Sin embargo, el error que comete Bobbio, y del cual va a derivar el tipo de discurso que hemos ido problematizando; es que asume el plano político como un plano carente de conflictos. Además de ello, Bobbio le otorga una proporcionalidad exacta, unívoca y excluyente a política y Estado, es decir que lo político es el Estado y viceversa. Para Bobbio el contrato que funda al Estado, es un pacto horizontal y armónico, por ello, su error de asumir la política (el Estado) como un ámbito sin conflictos, es decir, sin una estructuración jerarquizada que produce y reproduce las contradicciones y desigualdades sociales. Estas son las ideas que sirven de sustrato, a la perspectiva que comprende a los problemas relacionados con los derechos humanos, como problemas de carácter técnico. Porque si el Estado es una instancia sin conflictos sociales, entonces los

problemas que se presentan en el mismo, no derivan de las contradicciones sociales, sino de problemas procedimentales (Gallardo, 2008), concepción que se orienta a limitar la participación de la sociedad y de las víctimas de vulneraciones de derecho en la administración y organización el Estado (de Sousa, 2007).

La horizontalidad y la armonía que se le pretende adjudicar al *contrato social* corresponden más a una figuración, que a la observación metódica de lo sucedido en la construcción de dicho pacto. En el mismo no podemos encontrar dicha armonía, porque está compuesto por dos instancias que no son homólogas: la sociedad civil y la sociedad política. La primera corresponde a un conjunto que expresa intereses particulares, por lo tanto, se trata de una figura, o una serie de figuras que jerarquizan la sociedad. Esta jerarquización implica diversos tipos de discriminaciones, siempre mediadas o limitadas por la norma, pero de igual forma permitidas por la misma norma que las limita. La sociedad política por su parte, corresponde a la totalidad del conjunto social, dentro del cual existe por lo menos una concepción de igualdad, la cual se expresa en el acto electoral; en términos de que un ciudadano representa un voto. La armonía a la cual acude Bobbio no es tal, porque la sociedad civil desplaza a la sociedad política y se convierte en representante exclusiva de aquella de acuerdo con Boaventura de Sousa Santos, en la obra ya citada.

La ciudadanía y la participación de la misma, tiene otros tipos de problemas, como el impacto de la estructura y del poder económico en la organización del poder político, y en la soberanía del voto. Sin embargo, estos problemas los abordaremos en otro momento, porque no corresponde a nuestro

objeto en esta investigación. Nos interesa más advertir que la sociedad política y la sociedad civil son invenciones humanas, motivadas en la voluntad de las personas, que están diferenciadas en la medida en que una corresponde al derecho privado (sociedad civil), mientras que la sociedad política corresponde al derecho público (de la Torre, 2006). Pero debemos tener en cuenta que la voluntad es intersubjetiva, es decir, corresponde a la interacción de elecciones con códigos respectivos; por eso la voluntad no es autónoma sino que corresponde a determinaciones culturales e ideológicas.

Ante esto surge una *sociedad civil emergente* que se revela, o por lo menos impugna la legitimidad de la autoridad, por la incapacidad de aquella de generar bienestar social. Esta *sociedad civil emergente*, también impugna a la otra sociedad civil conservadora, no sólo al Estado. La consecuencia de éste fenómeno es la construcción de otro tipo de sensibilidades con respecto a las vulneraciones y a los derechos, no comprendidas dentro de la sociedad civil legitimadora del Estado; por ello representa una alternativa. De acuerdo con esto, podemos hablar entonces de tres tipos de sociedad civil: a) *la bien portada*, la cual legitima socialmente al Estado, proponiéndose como la representante total de la sociedad política; b) la de *simulacro*, ésta corresponde a un sector que denuncia las consecuencias de la jerarquización social, pero no se manifiesta por las causas; y c) la *emergente*, que apunta contra las causas estructurales, sistemáticas y coyunturales de las vulneraciones de derechos. La lucha por los derechos humanos en América Latina se consolida en la sociedad civil emergente (Gallardo, 2006).

Para seguir abordando las consecuencias del discurso del positivismo en los derechos humanos, es necesario hacer referencia al proceso de *especificación*: es uno de los aspectos más importantes en la concepción positiva de los derechos humanos (García, 2012). La *especificación*, en términos generales, la podemos definir como el proceso por el cual un tipo de sujeto en particular (niños, mujeres, indígenas) aparece en las normas. Es decir, dentro del conjunto de normas aparecen regulaciones que aparentemente particularizan unos derechos determinados de un tipo de sujeto (Gallardo, 2008). Sin embargo, la especificación no corresponde de manera unívoca a los sujetos que viven la realidad, sino que es la construcción en un discurso normativo, de un tipo de sujeto: por lo tanto las normas no hablan de los niños y niñas, de las mujeres y de los indígenas, sino de un tipo de niños, de mujeres y de indígenas, que se conciben dentro de las normas. Esto nos lleva a comprender que la *especificación* no contempla especificidades.

La *especificación* es importante en la medida en que los conceptos y valores sobre lo humano van siendo insertados dentro de la historia de los Estados, porque esto debe significar la estructuración y el funcionamiento de la institucionalidad, en función de dichos conceptos y valores. Pero en esta interpretación, se elude que dichos conceptos y valores, son el resultado de procesos históricos singulares: los conceptos y valores provienen de la filosofía, siendo entidades objetivas; la incorporación de dichas entidades en el Estado, es dotarle de objetividad a éste. El problema de lo anterior es que dichos conceptos y valores son el resultado de una visión de mundo en particular, y no una

compresión objetiva de la diversidad humana. Además de ello, la positivización y su expresión más concreta (la *especificación*), implica en ciertos momentos contradicciones a sus propios principios. Por ejemplo, las tesis de Bobbio se ubican dentro del pensamiento universalista, sin embargo, proponer que lo importante de los derechos es su consagración en la norma, deja abierta la posibilidad de que los Estados puedan administrar discrecionalmente los derechos. De acuerdo con Gallardo, Bobbio intenta resolver este problema cuando propone que los derechos humanos consagrados en pactos de carácter internacional, dotan de universalidad a los derechos, porque han sido ratificados por los Estados. Sin embargo, ante esto es necesario mencionar algo obvio: Estados no es lo mismo que pueblos; los Estados no representan la totalidad de las poblaciones; y en bastantes casos, han estado en contra de éstas, vulnerando sus derechos.

Estas observaciones que formulamos sobre las consecuencias del positivismo en los derechos humanos provienen del pensamiento crítico, de las ciencias sociales; pero también encontramos reflexiones similares en ámbitos propiamente jurídicos. Para Ferrajoli –por ejemplo- la *anomia del Estado*, es decir, que la institucionalidad no cumpla con la garantía y el respeto de los derechos humanos, no corresponde a problemas de carácter procedimental, sino que obedece a la *discrecionalidad* en la administración del Estado, discrecionalidad que disminuye la capacidad reguladora de las normas y de los derechos. La noción de *discrecionalidad* nos permite advertir, que al contrario de lo que pensaba Bobbio, el Estado y la institucionalidad internacional no son espacios sin

conflictos; sino que están atravesados por grupos y circunstancias que condicionan la manera en que funcionan dichas instituciones. Ferrajoli hace referencia a que el pensamiento jurídico centrado en la positivización es *autorreferencial* y contradictorio con la idea de universalización, como ya lo habíamos advertido, porque aquél pensamiento deriva en formalismos y legalismos que son de carácter relativista (Gallardo, 2008).

De acuerdo con de la Torre Rangel (2006), para Ferrajoli existen tres vías para garantizar derechos humanos. La que corresponde al aspecto normativo (constitución y leyes), es decir que los derechos estén contemplados dentro de los instrumentos legales de una nación. La segunda vía corresponde a la crítica jurídica, ubicada en el plano de la academia, desde donde se abordan los aspectos concernientes a la relación entre efectividad y vigencia de las normas. Por último, la comprobación externa, ubicada en ámbitos de la filosofía, que corresponde a la legitimidad ética política del derecho en función de los fines de éste. En todo caso, de estos planteamientos es importante destacar, que además de estos elementos también es necesaria la lucha social, no sólo para lograr la positivización de los derechos, sino también como *acompañamiento social* de la ley (Gallardo, 2008).

2. Epistemología y Derechos Humanos

2.1. Derechos Humanos y Objetos de Conocimiento

Hasta este momento hemos expuesto algunos elementos correspondientes a posiciones sobre los derechos humanos, en función del binomio Estado-sociedad. Sin embargo, éstas posiciones institucionales (las cuales podemos observar cuando funcionarios y sujetos sociales debaten sobre los derechos); no tienen expresión solamente en la organización del poder, y en la administración de las necesidades humanas, sino que a la vez, implican la construcción de objetos de conocimientos distintos. No totalmente disímiles o contradictorios, pero por lo menos, sí con cualidades diferentes; por ello, vamos a introducirnos en el debate sobre los distintos objetos de conocimiento cuando abordamos científicamente los derechos humanos. Nuestro punto de partida es desde la antropología, las discusiones que se han dado dentro de ésta disciplina, no son exclusivas de ella, en ésta disciplina se reflejan debates más amplios, que atraviesan diversas áreas de conocimiento, propias de la construcción epistemológica de Occidente.

2.1.1. Objetos centrados en las normas. Una de las maneras de estudiar las leyes de una sociedad, es concentrando la atención en las normas que están presentes en la misma, es decir, en el conocimiento sobre el derecho positivo que regula la vida de un grupo humano, en tiempos y espacios determinados. En este sentido, el *objeto de estudio* son las normas, mientras que los conflictos sociales se entienden como desviaciones con respecto a aquellas. Esta corriente se conoce como *paradigma normativo*, y como se centra en el estudio de las leyes; parte del criterio de que los grupos humanos necesitan estructuras y

organizaciones centralizadas que impongan y administren la normatividad (Chenaut y Sierra, 2002). Como desde ésta perspectiva, existe una asociación entre normas y estructuras políticas centralizadas, el objeto de estudio está configurado en función de dichas estructuras. Por ello, se llegó a plantear que aquellas sociedades sin estructuras centralizadas, son sociedades sin derechos y sin derecho. Este debate se desarrolló básicamente a partir de los estudios sobre sociedades colonizadas por los países-potencia europeos; es decir, los estudios se centraron en la existencia o no de normas en sociedades tradicionales, africanas (principalmente) pero también asiáticas y latinoamericanas.

De acuerdo con Jesús Antonio de la Torre Rangel (2006), centralizar el estudio de los procesos normativos de las sociedades en la norma, implica la construcción de un objeto con rasgos de *purismo*: una totalidad con relaciones de homologación entre la norma y lo que la norma pretende regular o proteger, siendo que aquella se concibe como un monumento. Ejemplo de ello es la *escuela de la exégesis*, la cual ha dominado la interpretación jurídica en América Latina, “su doctrina estatista consiste en la proclamación de la omnipotencia del legislador y en la creencia de su infalibilidad” (de la Torre, 2006, p.40). Para esta forma de comprender el derecho, el objeto de conocimiento es el derecho positivo. Desde este punto de vista, el sujeto y sus necesidades quedan dependiendo de la norma formalizada y no al revés; a su vez, se parte de que la norma no es susceptible de tener influencias del sujeto o del contexto del cual proviene éste. En la metodología del derecho, ha predominado la *exégesis y el dogmatismo o Jurisprudencia de Conceptos*.

Afirmar que el estudio del derecho corresponde al análisis de algo puro es un contrasentido a la propia idea de investigar, pues a lo puro no se le pueden aplicar las estrategias que se utilizan para indagar, lo “puro no tiene partes y sólo admite una narración indirecta” (de la Torre, 2006, p.74). La noción de pureza nos lleva a tener: a) una *apariencia de movilidad*, pues lo puro no permite un movimiento real, para conocerlo, sino que sólo podemos observar los puntos medios e intermedios; b) *apariencia de pluralidad*, porque la diferencia es sólo entendida en términos de dualidad (puro-impuro), invisibilizando las diversidades; y c) *apariencia de temporalidad*, porque la pureza es el origen y el fin del movimiento, por lo tanto, el pasado es sólo una idealización, y el devenir no es más que la repetición del pasado.

Esta corriente normativista le da un peso bastante importante a la jerarquización social, y a la administración de las normas por parte de sujetos o grupos de sujetos en específico. Desde éste punto de vista, se establece una conexión entre lo político y lo jurídico, pues en la regencia de la ley se refleja la jerarquía social, pero a la vez, lo que la sociedad ha jerarquizado como importante. De acuerdo con María Teresa Sierra y Victoria Chenaut, éste *paradigma normativo* ha recibido importantes críticas, como las de Comaroff y Roberts, quienes advierten sobre la gran atención que se le da a las estructuras; y muy poco interés por las dinámicas sociales. Tener como objeto de estudio los aspectos normativos de las sociedades, nos lleva a enfocarnos en la enunciación de las normas, en la definición de las mismas, de su organización; pero muy poco en cómo éstas normas son usadas por los grupos humanos: cómo se insertan en

las relaciones sociales, en la relación de las normas con los conflictos, o a la inversa, de los conflictos con las normas; las conexiones y desconexiones entre relaciones sociales y las normas; las posibles soluciones a los conflictos, y otros aspectos más. Quienes critican al paradigma normativo argumentan que las soluciones a los conflictos, dependen más de los aspectos políticos que a la supuesta coherencia y orden normativo que puede existir en una sociedad.

2.1.2 Objetos centrados en procesos. Además de la corriente que se centra en la normatividad, también ha surgido una que se ha centrado en los *procesos sociales y jurídicos*, dejando un tanto de lado la descripción-análisis de los sistemas normativos, es decir, que ha construido un objeto de estudio *procesual*, y no tan estático como en el paradigma anterior. Las influencias que ha tenido ésta corriente provienen más de la antropología que del derecho, y observa los “procesos de disputa, especialmente sobre la toma de decisiones por parte de los litigantes” (Chenaut y Sierra, 2002, p. 122). En este sentido, el estudio de los procesos de disputa tiene relevancia en la comprensión de la diferencia entre este paradigma y el anterior: los conflictos no se entienden como desviaciones, sino como parte de los procesos jurídicos-sociales; se analiza lo jurídico de una sociedad, a partir la relación entre los conflictos que se presentan en las sociedades y las normas que existen para regular dichos conflictos. También se analiza cómo son usadas las normas en el abordaje de las controversias. Desde ésta perspectiva no se niega el estudio de la normatividad, porque cuando se estudia el uso de las leyes, obligatoriamente hay que observar las normas. La diferencia con el paradigma anterior, es que se amplía el espectro de análisis y se

analizan por la forma, por el contenido, por sus funciones y por sus usos (Krotz, 2002).

Una tercera tendencia en la manera como se han configurado los estudios sobre las normas en las sociedades, es el *análisis situacional y el método de estudio de casos* (Chenaut y Sierra, 2002). Esta corriente guarda cierta relación con la anterior, mucho más de lo que aquella se relaciona con el *paradigma normativo*. En ésta forma de construir el objeto de estudio, se toma en cuenta a las dinámicas sociales de donde proviene el conflicto, y las distintas posibilidades normativas que existen para abordarlo; es decir, se concibe que ante un conflicto determinado, los sujetos tienen una variada gama de posibilidades normativas para atender la conflictividad. Se resalta el hecho de que las normas pueden ser contradictorias entre sí, por lo tanto, los sujetos tienen que discernir sobre las que tengan mayor pertinencia para el caso que se esté abordando; se considera que en el uso del derecho se crea derecho; la ley, la cual posee características de abstracción, cobra vida a partir del uso que hacen de las mismas, los actores sociales. Esta concepción, tiene un impacto directo en la comprensión de las relaciones de poder y la justicia, veamos:

del interés en los procesos de disputa se tiende a mostrar como el poder y el cambio social inciden en los procesos jurídicos; es decir, se busca entender la manera en que los diferenciales de poder dan forma al despliegue normativo y legitiman determinados modelos de prácticas culturales, a expensas de otros. Asimismo, se trata de conocer cómo éstos inciden en los conflictos, en la manipulación de las normas y en los mismos foros para manejar las disputas (Chenaut y Sierra, 2002, p. 138)

Es importante resaltar de ésta observación, la crítica que se formula con respecto a la visión armonicista que se tiene de las culturas no occidentales, pero también en general, a la posición que concibe la estructura política, al campo de lo político (instituciones formalizadas de Occidente) como un espacio armónico sin conflictos. Por lo tanto, normatividad e instituciones se entienden como construcciones sociales que cambian a través del tiempo, y que a la vez, éstas dos están determinadas por la manera en que se estructuran las relaciones de poder. En pocas palabras, el derecho no es un elemento aislado del contexto, pues “no es imparcial, ni tiene un carácter estático, [...] el poder y sus privilegios se encuentran insertos en las dinámicas históricas, y que los cambios jurídicos condensa relaciones sociales y de poder” (Chenaut y Sierra, 2002, p. 140). Desde esta perspectiva, es necesario estudiar la relación entre derecho y la estructura social, el derecho como espacio de resistencia y al mismo tiempo de dominación.

los espacios intersticiales de la vida cotidiana de los subordinados resultan clave para entender cómo éstos consiguieron apropiarse de la legitimidad dominante, adecuarla a sus propios lenguajes, y en determinados momentos también recurrir a ella para oponerse o cuestionarla. Se insiste ahora en estudiar el carácter productivo del derecho vigente en toda sociedad, y se retoma la propuesta gramsciana en torno a la hegemonía y la resistencia para estudiar la manera en que el derecho es un referente central de la legitimación de saberes y poderes, para garantizar un determinado consenso, pero también para mostrar que desde la cotidianidad se confrontan esos poderes y genera la resistencia (Chenaut y Sierra, 2002, p. 138)

La norma se comprende entonces (desde una concepción no normativista) como un parámetro general, con las consecuencias que esto tiene para el estudio del derecho, es decir, no se entiende como una totalidad, ni tampoco que existe

homologación entre la ley y lo que ésta contempla. En la sociología del derecho encontramos argumentos similares: la ley no se piensa como una expresión unívoca del derecho, por ello, dicha disciplina se centra en estudiar las dinámicas entre las relaciones sociales y la *normatividad jurídica*, estos estudios ofrecen un marco más amplio de análisis, que permiten observar la relación existente entre la ley y sus usos en la sociedad (de la Torre, 2006).

Se parte de que la comprensión de la realidad no es una relación unidireccional y *unívoca*, sino que corresponde a un conocimiento que va desde lo más conocido, hasta lo menos conocido, y el objeto que se conoce, se define por la atribución de las cualidades del primero al segundo; o también porque ambos tienen cualidades exactas; o, porque la analogía del segundo con el primero, es de tipo derivado. En función de ello, el objeto de conocimiento no es la ley, sino el derecho subjetivo, porque este es el primer objeto de conocimiento, la norma es el análogo secundario del derecho subjetivo, pero no al revés. Si la ley se comprende como el analogado principal, mientras que el derecho subjetivo el analogado secundario, estamos en presencia de una producción de conocimiento que subordina la existencia humana a la disciplina jurídica. De esta manera, el objeto de conocimiento para la sociología jurídica es el “hombre y sus necesidades” (de la Torre, 2006, p. 39), y a partir de éstas, cómo se ordena el mundo en función de la satisfacción de aquellas.

La analogía, es un proceso analítico en el cual las similitudes y las diferencias están presentes de manera simultánea. Es decir, a pesar de que los elementos se distinguen en función de distintos aspectos, guardan similitud a

pesar de las diferencias, porque a pesar de las mismas se pueden hacer comparaciones, y la comparación es lo que los identifica; la analogía resalta la similitud y la diferencia de forma simultánea. En función de ello, los derechos y las leyes contemplan relaciones análogas, sin embargo, la ley no se puede entender como la única expresión de la juridicidad. La ley necesita ser interpretada, pues la misma tiene una composición *obscura*, y no es infalible, puede tener contradicciones con los derechos; por lo tanto, se requiere de una interpretación que ponga la ley en favor de la justicia, demostrando los aspectos injustos que hay en la norma, a esto se le conoce como *epiqueya* (de la Torre, 2006).

Pudiese pensarse que este planteamiento desplaza al derecho, y hace pasar por aquel a la política o a la moral, sin embargo, la *hermenéutica analógica* nos permite entender que no se trata de la inversión del derecho por aquella dos, sino de una interpretación jurídica que está fundamentada en los cimientos del derecho, es decir, se trata de una interpretación que se centra en la justicia y en la dignidad humana, considera que la norma tiene relación con “hechos y actos humanos concretos [...] y condiciones sociales, económicas, políticas y culturales, contexto de esas normas y de esos hechos y de esos actos” (de la Torre, 2006, p. 176); por lo tanto, la ley no es un ente aislado. Es poner al sujeto en relación con las condiciones de vida del mismo, sin abstracciones. Por éstas razones, es necesario acudir a una metodología relacional, es decir, no entender lo jurídico de forma aislada sino como el resultado procesos sociales; en función de ello, las variables *espacio, acción, pluralidad y tiempo* lo condicionan como cualquier otro fenómeno derivado de la organización social, pues “todo fenómeno cultural

comprende experiencia y relaciones que sólo establecen un conjunto de ‘opciones’ y ‘decisiones’ concretas en momentos concretos, sino que también estructuran de manera real y experimental la forma en que se realizan y definen en primer lugar estas ‘opciones’” (de la Torre, 2006, p. 80).

En la modernidad hay una relación de proporcionalidad entre en el pensamiento científico y el jurídico. Al Derecho se le ha dotado de cientificidad por tres vías: el racionalismo, el empirismo y el voluntarismo. El racionalismo ubica a la razón por encima de la experiencia, se privilegia la obtención de datos por la deducción, en vez de por la inducción; en este sentido, las normas se comprenden como un conjunto, al cual se le conoce racionalmente, sin importar la experiencia. Este conjunto posee coherencia gracias a que está fundado en la “naturaleza racional”; como posee coherencia, se asume como un sistema de carácter universal, el cual es trascendente a la experiencia humana. Por su parte, el empirismo privilegia la experticia como fuente de conocimiento, “considera al Derecho como un producto de las fuerzas a las que está sujeta la sociedad” (de la Torre, 2006, p. 67). El desarrollo de esta corriente se basa en lo que puede ser percibido más que en la razón, por lo tanto, tiene que existir comprobación empírica de las cosas para que puedan tener validez, a partir de esos hallazgos es que se constituyen las leyes. Esto significa que la validez de la norma no se restringe a su proporcionalidad con el derecho natural, sino que tiene que ver con la comprobación empírica de la validez de la misma.

Por su parte, el voluntarismo no se puede concebir propiamente como “un método de conocimiento a la manera racionalista y del empirismo. Es, sin

embargo, una corriente iusfilosófica de la Modernidad emparentada con el empirismo, concretamente con el concepto positivo de ciencia” (de la Torre, 2006, p. 68). Esta perspectiva se centra la “voluntad del legislador”, siendo que a este se le glorifica “y se le da culto al texto de la ley. Dará lugar en el siglo XX al positivismo jurídico, cuya máxima expresión es la Escuela de la Exégesis” (de la Torre, 2006). Ante estos tres enfoques, nosotros consideramos que es necesario el análisis crítico y contextual (Herrera, 2007), porque los tres anteriores están referidos a la forma y no al contenido, a las funciones (en un sentido hipotético), pero nunca a los usos. Por ejemplo, haciendo análisis críticos podemos darnos cuenta de aspectos como los siguientes:

Véanse el preámbulo y el artículo 1.1 de la Declaración [de 1948] para darse cuenta de que lo que está hablando es de una persona no situada, definida al margen de sus contextos sociales y personales. Las consecuencias son peligrosas: si todos tenemos *todos* los derechos y libertades por el mero hecho de haber nacido y no los podemos poner en práctica dado un conjunto determinado de “circunstancias” desfavorables parece que somos nosotros los responsables de no asegurarnos la eficacia de lo que ya tenemos (Herrera, 2007, p. 89)

La teoría sobre el derecho y sobre el poder, no sólo deben tomar en cuenta los aspectos formales, hegemónicos, institucionales y tradicionales de estos dos; sino que debe recurrir también a lo que la gente considera sobre dichos aspectos, entendiendo que estas disposiciones también están mediadas por relaciones de poder: dependencia, resistencia, incidencia, exigencia, disidencia. A pesar de que cada una de las posibilidades que surjan de la combinación de dichos elementos son distintas, la posibilidad de combinación nos permite entender desde el punto formal, que el derecho es susceptible de ser estudiado como un aspecto cultural,

o un aspecto de la cultura. En este sentido, el análisis de lo jurídico en sus ámbitos estrictamente legales, sirve como referencia para hablar en general de la sociedad, pues no se trata de una expresión aislada, sino condicionada por procesos de carácter cultural, y como tal, también es expresión de la cultura (Krotz, 2002).

Pero las teorías constituyen y reproducen las nociones culturales e ideológicas de la organización social, de la organización de la producción. Por lo tanto, teoría y realidad están conectadas a pesar de que se planteen como instancias aisladas; ésta visión de aislamiento es precisamente la estrategia de conexión entre teoría y sociedad, teoría y cultura, o teoría e ideología. En este sentido, una teoría específica sobre el derecho, sobre los derechos humanos; guarda relación con el resto de los procesos sociales, en consonancia con el modo de producción, o en crítica contra aquél. Las contradicciones y cambios en la producción, implican cambios en las concepciones sobre los derechos humanos, esto significa que los derechos no se pueden entender como unidades estáticas, sino más bien como procesos (Herrera, 2007).

Como las normas pueden ser estudiadas desde la perspectiva de la cultura -porque son producciones humanas-, los estudios antropológicos implican la comprensión de las leyes en varios sentidos: a) como enunciados formalizados; b) en función de su aplicación, en relación con los conflictos sociales; c) a partir de los procesos de interpretación que se vierten sobre las leyes; d) en la manera en que se vigila las dinámicas sociales a partir de la normatividad, pero a la vez; e) cómo las sociedades pueden observar el ámbito de lo normativo; f) en función de

las maneras como se pueden o no modificar las normas; g) estudiando a las instituciones sociales que existen en función de la normatividad; h) cómo son administradas las reglas de acuerdo a la división social del trabajo; i) la participación y las relaciones de los actores sociales; j) la diferenciación entre las normas que están vigentes y las normas que son eficaces; k) entre la juridicidad vigente y la juridicidad eficaz; l) la interacción entre el modo de producción, las relaciones de clase y estructuras y dinámicas jurídicas; m) las consecuencias sociales de las normas; n) los consensos y los disensos con respecto a la ley. Entre otras posibles variables que por cuestiones de espacio no mencionaremos.

Además de los elementos expuestos, la capacidad de las normas para definir situaciones, es también una arista de análisis, tomando en cuenta que conflicto y norma guardan estrechas relaciones dialécticas; pues las normas definen conflictos, pero a la vez, los conflictos permiten la definición de las normas, de acuerdo con el pensamiento que domina lo jurídico, para que un conflicto sea determinado como tal, se requiere que la ley lo haya definido de ésta manera. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que la regla necesita provenir de consensos para poder ser tal, de lo contrario, se trata de obligaciones que no dejan la posibilidad de interpretación. Porque las normas necesitan ser interpretadas para poder ser aplicadas socialmente, ya que no se trata de entidades finitas, y tampoco cuentan con dispositivos para que sean trasladadas de manera exacta, del mundo de las leyes a la realidad (Krotz, 2002). Por todos los aspectos anteriores, entendemos la juridicidad como “el resultado de un complejo de factores sociales, y al mismo tiempo, construye un tipo de hecho

social que actúa como una fuerza normativa” (de la Torre, 2006, p. 54), en pocas palabras: la norma no corresponde a una entidad aislada y tautológica.

En este sentido, es necesario entender el consenso como hegemonía, pero el consenso también implican disensos, que pueden o no ser contra-hegemónicos; por lo tanto, la norma, como un tipo de consenso hegemónico, puede estar atravesada también por disensos contra-hegemónicos, es decir, eventualmente en la ley también se puede expresar relaciones de antagonía. En función de ello, la juridicidad no es un tema sólo de control social, sino también un *campo de luchas*, en cual, quienes no forman parte de los segmentos hegemónicos, pueden tener algunas victorias (limitadas y provisionales, si no logran romper con la hegemonía). Por ejemplo, en el caso concreto de derechos humanos, éstos “no son categorías armónicas situadas en planos ideales de consenso. Sobre los derechos humanos hay toda una gama de *experiencias* discrepantes con las que hay que saber tratar” (Herrera, 2007, p. 120). En este sentido, el análisis de las dinámicas de las sanciones, es un campo especial para la comprensión de las relaciones entre consenso y disenso, de hegemonía y contra-hegemonía; observado la manera en que aquellas se administran, y la discrecionalidad con que se ejecutan. A partir de estos datos, se puede dar cuenta de la forma en que se organiza la hegemonía en la sociedad, sobre las relaciones contrahegemónicas y las desigualdades sociales. Analizando las sanciones, los tipos de sanción y a quiénes se les aplican. En resumidas cuentas, es poner “de manifiesto *la multiplicidad de prácticas e ideas jurídicas, conductas y normas legales en la sociedad que [se] estudia*” (Krotz, 2002, p. 36)

El objeto de estudio que resulta de dichas intersecciones, es un objeto en el cual se entrecruza lo político y lo jurídico. Pero con política, no nos referimos sólo a la organización del poder en términos de estructuras centralizadas; sino también, a la manera en que una sociedad determinada organiza las decisiones en función de lo colectivo, y de cómo las relaciones cotidianas están marcadas por la posición que los sujetos ocupan con respecto a la estructura social, y las disposiciones de las personas con respecto a su posición y a la estructura social donde se ubica (Herrera, 2007). Asumir que lo político tiene que ver exclusivamente con instancias como el Estado, significa negar la ocurrencia de fenómenos políticos en sociedades donde el Estado no aparezca, o en aquellas relaciones sociales que estando dentro del Estado, escapan a la propia dinámica estatal, y que muchas veces se articulan sobre la estructura del Estado (como las relaciones de género y generacionales). También existen procesos jurídicos y políticos fuera de las esferas del Estado, en donde lo político no está vinculado solamente a relaciones de poder, sino que está asociado a la instrumentalización de procedimientos para el logro de metas de carácter colectivo (Herrera, 2007).

Sin embargo, a la relación de lo jurídico y lo político, hay que integrarle lo económico, esto es, la *organización social del trabajo*, pues la organización de la producción en una sociedad incide en las normas que en ésta sociedad se producen. Al mismo tiempo, la producción y administración de las normas, es un tipo de *trabajo* que corresponde a la manera con que los grupos humanos organizan el trabajo. En la actualidad ésta integración de economía-política-juridicidad, no priva en la comprensión institucional de lo jurídico y en la

administración de la justicia; la cual se ve plagada por la lógica tecnocrática, que desvincula la organización social y la administración de lo jurídico. Otro aspecto que consideramos importante en el análisis de las normas es el *valor*, esto quiere decir, que dentro del sistema social, a las normas se le atribuyen distintas valoraciones, de acuerdo a principios que están fuera de lo jurídico pero que se reflejan en esta esfera. El análisis de la administración de las sanciones, también puede ser un punto de partida para comprender estos aspectos (Peña, 2002).

Estudiar los derechos humanos a partir de los criterios que hemos expuesto, significa comprender que un determinado código de derechos humanos, refleja una construcción específica del ser humano; la cual no es estática, como se puede observar en las dinámicas del derecho internacional. De ello hemos sido testigos, de una relación particular entre el derecho internacional y los pueblos indígenas: la interacción de las poblaciones indígenas como sujetos no tradicionales del derecho internacional, con las instancias y sujetos propios de la esfera multinacional, ha permitido una producción de derechos que no corresponde a la lógica tradicional del derecho internacional (Stavenhagen, 2002). Otra paradoja de los derechos, es que dichas prerrogativas de los pueblos indígenas se producen en un escenario donde los derechos humanos están supeditados a la *geopolítica* internacional.

Los conflictos fundamentales actuales en materia de derechos humanos es un tema relevante, por lo tanto, su estudio no puede estar dissociado del análisis de la ideología dominante que existe sobre lo jurídico (Herrera, 2007); pero tampoco de la ideología jurídica dominante. Porque es precisamente a partir de éstos

ámbitos ideológicos, de donde se despliegan las conflictividades en derechos humanos, ya sea, en la denuncia de su existencia o en la justificación de su destrucción (Correas, 1993). Estamos entonces, en presencia de un objeto que no corresponde a una totalidad homogénea o imparcial, como ya hemos visto; pues existen derechos que *parecieran* liquidar a otros. Pero esto no es otra cosa, que una imagen ideológica, que le permite a los grupos de poder imponer una concepción sobre los derechos y un tipo de derechos, sobre la sociedad; que se traduce en la realidad, en el ataque a la organización social. Esta imagen ideológica tiene consecuencias en la manera como se evalúan los derechos humanos, pues se elaboran variables e indicadores para *medir* el desenvolvimiento de las prerrogativas que se han estipulado en las leyes, con el privilegio de unos indicadores sobre otros como secuela (Herrera, 2007). Pero el derecho subjetivo aunque es una facultad individual, existe es en el plano social, por lo tanto derechos individuales y colectivos lejos de atacarse, de destruirse mutuamente, se complementan y se integran mutua y recíprocamente (de la Torre, 2006). Derechos humanos, centrados en lo individual, derechos humanos centrados en colectivo, y derechos humanos desplegados en la relación dialéctica entre los colectivo y lo individual; responden a tres objetos distintos, los cuales van a tener sus correlatos específicos en la organización de la sociedad.

En un extremo se sostiene que, puesto que sólo existe un agente moral sujeto de derechos, no puede haber un derecho colectivo igualmente fundamental. En el otro extremo, se argumenta que, puesto que existen derechos colectivos, tiene que haber un sujeto específico de esos derechos, distinto de los individuos. Ambos supuestos, en mi opinión, [son] inadmisibles [...] Podemos considerar los derechos fundamentales como el reconocimiento en el orden jurídico de la exigencia de satisfacer una necesidad básica de todo hombre o mujer denominarse valor objetivo. Un

valor objetivo, es el término de una actitud positiva de cualquier miembro de una asociación. En consecuencia, podemos decir que los derechos humanos son la formulación jurídica del reconocimiento de valores objetivos, propios de todo ser humano; forman parte del orden jurídico positivo, promulgado por los legisladores competentes, y son consignados en las constituciones de los Estados. El orden jurídico no estatuye esos valores sino los reconoce (Villoro, 2002, p. 220)

Con Gramsci como telón de fondo, Francisco Piñón (2002) advierte que la construcción y comprensión del sujeto es el resultado de procesos sociohistóricos, en este sentido, el ser humano es procesual, por lo tanto, es un error metodológico reducir los procesos a aspecto nominales. Por lo tanto, los derechos humanos no son importantes en lo que nombran, sino en los procesos que se despliegan y comprimen a partir de los mismos. Porque además, el derecho no es sólo normatividad, sino que también implica aspectos comunicativos, como cualquier otro aspecto de la vida social: el derecho requiere de comunicadores para que éste se pueda arraigar en la vida social. Comprender el derecho como un fenómeno comunicativo lo ubica en un horizonte de similitud con otros aspectos de la vida, pero a la vez lo distingue porque es precisamente en el ámbito de la comunicación donde podemos ubicarlo como un ámbito específico de la vida: el derecho comunica en función de códigos que se han creado dentro del propio derecho. En función de ello, podemos decir que éste aspecto es el que lo define como *autocontenido*, porque la comunicación está regulada por la intersección entre las normas del lenguaje en general y las normas del derecho (de la Torres, 2002). Esta regulación del lenguaje del derecho está centrada especialmente en la formulación de un conjunto de expectativas en función de la solución de conflictos a partir de la norma.

A pesar de que reconocemos que el derecho es un lenguaje regulado por sus propias normas, no estamos totalmente de acuerdo con la idea de que sea un sistema cerrado, pues esto no nos permitiría comprender sus relaciones con el resto de los fenómenos sociales, hacia dentro y hacia afuera (de la Torre, 2006). Es decir, el derecho es un lenguaje y como tal tiene su propia normatividad, sin embargo, esto no lo hace inmune de recibir influencias externas o de influenciar al exterior. Por ejemplo, siguiendo con las observaciones que hace Foucault, para el derecho no es importante sólo la producción de normas, sino de sujetos *normalizados*, porque “la sociedad normalizada [...] no necesita doblegar a los sujetos, porque éstos ya han sufrido un cambio de subjetividad (Suárez, 2002, p.314)”, y en este sentido, si el derecho fuese un lenguaje totalmente *autocontenido*, no pudiese desplegarse en el resto de la sociedad, pues sería totalmente *inconmensurable*. Aquí surge otra variable de análisis, relacionada con los procesos de socialización de las normas, de los derechos: el estudio de cómo se comunican las normas, los derechos y las reglas que en ellas se contemplan.

conocer las diversas concepciones efectivamente existentes de derechos humanos, las relaciones de éstas con las ideas básicas sobre persona y sociedad, poder y ley, etc., y la imbricación de todo esto en la tradición sociocultural correspondiente. Así el estudio antropológico contribuiría a sentar las bases para el diálogo intercultural [...] Desde la jurisprudencia se abriría el debate hacia los modos de encontrar mecanismos efectivos para garantizar la libertad y dignidad de todos los ciudadanos, sin que por éstos tengan que renunciar de antemano a sus culturas y opciones de vida (Stavenhagen, 2002, p. 43)

Las luchas por los derechos humanos no se circunscriben sólo a la luchas de carácter institucional, o por la institucionalización de los mismos. Sino que

además existe una práctica social que busca construir derechos humanos desde su ejercicio en la vida cotidiana (Herrera, 2008), ésta producción de derechos también debe ser estudiada, como es el caso del *derecho alternativo*, del *pluralismo jurídico*, o del *uso alternativo del derecho*; teniendo en cuenta las distintas implicaciones de cada vertiente, con respecto al derecho oficial o *pseudo* oficial. Sin embargo, lo que nos interesa manifestar en este momento, es que ese derecho que no se produce en las esferas del Estado, es estigmatizado como un *no-derecho*, por parte de la institucionalidad. Pero ésta juridicidad, no es un *no-derecho* o un derecho inventado, sino que trata de la observación de los conflictos desde una concepción de justicia (de la Torre, 2006). Por ello, la importancia del análisis de los conflictos, entendiendo que en el litigio no agota el derecho, porque el litigio en sí, no significa la resolución de problemas de derechos que ha generado el conflicto, el derecho es sólo un aspecto de las relaciones humanas.

Por pluralismo jurídico entendemos la co-existencia de distintos órdenes jurídicos en un mismo tiempo-espacio, siendo que estos distintos órdenes no se diferencia por su adscripción a distintos grados y niveles de una sola estructura jurídica, sino porque comportan cada uno su propia determinación de carácter estructural, sin embargo, estos órdenes jurídicos no se impugnan entre sí, y pueden presentarse de manera simultánea; mientras que el *derecho alternativo*, en su sentido más estricto es la existencia de distintos órdenes jurídicos que se impugnan entre sí, siendo que la presencia de uno no puede permitir la presencia de su contrincante, esta es la relación entre derecho hegemónico y contrahegemónico (Correas, 1995). Por su parte, el uso alternativo del derecho

implica la utilización del derecho existente para la reivindicación de aquellos que dicho derecho generalmente no cubija bajo su paraguas (de la Torre, 2006).

De manera sintética, se trata de observar las relaciones concretas entre ideas, valores, prácticas sociales, posiciones, disposiciones, narraciones e historicidad, en los espacios e instituciones (de la Torre, 2006). Desarrollar un conocimiento con función social, que conecte las condiciones de producción, la dignidad de las personas y los instrumentos legales de derechos humanos. En el cual se reflejen las propias consecuencias del pensamiento del investigador (los discursos de los derechos humanos, no reflejan las consecuencias de su existencia); partiendo de que el conocimiento también es un bien que debe ser protegido de la privatización. Se debe ir en contra del pensamiento que comprende a los derechos como algo superficial, ajeno de las desigualdades sociales, formulando críticas con respecto a dicho conocimiento que es colonizador. También es necesario romper con la abstracción que prima en la construcción de los sujetos, estudiando las relaciones de los seres humanos desde su vida cotidiana, y en este sentido, comprender a la libertad no como el límite de la otredad, sino como base en la construcción de la alteridad. Esto significa: “desenterrar [...] lo que queda olvidado/ocultado // establecer de un modo constante las relaciones y vínculos que han sido negados // señalar recurrentemente cursos alternativos de acción social y de reflexión intelectual” (Herrera, 2007, p. 101).

3. Cultura y Derechos Humanos

3.1. Impugnación a Nuestra Socialización Básica en Derechos Humanos

La asociación entre cultura y derecho no es una asociación de carácter artificial, es decir, no se trata de una propuesta meramente especulativa; o que surja de la idea que postula: *“todo es cultura”*; frase que revela menos de lo que oculta, sino que partimos de que “la aparición de la cultura se da con la aparición de la regla [...] El derecho está inscrito en la cultura o el derecho es cultura” (Valera, 2002, p. 73). Las culturas, aspectos fundamentales de la dinámica humana; al mismo tiempo que definen, también significan y comunican, determinando cómo se transmite la información (por ejemplo entre las generaciones) (Mead, 1977), en la cultura se definen los sujetos y las relaciones entre éstos. Siendo que dichas relaciones se configuran a partir de las relaciones de lejanía o cercanía entre los sujetos (en sentido vertical y horizontal); a la vez, dichas distancias configuran a las relaciones, y las nociones de lejanía y cercanía están pre-figuradas en la dimensión cultural; por ejemplo como sucede a través de las reglas de filiación y parentesco. En la cultura también se configura la relación entre los sujetos y los objetos, y las posibles interacciones entre éstos dos, pero a la vez entre sujetos y sujetos; y entre objetos y objetos; a partir de lo cual se generan múltiples procesos de identificación y diferencia (García, 1996). Sin embargo, como estamos en presencia de relaciones dialécticas, la cultura también es afectada por la manera en que socialmente se producen, se reproducen, se usan y desusan las relaciones entre aquellos.

La relación entre cultura, sujetos y objetos no es un proceso cerrado, en el cual la primera se define externamente a la persona, y ésta última se despliega en función de ella. Por ejemplo, en los procesos de socialización que son propios de la infancia, niños y niñas interpretan la cultura y los fenómenos sociales, no solamente imitan sino que también interpretan, de tal forma que los sujetos le agregan algo propio a aquello que ha sido representado, comprendido, traducido y actuado (Chacón, 2015). En los procesos de interpretación de los fenómenos culturales los sujetos transforman la cultura, pero de acuerdo con ciertas directrices que existen dentro de aquella, el propio sistema define lo que puede o no serle alternativo (Rossi-Landi, 1972), pero estas *alternatividades*, se pueden ir modificando con la interacción, con el intercambio, con el diálogo a lo interno de una cultura, con el diálogo con otras culturas. Pero también a través de procesos de imposición no democráticos intra y transculturalmente. Estos últimos, han significado la destrucción total de las culturas subalternas, o su asimilación a la cultura dominante, con ciertas zonas intersticiales donde a pesar de la cultura hegemónica, la subalterna puede mantener ciertos elementos. Estos procesos los podemos observar en las diferentes formas de expansión e imposición del cristianismo en América y África (Chamorro, 2004).

Las relaciones que se producen a lo interior de una cultura, o las que se producen entre las culturas pueden significar, para el *locus sociológico* (Garay, 2012) actual, vulneraciones de derechos humanos. La discusión sobre una *razón ética universal* (Rojas, 2011) (por ejemplo), nos puede llevar por caminos que conducen a defender que todos y todas podamos tener las condiciones básicas

para la vida (algo que parece muy lejano para la mayoría de las poblaciones en el planeta); pero también nos puede llevar a rechazar *a priori* otras culturas por sus dinámicas internas; sin valorar que los sujetos que corresponden a dichos sistemas culturales, pueden generar reflexiones éticas internas para transformar sus propias condiciones (Díaz-Polanco, 2009). Occidente se ha impuesto desde su visión de democracia, de derechos humanos, de economía, de cultura; despreciando (material e inmaterialmente) lo que no se le asemeje, pero a la vez, imponiendo normas para que aquello distinto, se transforme en lo más parecido a sí mismo (Fitzpatrick, 1998), con lamentables consecuencias sociales que esto conlleva; pues el asimilado deja de ser lo que era, por intentar entrar a dimensiones en las cuales nunca será aceptado con plenitud, ni podrá constituirse como tal.

En este aspecto, los derechos humanos juegan un papel muy importante en términos jurídicos-institucionales, pero también en términos culturales. Nosotros abordamos el aspecto cultural porque consideramos que desde este ámbito se configuran las acciones posteriores (jurídico-institucionales) y no al revés. Podemos observar que en los últimos 50 años (por lo menos), en la dinámica internacional las acciones imperialistas se han basado en la defensa esquizofrénica de la cultura occidental y del modo de producción capitalista; legitimando la invasión de otros países y la domesticación de otras culturas. Sin importar mucho los instrumentos jurídicos-políticos y sus procedimientos en materia de derechos humanos, es decir, ha privado una visión que deja de lado el derecho positivo de los derechos humanos que se ha promovido

hegemónicamente desde los centros de poder mundial, dándole primacía a los aspectos económicos-militares. En este sentido, introducimos una crítica cultural a la noción hegemónica-institucional-oficial de los derechos humanos, partiendo de lo siguiente:

Los derechos humanos son una convención cultural que utilizamos para introducir una tensión entre los derechos reconocidos y las prácticas sociales que buscan, bien, su reconocimiento u otro procedimiento que garantice algo que a la vez es exterior e interior a tales formas (de la Torre, 2006, p. 23)

Esta definición nos parece interesante por varios motivos: a) derechos humanos, corresponden a una *convención*, por lo tanto, no conciernen a algo que se pueda encontrar en la naturaleza, pero tampoco consisten en una interpretación *ius* de esa naturaleza, expresada en leyes objetivas hechas por el Estado, es decir que corresponden al ámbito de lo social; b) utilización: cuando algo es utilizado queda a merced de los sujetos que lo utilizan, por lo tanto, de aquí podemos desprender que para estudiar derechos humanos, es necesario observar los sujetos que los usan y cómo los usan (también obviamente, los intentos fracasados de uso el desuso, las tensiones en dicho uso y desuso, etc.), en función de objetivos-valores para el sostén de la vida; c) el uso puede estar relacionado con las interacciones entre el estado actual de los derechos y la transformación de los mismos, es decir, una dialéctica entre conservación y transformación. Para los efectos de la presente investigación, nos centramos en los elementos relacionados con la presencia de los sujetos en los derechos humanos, es decir: lo que estos pueden hacer en función del discurso de los

derechos humanos, y las decisiones que toman en función de dichos derechos, además de que se hace sobre los sujetos. Sin embargo, como los sujetos no son entidades aisladas (como los individuos en el discurso individualista), y teniendo como punto de partida las ideas que hemos esgrimido sobre la cultura; podemos decir, que ese enfoque *en* los sujetos, también requiere debatir sobre la cultura y el derecho, y las relaciones entre éstos. Pero también significa comprender la cultura en específico de donde surge el concepto actual de derechos humanos: la modernidad capitalista:

Si se entiende que la <<Modernidad>> de Europa será el despliegue de las posibilidades que se abren desde su <<centralidad>> en la Historia Mundial, y la constitución de todas las otras culturas como su <<periferia>>, podrá comprenderse el que, aunque toda cultura es etnocéntrica, el etnocentrismo europeo moderno es el único que puede pretender identificarse con la <<universalidad-mundialidad>>, el <<Eurocentrismo>> de la Modernidad es exactamente haber confundido la universalidad abstracta con la mundialidad concreta hegemonizada por Europa como <<centro>> (Dussel, 2000, p.68)

En donde el derecho tiene valor cultural, en cuanto representa un conjunto de procedimientos institucionalizados para la obtención y conservación de bienes, pero que dicha institucionalización proviene de una construcción mítica sobre otros (Fitzpatrick, 1998). Desde ésta perspectiva los derechos humanos corresponden a las relaciones de los sujetos con dichos bienes, pero también significan *sociabilidad*, pues no se trata sólo de relaciones con dichos objetos, sino también con otros sujetos, y eventualmente con otros sujetos que se configuran como bienes. Dicho de otra forma: relaciones de los sujetos en función de dichos bienes, y relaciones entre los sujetos como bienes; como es el caso del trabajo, y de la

propiedad. Los derechos humanos comprendidos como normas no están exentos de la sociabilidad, pues las normas no funcionan por sí solas, sino que requieren del uso de las personas para poder funcionar (Herrera, 2007). Por lo tanto, necesitan ser socializadas o in-socializadas para poder desplegarse o contraerse: que las personas tengan como principio de sociabilidad las normas, significa que “una norma legal [...] no es suficiente si no va acompañada de un *reconocimiento cultural por justicia*” (Gallardo, 2008, p. 155). La poca sociabilidad de las normas correspondientes a derechos en nuestras sociedades, es un ejemplo claro de una estrategia de restricción y reducción de los aquellos. Al cierre de esta investigación, nos ha costado encontrar criterios claros acerca del desarrollo de políticas de divulgación, promoción, educación en derechos humanos, o en aspectos jurídicos en general: podemos inferir, pero sin herramientas firmes para afirmarlo categóricamente, que los espacios de producción de derecho positivo (estadales, metaestadales, paraestadales) producen sus instrumentos jurídicos, con muy poca socialización real y democrática de los mismos, pero al mismo tiempo, aplican verticalmente el principio que reza: el desconocimiento de la regla no exime de su cumplimiento. El efecto de esto en la sociedad, es una sociedad que queda controlada por algo que desconoce, o que medianamente conoce, más por medios publicitarios que por medios de construcción de conocimiento. Pero demostrar esto, es una investigación que por el momento queda como una mera sugerencia.

Plantear los derechos humanos desde una perspectiva cultural, nos coloca de inmediato en el debate que ha existido entre universalismo y relativismo.

Nosotros no nos vamos a detener dicho debate, pues consideramos que ambos extremos de dicha polarización nos llevan a entidades que en sí, son negadoras de los derechos humanos. En este sentido, preferimos ubicarnos en el discurso sobre la diversidad, el cual nos permite comprender relaciones entre localidad y globalidad que no son excluyentes (Díaz-Polanco, 2009). El debate tradicional entre relativismo y universalismo que se ha dado en las esferas de los derechos humanos corresponde a planteamientos ideológicos, detrás de los cuales hay grupos que defienden la posibilidad de asumirse y mantenerse en el poder, apropiándose elitistamente de las instituciones sociales (Herrera, 2007), porque:

los problemas culturales están estrechamente interconectados con los políticos y los económicos. La cultura no es una entidad ajena o separada de las estrategias de acción social; más bien, es una respuesta, una reacción a la forma cómo se van construyendo y desplegando las relaciones sociales, económicas y políticas en un tiempo y espacio determinado (Herrera, 2007, p. 142)

Tomando en cuenta que la cultura se configura a partir de las relaciones entre todos los aspectos que significa lo social, las cuales varían en el tiempo y el espacio; la relación entre cultura y derechos humanos significa entonces, que los mismos se deben comprender en función de la diversidad presente en los mismos en cuanto a sus contenidos y objetivos, es entonces necesario entenderlos desde la *diversidad* (Díaz-Polanco, 2009). La consecuencia de esta afirmación es que los contenidos y objetivos, pero también los logros de los derechos humanos en Occidente, se deben poner en discusión con otros contenidos, objetivos y logros de otras formaciones culturales, pero ello implica necesariamente que Occidente rompa con su formación mítica originaria, es decir, su dicotomía entre

civilización/barbarie (Fitzpatrick, 1998). Pero la visión más difundida de la diversidad es el multiculturalismo, el cual ha sido promovido hegemónicamente, invalidando en el plano publicitario metodologías y conclusiones formulados desde ámbitos científicos que estudian la cultura y sus procesos, es decir, quitándole legitimidad a la antropología y al resto de las disciplinas que se han interesado en éste fenómeno humano. Se impone la figura del multiculturalismo sobre la de la diversidad, siendo que la primera niega a la segunda. Esta figura ideológica se expresa en tres sentidos: *multiculturalismo conservador*, el cual reconoce la existencia de lo distinto, pero no lo considera importante; *multiculturalismo liberal*, el cual reconoce las diferencias, pero en un sentido contemplativo; y el *multiculturalismo localista*, el cual desconoce las diferencias, y se centra en el absolutismo de lo particular (Herrera, 2007).

Derechos humanos en el mundo contemporáneo se configuran a partir de la visión abstracta-racionalidad jurídica/formal-prácticas universalistas versus una visión localista-racionalidad material/culturas-prácticas particularistas, ambas conectadas con el multiculturalismo. El problema de éstas dos visiones, es que se intentan anular mutuamente, por ello hay que formular una visión compleja-racionalidad de resistencia/practica intercultural. Porque universalismo y relativismo son visiones cerradas que se convierten en dogmas, en este sentido, son dos tipos de descontextualizaciones. Es necesario comprender los derechos humanos desde la *interconexión* de los contextos locales y globales en un sentido dialéctico (de la Torre, 2006).

Para poder comprender de manera integral lo que proponemos, es necesario que desplazemos los contenidos básicos de los derechos humanos de cualquier plano esencialista, a planos que nosotros vamos a denominar como *dialógicos*, esto es: planos donde puedan interactuar los distintos componentes de la vida. Con planos *dialógicos*, no estamos proponiendo un sentido que privilegie el debate como hecho fundamental –como el fin–, sin tomar mucho en cuenta las relaciones de jerarquía que configuran los *actos comunicativos*. Con *planos dialógicos* queremos plantear una especie de *continuum* en donde puede haber más o menos diálogo, en función de las condiciones de los elementos que compongan dicho *continuum* y de las relaciones que se establecen entre dichos elementos, en un sentido horizontal como también vertical; pero además, en dimensiones diacrónicas y sincrónicas. Es necesario para esto, entender la noción de *competencias comunicativas*, (Cenoz, 2004) categoría que nos permite entender que todos los seres humanos tenemos competencias para producir lenguaje y comunicarnos, pero dichas competencias se ven mediadas en el plano de la comunicación por las jerarquizaciones que provienen de la organización social, el resultado de la interacción entre los dos tipos de competencias, las lingüísticas y las comunicativas, es que toda la facultad del sujeto para desarrollarse lingüísticamente quedan presionadas por el contexto en el cual las personas están insertas.

Lo importante del enfoque dialógico, es que este nos permite prevenir a los derechos humanos de cualquier interpretación esencialista. Es decir, analizar a los derechos en relación con los contextos “como prácticas sociales concretas [que]

nos facilitaría ir contra la homogenización, invisibilización, centralización, y jerarquización de las prácticas institucionales tradicionales” (Herrera, 2007, p. 65). La relación de los derechos con los contextos, nos invita a pensar que el punto de partida de los primeros no es ni una esencia natural, ni una regulación formal. Por lo tanto, los derechos humanos devienen culturalmente de la relación de los sujetos con los bienes materiales e inmateriales, para el mantenimiento y desarrollo de la vida; son el resultado de las conquistas (democráticas y equitativas) de los seres humanos; son intrínsecos a las relaciones que le permiten de manera autónoma garantizar la vida. La restricción a estos bienes, significan hoy día (y podríamos decir que prácticamente desde la revolución del neolítico) procesos de división, exclusión y explotación social. Por lo tanto, desde ésta perspectiva, la vulneración de los derechos así como los derechos mismos, es el resultado de la configuración social, desde dónde se va a determinar cuáles son las relaciones sociales justas y cuáles no (de la Torre, 2006).

La relación entre justicia e injusticia, no responde a una entidad prefijada en una naturaleza universal, sino que se configura a partir de la posibilidad de que los anhelos sociales logren entrar en la esfera de la justicia, la cual se configura a partir de las características de los anhelos que la componen. Cuando los anhelos entran a la esfera de la justicia, se constituyen objetivos que establecen regulaciones sociales de acuerdo a aquellos, es decir, se configura el *deber ser*. La diferencia entre estos objetivos, y lo que estaban antes de que aquellos se logren consolidar, va a depender de la solidaridad o contradicciones entre estos objetivos y el resto de los objetivos sociales. Pero como no los advierte Jesús

Antonio de La Torre Rangel (2006), esto no puede ser comprendido como *utopías*, es decir, no se trata de horizontes que sirvan para guiarnos, sin poder llegar nunca a cumplirlos; hay que entenderlos como conquistas concretas que pueden ser cumplidas. En función de esto último, la dignidad no puede ser entendida como una abstracción, sino como un fin material e inmaterial (pero que es concreto-contextual).

El problema de pensar los derechos humanos con criterios esencialistas, y no como el resultado de procesos de carácter socio-cultural, es que se les deja en un plano -en el cual- el ser humano queda ignorante y pasivo con respecto a los derechos; porque si los derechos humanos son esencias entonces el ser humano, sólo puede acudir a los mismos de manera contemplativa, sin posibilidad de interpretación-transformación-apropiación de los mismos. Al contrario, si entendemos los derechos como procesos, los podemos colocar en una dimensión de conocimiento y acción. En este aspecto iusnaturalismo e iuspositivismo coinciden en la configuración de un sujeto víctima-pasivo-contemplativo.

Ante el pensamiento esencialista se propone el pensamiento crítico, el cual en vez de poner a las personas en una posición pasiva, hasta ignorante de esas esencias metafísicas que quedan proyectadas en la exterioridad, lo pone en una dimensión creativa y afirmativa (Herrera, 2007). Las consecuencias de los esencialismos es la propia configuración del derecho moderno, el cual se concibe como unívoco, porque es la proyección social de un derecho natural absoluto que solamente puede ser reflejado en el Estado y sus leyes (Fitzpatrick, 1999); una estrategia que utiliza la cultura occidental hegemónica para demostrar la

legitimidad de esta hipótesis, es la reducción del derecho a la ley, lo que permite otorgarle al Estado el monopolio legítimo de la administración de los derechos; de esta manera, el derecho moderno se *fetichiza* por configurarse como absoluto-externo al ser humano, y al cual hay que rendirle culto (Fitzpatrick, 1998). De acuerdo con esto, podemos manifestar la herejía de decir que *iuspositivismo* e *iusnaturalismo* se pisan los talones mutuamente. Esto es lo que permite que dichos derechos sean aceptados plenamente; pero esto también tiene consecuencias en la comprensión de la historia, y de los procesos sociales que derivan en una organización social determinada, porque “los acontecimientos históricos no ocurren por motivos trascendentes, pre-determinados o inevitables.” (Herrera, 2007, p.190), pero el esencialismo olvida muy estratégicamente esto, nos obliga a separar historia y derechos. Por todo ello:

La concepción sociohistórica indica que el fundamento de derechos humanos está en otro mundo posible, derivado de las luchas de las diversas sociedades civiles emergentes modernas, y en la capacidad de estas luchas para conseguir la judicialización de sus demandas y la incorporación de su sensibilidad específica o peculiar en la cultura reinante y en la cotidianidad que se sigue de ella y que potencia su reproducción (Gallardo, 2008, p. 7)

Comprender los derechos desde una visión sociohistórica distinta al absolutismo del esencialismo metafísico, significa comprender que los derechos humanos pueden ser reversibles (como está sucediendo en el neoliberalismo). Por lo tanto, la importancia de la lucha social y la movilización para su mantenimiento, pues aquellos no tienen que ver sólo con procedimientos, sino con relaciones de impugnación y afirmación de las estructuras y dinámicas sociales (Gallardo, 2008).

Los derechos humanos como un producto de la cultura, los entendemos tanto en sentido material como inmaterial, porque tienen que ver con la conquista, garantía, protección, negación y vulneración de bienes materiales e inmateriales. Es decir, consideramos que el ser humano debe tener los alimentos suficientes para mantener la vida, pero a la vez, debe tener la posibilidad de ser creativo, para que su alimentación no provenga de factores exteriores a su dinámica contextual. Es necesario saber leer y escribir, pero también es necesario contar con las condiciones para poder escribir y leer en función de las relaciones del sujeto con el contexto, y no que la lectura y escritura esté determinada por una cultura de lectoescritura diseñada, difundida e impuesta por sectores que son externos; que son artificiales en la medida en que proviene de contextos que no corresponden al de los sujetos, pero que es impuesta como natural.

Por lo tanto, nuestra concepción cultural de derechos humanos es en función de la relación entre bienes materiales e inmateriales; entre aspectos corpóreos y mentales, concretos y abstractos. Sin embargo, consideramos que en el discurso oficial de los derechos, éstos se proponen casi que exclusivamente en un sentido abstracto, mental, inmaterial “salud, el medio ambiente, la vivienda, el trabajo, las pensiones” (Herrera, 2007, p. 71) en el mejor de los casos, son reconocidos a *regaña dientes* por los sectores dominantes, como derechos a conquistar progresivamente. Para el pensamiento neoliberal éstos no son derechos, como lo plantea Hayek (Bedin, 2000). En otros casos, estos derechos se consideran sólo como libertades; por lo tanto, el tipo de sociabilidad y de regulación social que se plantea, es que las personas tengan la libertad de vender

su fuerza de trabajo, pero no se toma en cuenta como derechos el resultado de la relación entre trabajadores y patronos.

Estas diferencias tienen efectos considerables en la comprensión de las relaciones sociales, de los procesos políticos, de las vulneraciones de derechos; Nikos Poulantzas (1980) nos advierte al respecto, que si consideramos el tema de la represión del Estado, de los abusos de poder, como un tema exclusivamente mental, como ha sucedido con algunos interpretantes de Foucault, no podremos observar que los abusos de poder contienen un ámbito corporal, material, concreto. Poulantzas nos dice que los regímenes de violación de derechos, no violan derechos en un sentido sólo mental, discursivo, ideológico, sino que tienen toda una disposición de estrategias, dispositivos y sujetos; que acuden a violar derechos humanos no sólo en las mentes de las personas, sino también en sus cuerpos. Por ello, es importante construir una visión corpórea (cuerpo+mente) de los derechos, visibilizarlos aterrizados en la materialidad, territorializarlos, escapando a la lógica del *yo pienso*.

El problema de la concepción mental de los derechos humanos, es correlato de la visión natural-esencial que se ha construido de los mismos. Pero ésta visión no corresponde sólo al ideal *iusnaturalista*, también la encontramos en el ideal *iuspositivo*, porque éste último tampoco contempla en el ámbito formal-institucional, una relación entre materialidad e inmaterialidad. Podemos decir que el peso que se le ha dado a los ámbitos inmateriales-ideales, es proporcional a la violación material e inmaterial de los derechos. Por su peso en lo mental, los derechos humanos son posibles para grupos sociales que han tenido acceso, y

tienen acceso al conocimiento, en el marco de las estructuras jerárquicas que se han construido alrededor del mismo; mientras que el resto de la población, queda excluida del ejercicio de éstos derechos y de la capacidad de transformar por sí mismos sus condiciones de existencia.

Los derechos requieren –analítica y políticamente–, ser puestos en relación con los contextos, con el objeto de observar los elementos ideológicos que se presentan como universales. Por esta vía, podemos conocer si dichas premisas culturales pueden establecer un diálogo democrático con los contextos en los cuales se aplican, o intentan aplicar. Pero derechos humanos, tiene como principal cualidad el aspecto jurídico, en cuanto su lucha judicial implica interpretar que las normas jurídicas son integralmente exigibles ante tribunales, porque estos son los espacios-medios para la regulación social. Pero para poder analizar y aplicar la ley, se depende de los valores que priven en su interpretación, la cual está mediada por un canon que se impone desde el poder, desde quienes controlan la administración de lo jurídico. Por lo tanto, el análisis cultural de los derechos implica conocer cómo se incorporan los contextos en las decisiones judiciales.

Relacionar derechos, sujetos y contextos permite observar dinámicas de 1) *reconocimiento* de las competencias culturales que permiten responder a las condiciones de existencia; 2) de *respeto*, a la extensión dialógica de dicho reconocimiento; 3) de *reciprocidad* en el entendimiento de las responsabilidades de los fenómenos sociales; 4) de *responsabilidad* en las relaciones sociales, las cuales pueden ser verticales y horizontales; y 5) de *redistribución*, porque es necesario redistribuir los objetivos sociales e institucionales. Pero para poder

observar dichas dinámicas, se requiere de una apertura epistemológica y política; en estos escenarios, se amerita de la resignificación de la democracia, impugnar y luchar contra las ideas de democracia construidas desde las élites que vulneran derechos humanos, y secuestran lo público en favor de lo privado (Herrera, 2007).

Es necesario recuperar la noción de democracia como *poder del pueblo*. En primer lugar, esto significa vincular democracia y luchas históricas por la dignidad; segundo, ubicarse en un plano anti-sistémico que permita combatir la hegemonía que niega la diversidad; tercero, como expresión y contenido de lo segundo, profundizar la posibilidad de reflexión y creación desde la sociedad (Herrera, 2007). Esto último no significa la lapidación de los derechos humanos en un sentido occidental, sino más bien, se trata reconocer que la voluntad del pueblo es el principio de la organización social (de la Torre, 2006). Es decir, partir de “la consecuencia y la posibilidad de actuar individual y colectivamente por ver reconocidos y puestos en práctica las diferentes y plurales visiones que tengamos de nuestra capacidad y necesidades” (Herrera, 2007, p. 180). Profundización de la democracia no como formalidad, sino como un proceso de nuestras vidas cotidianas.

La relación entre democracia y derechos humanos debe significar que si la democracia reside en el pueblo (sociedad política), entonces la juridicidad no debe descansar en la sociedad civil o en la clase política, y en su clásica división de poderes (de la Torre, 2006). Es decir, vincular los derechos con el ejercicio de la vida democrática, alejando a aquellos de esa visión naturalista que desvincula derechos humanos de los procesos políticos, la cual impone una visión

individualista y privatizadora, que dibuja a los derechos humanos como *cosas-ideas* inmutables, inmodificables. Esta visión propone los derechos humanos como algo previo a la acción social, por lo tanto se refiere a ideas que son neutrales, y aparentemente determinantes de lo político, porque se concibe los derechos como el fin de la lucha de clases y la asunción de procedimientos como el principio *fetichista* de organización social, y de la administración de conflictos.

Cotidianamente se hace la asociación entre democracia y derechos humanos, sin embargo, esta asociación corresponde más a una imagen de carácter ideológico, la cual crea una supuesta correspondencia directa y proporcional, entre la democracia liberal-electoral y las prerrogativas de las personas. Esta correspondencia constituye más una exaltación del modelo de democracia capitalista, que un reconocimiento objetivo de las continuidades y discontinuidades entre democracia y derechos. Muy poco probable, es que en nuestra cotidianidad asociemos a estos dos por vía del artículo 21 de la Declaración de 1948⁴ la cual resalta a la democracia como un derecho, caracterizando a la misma, con algunos elementos que las oligarquías se abrogan para sí mismas de manera exclusiva (Gallardo, 2008). Dicha figura ideológica, que asocia democracia y derechos humanos, los identifica a ambos de manera similar: como meras formalidades desvinculadas de la dinámica real de las poblaciones, de los sujetos, de las comunidades.

⁴ El artículo 21 reza lo siguiente: 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

En la lógica dominante, democracia y derechos humanos se reducen sólo a procedimientos (procedimientos que versan sobre ideas), por lo tanto, es este el sentido que han adquirido a partir de los discursos oficiales y *pseudo* oficiales. Se asume tautológicamente que la existencia de ambos depende de instituciones e instrumentos democráticos y de derechos humanos. No se observa que las instituciones son el resultado de procesos sociohistóricos, los mismos que han configurado a los derechos humanos y a la democracia. De ésta forma, éstos dos quedan culturalmente centrados en el Estado, porque los discursos permiten derechos humanos, en la medida en que éstos están vinculados a instituciones que corresponden al Estado, no por razones “naturales”, sino por un discurso que hegemoníamente legitima ese fenómeno (Gallardo, 2008). Pero esto también es consecuencia de la visión de sociedad que se tiene: como la sociedad es un agregado de individuos autónomos, entonces, éstos no son capaces de administrar los derechos, porque no poseen instituciones orgánicas, por eso hay que dejarlos en manos del Estado.

Consiste en una cultura política que legitima a las instituciones a partir de la negación de la sociedad como instancia orgánica. El individuo que es hipotéticamente autónomo debe comportarse de acuerdo a criterios de funcionalidad institucional (la cual es externa porque es artificial); la misma no responde a criterios de garantía de la vida, sino más bien a una hipotética seguridad que está fundada más en esquizofrenias (por el aislamiento de los individuos), que en valores objetivos. Es el aislamiento del individuo y la supuesta seguridad que brinda el Estado, lo que permite es que el primero sea *regulado* por

el segundo (de la Torre, 2006). Entre el individuo y el Estado se ha construido la figura de la sociedad civil, la cual es jerarquizada y no representa al total de la sociedad. La sumatoria de individuos, más sociedad civil, más Estado; produce un tipo de *anomia*, pues la democracia se vive como un *simulacro* y los sujetos individualizados terminan detestándose y temiéndose unos a otros Gallardo (2008). En este caso, la imagen de sumatoria es importante porque el resultado social de ésta construcción cultural, se puede metaforizar bien en este procedimiento matemático: así como en la sumatoria matemática, el individuo, la sociedad y el Estado se suman para un hipotético resultado final; pero al igual que los números, los factores que se suman no se ven afectados, integrados e interrelacionados entre sí. Lo importante en esta lógica es el resultado final de la sumatoria de los elementos, no los elementos, ni mucho menos la relación entre éstos.

Las normas (nacionales o internacionales) como productos culturales, están marcadas por los valores presentes en una sociedad (revolucionarios o reaccionarios) (Herrera, 2007); por ello, es importante comprender a la norma, no sólo por la norma misma, sino más bien analizar lo que socialmente significa lo jurídico. Como ejemplo de esta otra comprensión no centralizada en la norma, podemos traer a colación una descripción sobre la manera en que se configura la administración de las normas en Occidente, que nos permite visualizar los límites y alcances de la misma: en Europa, a partir del siglo XII se produce una transformación en la manera como se entendían los conflictos entre los particulares, hasta entonces, las disputas privadas se conservaban en el ámbito

de lo privado; siendo que a partir del período indicado se produce una transformación en la cual los conflictos entre las personas, no se van a entender ya sólo como disputas o agresiones entre éstas, sino que también el sistema que ordena o pretende ordenar la sociedad, va a ser víctima de dichas agresiones. Por lo tanto, la autoridad que emana de dicho sistema, también puede exigir la reparación del daño que se le ha causado. Unos siglos más tarde, en el siglo XVIII, ocurre otro fenómeno que a nuestro criterio es importante para comprender la juridicidad moderna, se cambia la tradición de la compilación del Derecho en las universidades y esa función pasa al legislador (de la Torre, 2006).

De esta forma, en occidente hay una construcción cultural que vincula al sujeto con la ley de tal manera que se crea una imagen a través de la cual se expresa que la norma existe, porque el sujeto quiere que exista, y por lo tanto, tiene que cumplir con la normatividad; ésta es la imagen heredada de la figura de la voluntad. Sin embargo, podemos observar que las normas no son necesariamente el resultado del conglomerado de voluntades, sino de factores externos que han configurado un tipo de conflicto, y en función de ese conflicto, se organiza el sistema normativo. Esta figura cultural se compone de varios aspectos: libertad de contratar; el propio contrato establece los deberes de las partes; a la vez, la voluntad es lo que dota de juridicidad al contrato. El orden jurídico se basa en el derecho de las personas, este derecho lo constituyen libertades, pero también un tipo de concepción de hombre, y esto genera una imagen del modelo de organización social. La concepción de vulneración y satisfacción de derechos corresponde a imágenes culturales; por este motivo los procesos formativos, de

socialización, de educación en materia de derechos humanos tiene una importancia relevante, ya que en función del conocimiento que los sujetos manejen sobre el tema, y en la medida en que la sociedad pueda contar con espacios sociabilidad de los mismos, se puede tener mayores o menores probabilidades de ejercicio de los derechos (de la Torre, 2006).

Para el Estado y los sectores dominantes de la sociedad, los derechos humanos son sólo las libertades clásicas que únicamente abarcan ciertos derechos civiles y políticos. En cambio, para los grupos sociales que luchan por la vigencia plena de los derechos humanos se entiende además todos aquellos que implican una mejora sustancial de la calidad de vida, y que son los derechos sociales, económicos y culturales (de la Torre, 2006, p. 125)

4. Sobre la Historia de los Derechos Humanos

4.1 Debate Sobre el Dato Histórico en la Historia de los Derechos Humanos

La historia tiene cualidades similares a la de los derechos humanos, en el sentido que intentamos construir en este escrito, como ya veremos. Para adentrarnos en materia, creemos conveniente distinguir distintos aspectos de la realidad, que pueden ser designados con los enunciados *historia de los derechos humanos* o *desarrollo histórico de los derechos humanos*, estos son: a) la historia de los derechos subjetivos; b) la historia de las ideas que fundan dichos derechos; c) la historia del conocimiento técnico, de las disciplinas dedicadas al estudio de dichos derechos; d) la historia de eso que las ideas, los documentos y las disciplinas buscan proteger en la vida social; e) la historia de las instituciones sociales creadas para la protección de dichos derechos; f) la historia de quienes se activan socialmente para contener o desplegar dichos derechos; y g) la historia de la inexistencia, vulneración y destrucción de los derechos, y otras. Establecer estas diferencias no significa darle mayor importancia a una sobre otras, sino más bien que todas sean valoradas en su justa dimensión.

Es decir y en principio, que la “historia” no sería una mera sucesión de hechos pasados más o menos importantes, sino que en ella la *elección del objeto histórico* depende de su trascendencia a *nuestro ser*, a nuestra vida cotidiana; y esto ocurre porque son hechos que han condicionado nuestra propia visión antropológica (Zaffaroni, 1989, p. 21)

En conjunto, todas estas distintas historias componen un *sistema de significaciones* mucho más amplio que cada una de ellas por separado, aunque desde el punto vista del *hecho humano*, se pueden presentar de manera

simultánea, unilateral o multilateral; así como también contiguas o antagónicas, pueden tener significados continuos o significados des-conexos. La *distancia* o *cercanía* entre cada uno de estas historias, *depende de la forma cómo podemos explicar los fenómenos*. El problema para nosotros se presenta cuando se pretende hablar de todas esas historias, partiendo desde una sola, imponiendo sobre las demás lo observado en la singularidad. La forma de poder resolver este problema es hacer explícito en el discurso, amparados en una metodología sólida, a cuál historia nos estamos refiriendo, pues de lo contrario se invisibilizan las demás. Debemos hacer esto, por respeto y reconocimiento a las otras historias, pero también para tratar de disminuir la *incompletud* (de Sousa, 2002) de la historia que abordamos. Esto es una importante herramienta para prevenir el reduccionismo que está latente en la construcción del conocimiento científico.

No proponemos la realización una macro-historia, que englobe todas las vertientes enunciadas más arriba, u otras que aún no están en nuestra lista; ello sería un exabrupto metodológico; sino reconocer que la historia que construimos es sólo una parte de aquella, que existen otras que pueden o no ser solidarias con esta, y que la existencia de unas no niega a las otras, si se reconoce la diversidad. Hegemónicamente, la historia de Occidente niega las historias que están fuera de sus formulaciones centralistas; si las llega a reconocer, solamente es en un sentido estético (Díaz-Polanco, 2009). Por ello, hay que reconstruir la historia de los documentos que fundan y desarrollan discursivamente los derechos humanos; pero también, la historia de los movimientos sociales que luchan porque exista una relación dialógica, entre lo explicitado en los documentos y las formas de vida; la

historia de la diplomacia de los Estados; pero también, la historia de las poblaciones; las historias de las vulneraciones de los derechos (Zaffaroni, 1989); la historia de lo que se hace con aquello que dice *derechos humanos*.

Lo que se conoce como historia de los derechos humanos, la cual se plantea como una historia oficial, es una construcción epistemológica que condiciona a un objeto de estudio en específico, el cual posee particularidades de acuerdo a la disciplina que lo construye (Foucault, 2008); por lo tanto, no podemos construir dicha historia, sin hacer referencia a la visión disciplinaria que la condiciona. El derecho y la historia, son dos palabras que tienen cualidades semejantes, ambas –por lo menos en nuestra lengua- sirven para denominar al objeto, pero también a la disciplina que aborda a dicho objeto. Por lo tanto, debemos saber diferenciar a unas de las otras, porque de lo contrario, se genera la confusión que entiende a objeto y disciplina como si se fundaran y alimentaran de forma directa, como si disciplina y objeto fuesen la unidad.

Entendemos que objeto y disciplina corresponden a dos entidades distintas, asociadas entre sí a través del método, se trata de una relación entre dos elementos distintos que están asociados a través de un tercero; en un sentido platónico, podemos decir que disciplina y objeto están mediados por el método (González, 2007). Por lo tanto, la historia que construye el dato histórico, no es la misma historia como fenómeno (Bloch, 2010), y el derecho como disciplina de la regulación de la interpretación de lo *justo*, no es lo mismo que la *facultad del sujeto* (Correas, 2003). Estas diferencias son necesarias explicitarlas y hacer énfasis en el método, si nuestra pretensión es producir un discurso de carácter

científico. De lo contrario, estaríamos reproduciendo un discurso más cercano a la ideología.

En función de ello, podemos decir que esa historia que denominamos *historia oficial del derecho de los derechos humanos* se trata de una *historia de las ideas*; ya sean, en un sentido descriptivo, prospectivo, o incluso ideológico; las cuales se fundamentan a sí mismas en un sentido tautológico (Correas, 1993). Dicha historia de las ideas, eventualmente puede cubrir cuatro de las siete historias que enumeramos más arriba, es decir: la historia de los derechos subjetivos, de las ideas que fundan dichos derechos, de las instituciones sociales y del conocimiento técnico en cuanto a los mismos. Sin embargo, cubren muy poco, o nada, las dimensiones de la historia asociadas a la condición material de los derechos y a las dinámicas sociales que, por convención y no por deontología, se construyen para el ejercicio de los mismos. Mucho menos la historia de las vulneraciones.

Esta forma de construir la historia de los derechos humanos se impone como una totalidad, pero a nuestro modo de entender, se trata más bien de una metonimia (Barthes, 1971), en la cual, a partir de una parte en específico, se ha pretendido construir un todo. No se trata de un proceso en el cual se vaya de lo particular a lo general, sino que el resultado final de la construcción histórica, es la imposición hegemónica de una parte de la historia, sobre otras historias. Sabemos que la totalidad es imposible de aprehender, que de la misma sólo podemos tomar un fragmento, el problema que intentamos plantear es, cuando dicha fracción (y fracción) se impone hegemónicamente como el todo; cuando la construcción de

esa parte niega a las demás. Un fenómeno que a nuestro modo de entender ocurre frecuentemente en el desarrollo teórico, conceptual y práctico de los derechos humanos.

Si entendemos como acertadas las reflexiones de Dussel (2007), sobre la composición de la filosofía en la modernidad, debemos reconocer entonces, que esta pretendida historia universal (total) no es tal, porque la misma no incorpora los elementos universales de la humanidad; pero a la vez, des-universaliza la propia conformación del pensamiento moderno. Nuestra intención no es desvalorizar la historia tal como se conoce hoy día, hacer eso sería desconocer el proceso histórico que produjo este tipo de relato, nuestro interés es darle un sentido metodológico a algo que se diluye “naturalmente” en nuestras culturas, pero que tiene sus claras orientaciones políticas (en el sentido más amplio de la palabra). Por ello proponemos, como mero ejercicio, descomponer en la *praxis* el significado que evoca la frase: *desarrollo histórico de los derechos humanos*. Esto significa en términos Barthes (1971), poder reconocer metodológicamente el significado connotado y denotado de la frase.

Con Hegel como cabeza de cama dicha frase significa un recorrido histórico que derivó en la **consagración** de las Declaraciones de los derechos humanos (Zaffaroni, 1989), concepción con la cual Lions (1974) está de acuerdo, cuando construye su cronología de los diferentes momentos de los derechos. Esta concepción, lejos de aclarar las informaciones que poseemos sobre los procesos históricos asociados a los derechos, los obscurece; pues responde más a la ideología que construyó Europa para justificarse a sí misma, que a los eventos

sucedidos. El mensaje connotado de la frase es: *la humanidad recorrió un camino que culminó en Europa*. El mensaje denotado casualmente nos llega del propio Hegel, y se refiere al tema de que la historia no es un cumulo de hechos, sino que trata de un proceso de interpretación del pasado, que está sometido a los análisis del presente. Sólo que Hegel construyó la metodología para comprender un proceso histórico de las élites, algo que Marx logró invertir, pero sin salirse de la “linealidad” histórica hegeliana (Zaffaroni, 1989). Podríamos decir que Hegel se denoto y connoto a sí mismo.

Fue Hegel, el gran ideólogo de la glorificación de la superioridad europea, el que hizo de la historia de la humanidad la historia de Europa, o más aún de la historia de la humanidad la predestinada a nutrir LA ÚNICA HISTORIA VERDADERA; en ella se encarna el espíritu –Geist- de toda la humanidad, naturalmente europea, y más naturalmente germana y protestante. Hegel es quizá uno de los más oscuros, oficialistas y confusos, pero calificado como “racionalista” por la mayor parte de los historiadores de la filosofía (Zaffaroni, 1989, p. 31)

Profundicemos en el significado denotado de la frase, con miras a comprender los derechos humanos en un sentido que les haga más justicia. Para ello necesitamos dividir la historia de éstos en dos: la historia del derecho de los derechos humanos y la historia de los derechos humanos. La primera la proponemos para analizar los procesos que se dieron en el mundo de las ideas y en el mundo de los textos jurídicos, y cómo de uno pasaron al otro. La otra historia, la de los derechos humanos sin *el derecho*, la utilizamos para referirnos a la comprensión histórica de los procesos sociales asociados a la generación o ejercicio de los derechos. Estas dos historias pueden ser solidarias, subsidiarias, contrapuestas, similares, divergentes; sin embargo, creemos que se requiere del

análisis de las dos como procesos no autónomos, pero sí con sus propios rasgos. Podemos decir, sin riesgos de que suene valorativo, una historia de los derechos construida desde arriba, y otra construida desde *otros lugares*; una donde *derecho* puede ser tomado como la disciplina y el objeto de ésta, y otra donde *derecho* significa lucha y dignidad. Porque los derechos humanos no se pueden comprender aisladamente de los procesos socio-políticos: de la organización y de la jerarquización social.

Porque es la burguesía la clase que postula y la que está en condiciones materiales de ejercer tales derechos en su beneficio, pero el carácter universal de los mismos los pone como un ideal a alcanzar por los estratos sociales inferiores. Este movimiento hacia arriba sería complementario del movimiento hacia abajo que resultó de la propia revolución burguesa en Francia, cuando redujo a los estratos superiores al nivel del Tercer Estado, vale decir, cuando “allanó” al Estado noble y al Estado eclesiástico bajo el raso de la igualdad jurídica (García, 2012, p. 36)

Veamos de qué trata lo que intentamos explicar. Lions (1974), produce una periodización de los derechos humanos en la cual incluye un amplio recorrido que va desde el antiguo Egipto hasta la Declaración Universal de 1948; un esquema clásico de la historia universal, que busca la descripción de grandes períodos, la cual tiene como hipótesis central la noción de un recorrido histórico que derivó en la consagración de organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Para esta autora, los derechos significan prerrogativas para el desarrollo de la personalidad, y en este sentido, describe la condición de los derechos en las distintas épocas de su periodización. Esta historia que formula Lions, coincide con el resto de sus semejantes, su objeto es la descripción de grandes épocas de la humanidad; la construcción de una serie de fenómenos

semejantes desde el pasado más lejano, hasta el pasado más reciente (Bloch, 2010). Una historia que desde el punto de vista del método histórico, se concentra en construir *continuidades*, que lejos de comportar un análisis histórico de las determinaciones económicas y sociales, de las luchas de clases, de las dinámicas sociales, las invisibiliza; es decir, invisibiliza las rupturas y las discontinuidades que se producen en la movilización social por el libre desarrollo de la personalidad (Foucault, 2008), y esto es una negación de la historia humana que tanto se publicita.

Suele afirmarse que este proceso es un fenómeno europeo; en realidad, nada más alejado de la verdad que esta afirmación, la civilización industrial [la que produce los derechos] no fue un proceso europeo, sino un proceso del planeta entero, en el cual estuvimos necesariamente implicados americanos y africanos. Y resulta así porque si *Europa no hubiese subdesarrollado a América y a África, tampoco hubiese podido disponer de los medios de pago –oro y plata- ni de las materias primas necesarias para el proceso industrial* (Zaffaroni, 1989, p. 23)

Esta forma de organizar el pensamiento histórico sobre los derechos humanos, tiene a nuestro modo de entender, una triple constitución: a) es histórica en cuanto se propone como tal, b) es a-histórica por sus problemas metodológicos en la construcción del hecho histórico y c) es producto de la historia, porque es la forma en que se organiza un tipo de pensamiento específico, de un momento histórico dado (García, 2012). Se constituye como natural en el conocimiento académico y en el conocimiento común ¿Quién dudará que la humanidad llegó a la cúspide de su racionalidad con la Declaración de 1948, si la historia que se le ha construido es de semejante grandeza? Este tipo de discurso no necesita demostrar la existencia de la continuidad, ésta se naturaliza y solamente requiere

ser descrita. Quienes tienen la osadía, de por lo menos dudar de dicha historia, si deben esforzarse en demostrar sus argumentaciones (Barthes, 1971). La historia de los derechos humanos nos habla más de los intereses de quienes la construyen, que del dato histórico que hipotéticamente se intenta descubrir y describir.

Pero vamos a detenernos un momento en el planteamiento que reza: *la consagración de los derechos es la cúspide de la civilización humana*, de la cual Europa es la responsable; y contraponerla con otra en la cual coinciden Oraá y Gómez (2002), Lions (1974) y González N. (2002): *la declaración de 1948 es consecuencia directa de la II Guerra Mundial y de los desmanes que derivaron de las causas y consecuencias de la misma*. La contraposición de estas dos ideas nos demuestra un discurso que es contra-sentido en sí mismo, porque si existe un recorrido histórico, el cual fue necesario para la consagración de los derechos ¿Por qué la necesidad atribuirle tanta responsabilidad a la segunda gran guerra? ¿Por qué tanto peso a la guerra, si existe un recorrido histórico que nos llevó como humanidad a los derechos universales? Esto nos encamina a generar una hipótesis que no será resuelta en este momento: tal vez la historia del derecho de los derechos humanos y la historia de los derechos humanos tienen mayor coincidencia, si en vez de historizar *logros universales*, describimos las particularidades de las atrocidades del poder contra la sociedad y los sujetos; porque “Europa se alarmó cuando Hitler aplicó en el siglo XX las viejas prácticas genocidas europeas a los propios europeos” (Zaffaroni, 1989, p. 30).

Ello nos lleva reflexionar sobre el dato histórico, sus cualidades. Mencionábamos más arriba que en este tipo de historias, hay una soberanía del documento sobre otras fuentes históricas. La exagerada dependencia al texto, obedece al desconocimiento de esas otras fuentes, de las propiedades, de otras huellas que han dejado las sociedades del pasado (Bloch, 2010). Una reflexión metodológica sobre el proceso de construcción de este pensamiento, nos encamina a preguntarnos sobre la razón ulterior que lo legitima: *dato histórico e interpretación histórica* obedecen al mismo fenómeno.

En la historia oficial pero también tradicional de los derechos humanos, el dato histórico que se escudriña es el de las *ideas idealizadas*, como si estas fueran aspectos autónomos de los procesos políticos y sociales que se han gestado en los distintos momentos de la historia. Una construcción universal que se queda cíclicamente encerrada en unas ideas, y en una forma de concebir las mismas, es decir: reduccionismo. Insistimos, no negamos la reconstrucción de las ideas como parte de la historia de los derechos humanos; tratamos de reflexionar los problemas de la misma cuando se propone como una historia *totalitaria* universal, que no sólo coloniza otras historias, sino que coloniza otros ámbitos de la historia del propio Occidente. Al ser colonizadora, pierde criterios de racionalidad; ello tiene un efecto perjudicial para los propios derechos humanos: si se historizan sólo las ideas, entonces el resultado histórico serán solamente ideas.

Para González, la historia de los derechos humanos tiene que estar amparada en “la veracidad de los datos y al rigor del proceso lógico que los encadene” (González N., 2002, p. 19). Ahora bien, cuál es la veracidad del dato

histórico en los derechos humanos y cuál es ese proceso lógico; la pregunta al respecto es: ¿cómo se piensa el dato histórico? El documento no se interpreta como la huella de una sociedad, de una época, sino que se piensa como *hecho histórico dado*, el documento se comprende como un *monumento*, del cual sólo cabe su descripción o memorización, para darle sentido a lo contemporáneo, es una *fetichización* que habla del pasado sino que legitima el presente (Foucault, 2008). Esta lectura formalista, interesada en el documento como institución, como instancia separada de la sociedad, es la que carga con el peso de la *continuidad* “pura”-recordando a Bourdieu-, allí es donde se fija la base temporal de la universalidad.

La totalidad de esta historia no se expresa sólo en los resultados de la misma, sino también en la pretendida totalidad del dato, se le otorga una soberanía tal al documento, que le disminuye su condición: un producto social-cultural (de un grupo humano), en un momento determinado; que también plasma en dicho producto, su interpretación (o interpretaciones) sobre su pasado y su futuro; perdiendo de ésta forma su cualidad como dato histórico puro. La consecuencia de haberlo convertido en *monumento*, el documento sólo queda para la memorización. Por este tipo de construcción del dato histórico, es que González N. (2002) llega a afirmar que los derechos humanos provienen “en su casi totalidad [...] de la Ciencia Política, el Derecho y la Moral”. Ante esta afirmación nos preguntamos: ¿No proceden de un grupo humano que hace la política, que interpreta y aplica leyes (además de crearlas), y establece definiciones y prescripciones relacionadas con el bien y el mal?

¿La rigurosidad del dato histórico está en la descripción *aséptica* del mismo o en su des-composición? Consideramos que el dato no existe como un *hecho dado*, sino que es construido a partir de los intereses disciplinarios los cuales corresponden a la vez, al momento histórico desde donde se escribe. Fijar la historia de los derechos humanos en la comprensión formal-descriptiva de los documentos, no permite observar las *emergencias* de enunciados que produce cada época y que se refleja en los escritos. La visualización de estas ideas sólo es posible si vaciamos el mensaje connotado del documento como dato histórico (convertido en monumento); y vemos en él su carácter denotado, para confrontarlo nuevamente con el primero, pero en dos dimensiones: una orientada a preguntarnos sobre su cualidad como dato histórico, y la otra orientada a preguntarnos el por qué, el para qué un dato histórico en particular se convierte en un monumento (Durán, 2001).

4.2. Retrospectiva

El pasado no existe de manera pura y aislada, sino que depende las posiciones que se tengan sobre el mismo, es decir, cómo se le interprete; pero no después de conocerle, sino antes del contacto con aquel: es una pre-figuración que indica cómo se le conocerá. La pretendida linealidad histórica de los derechos humanos, es una forma discursiva de legitimación del Estado moderno. No tiene que ver con un análisis del pasado, sino más bien con el orden en el presente, a través de relaciones entre diacronía y sincronía que son de carácter ideológico (Foucault, 2008), para justificar lo actual. En este sentido, como no se trata de una historia lineal, sino de procesos en los cuales puede haber incluso

retrocesos, vamos observar algunos ejemplos que expone Hunt (2009) sobre ciertos repliegues en la materia, debidos a las dinámicas sociales que se generaron después de la Declaración francesa. Si bien, en algunos casos podríamos hablar de retrocesos, en otros creemos que se deben comprender como las consecuencias del propio pensamiento individualista-burgués, que configuraron dichos derechos. Para nosotros, los *saltos* atrás no obedecen a circunstancias tangenciales a la propia génesis de los derechos; sino que son la otra cara de aquel nacimiento, una cara generalmente oculta para quienes hacen apología de los monumentos, porque “la llamada a favor de los derechos universales, iguales y naturales estimuló el crecimiento de nuevas y, en ocasiones, fanáticas ideologías que hacían hincapié en la diferencia” (Hunt, 2009, p. 218).

A pesar de toda la discusión que podamos hacer sobre las tensiones entre individualismo y colectivismo (Lions 1974), que pudieron estar presente en los fundamentos de la segunda guerra mundial, hay un elemento de fondo: la discriminación que excluyó a los no europeos, a los no propietarios y a los no hombres de los derechos humanos; basada en principios biológicos en el siglo XIX, es proporcional a la construcción que los nacional-socialista hicieron para fundamentar la supremacía racial. Con estos comentarios no intentamos disminuir las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, sólo estamos tratando de poner en la discusión otros elementos, que nos permitan entender mejor ese fenómeno, en relación a dinámicas que en Europa se fueron prefigurando desde siglos anteriores.

La Declaración Universal de 1948 surge en respuesta al desprecio por la vida humana de los nazistas y fascistas, como respuesta a las atrocidades de aquellos; y, como respuesta a la concepción de la soberanía absoluta de los Estados. Por ello, se requirió de la internacionalización del derecho de los derechos humanos, para poseer como *humanos*, unos principios donde la relación entre los sujetos y los Estados, no fuesen sólo un problema doméstico de las naciones, con las consecuencias jurídicas que ello implica. En últimas, esto significó la caracterización jurídica de la persona dentro del derecho internacional (Oraá y Gómez, 2002). Pero fue una internacionalización regulada por Estados.

Retomando los problemas en la construcción histórica de los derechos humanos planteamos que dichos problemas no corresponden sólo a cuestiones de carácter metodológico, digamos, no es un problema de formalismos, sino que son propios del proceso para legitimar al sistema. Obedecen a la construcción histórica que requiere la modernidad y con ella el capitalismo. Esta es la forma de historia que le provee de seguridad al período histórico en el cual vivimos, así como la prosa en la edad media obedecía a la necesidad de la clase nobiliaria de relatarse a sí misma (Bloch, 2010). A través de este tipo de discurso se le construye al sujeto la sensación de que:

todo cuanto se le ha escapado podrá serle devuelto; la certidumbre de que el tiempo no dispersará nada sin restituirlo en una unidad recompuesta; la promesa de que el sujeto podrá un día –bajo la forma de conciencia histórica- apropiarse nuevamente de todas esas cosas mantenidas lejanas por la diferencia restaurará su poderío sobre ellas y en ellas encontrará lo que se puede muy bien llamar su morada (Foucault, 2008, p. 24)

Por lo tanto, esta linealidad des-contextualizada de los derechos humanos más que hablar de los hechos históricos en clave de derechos, habla de lo que el sistema necesita para su estabilidad el derecho de los derechos humanos le provee más estabilidad al sistema y al Estado, que a la dignidad de los sujetos: porque se transforma el conflicto social en un problema de procedimientos, negando la transformación de las condiciones de existencia (Correas, 2003), han sido más las poblaciones aniquiladas en nombre de los derechos humanos que los Estados que se han transformado. La supuesta universalización de los beneficios de los derechos, a través de la *especificación* (García, 2012) no ha sido un objetivo logrado, ni siquiera por el Estado de bienestar. En tiempos de la Revolución Francesa, se requirió de que la clase burguesa (que se hizo con el gobierno revolucionario), acabara con las posesiones de la monarquía, lo que significó una reinterpretación de la propiedad de los monarcas, de la nación, de la soberanía; para someterlos a la expropiación y a la venta, y de esta forma sustentar materialmente el nuevo esquema de poder. Esto lo podemos observar a través de los artículos 2° y 17° de la Declaración de aquel entonces (Fauré, 1995). Hoy día, ya muy lejos de la guillotinas, teóricos del derecho rechazan cualquier proceso similar en contra de la clase burguesa en favor del bien público (Bloch, 2010). Este es el efecto de dicha forma de construir la historia: la negación de la misma. La historia de los derechos humanos es “a-histórica, eternitaria, fijista y abstracta” (Suárez, 2011), como lo advertía Marx, con respecto al pensamiento de su época. Aunque este último -como tampoco Engels-, lograron escapar de los límites del pensamiento europeo, el cual producía dicha historia (Zaffaroni, 1989).

Más arriba argumentábamos que la historia del derecho de los derechos humanos, corresponde a la historia de las ideas; esto lo concebimos así, por la fuerte tradición que existe en construir una historia de lo que significa lo humano para épocas determinadas. Sin embargo, desde el punto de vista disciplinario, la historia de los derechos humanos le sirve a la ciencia política, a la filosofía, a la propia historia y por su puesto al derecho. Siendo que estas dos últimas tienen un origen común en cuanto a que la historia como disciplina surge en la construcción del relato sobre la justicia (Bloch, 2010). El derecho como disciplina, designa un campo de acción muy amplio, que de hecho, está mucho más allá de sus competencias, porque: a) la norma no es un problema sólo del derecho; pero a su vez, b) el derecho (como esa condición subjetiva) tampoco es un problema sólo de la justicia; c) los derechos humanos no tienen que ver sólo con temas de la Ley; d) pero si con temas del poder, en el sentido más amplio, no restringido sólo a lo político. Tomando a Foucault (2008), decimos que la historia que conocemos de los derechos humanos, corresponde a una *formación discursiva*.

En suma, la historia del derecho podría no tener existencia aparte, como no fuera la historia de los juristas; lo que no es; para una rama de la ciencia humana, tan mala manera de existir. Comprendida así, lanza sobre fenómenos muy diversos, pero sometidos a una acción humana común, luces muy reveladoras en su campo necesariamente limitado (Foucault, 2008, p. 145)

Por ello, una *arqueología* de los derechos humanos requiere comprender las relaciones por las cuales se legitima al derecho (en sentido de interpretación jurídica), a ser el portavoz de algo que está mucho más allá de sus esferas de acción, ello implica preguntarse si lo único válido para historizar los derechos

humanos son los documentos; sabiendo que los mismos responden a las condiciones de quienes lo producen, por más que se intenten proponer como el resultado de una construcción humana, abstracta y universal. Su aparición en un contexto determinado obedece a la *emergencia* que impone dicho contexto. Reconocer esto implica que otras miradas disciplinarias, puedan observar dicha historia, buscando otras fuentes, a partir de otras metodologías, o mejor dicho, a partir de la aplicación del método histórico.

4.3. Panorama general de gestación del derecho de los derechos humanos

González, N. (2002) afirma que es necesaria la comprensión del contexto en el cual se produce el texto, pero veamos cómo este autor contextualiza su construcción histórica: hace hincapié en el proceso de negociaciones que se llevaron a cabo en el seno de la Asamblea Constituyente Francesa. Con el mismo objeto, describe las negociaciones relacionadas con la Declaración de 1948. En un muy buen sentido, podemos decir que son importantes aportes para conocer el ejercicio parlamentario y diplomático que derivaron en ambas Declaraciones, en este sentido, sintetizaremos a continuación lo que nos expone el autor. La asamblea francesa fue autoproclamada (nos comenta González), pues la monarquía no aceptaba su constitución y funcionamiento. Al respecto, Fauré (1995) resalta de esta Declaración y de la de 1948 la importancia de sus resultados: a pesar del momento histórico del cual provienen (revolución burguesa –con todo lo que una revolución significa- y Segunda Guerra Mundial), han significado hitos muy importantes para la humanidad. Continuando con las ideas de González, este nos comenta que en el seno de la asamblea *fundadora*, se

debatíó acerca de la importancia de producir una declaración anterior a la Constitución francesa; que sirviera como fundamento para el desarrollo de la Carta Magna parisina. Por lo tanto, la conformación de la declaración fue un proceso de negociación entre los miembros de la asamblea (González, 2002). Fue un proceso complejo de organización por la participación de personas con distintas y disímiles posiciones (Fauré, 1995). A nuestros efectos, estos datos nos permiten desacralizar la ideología que está alrededor de aquel texto, arrebatárselas del mundo de las ideas y colocarla en el mundo de la materialidad: de las posiciones de los grupos políticos, económicos y sociales que pudieron incidir en su redacción, es decir, posicionarla nuevamente en lo que fue, un proceso contingente.

Con la intención de comprender el surgimiento y producción de los documentos en materia de derechos humanos (de cualquier tipo), consideramos importante resaltar algunos aspectos que Fauré (1995) y González N. (2002) describen: a) la organización de la asamblea francesa fue un proceso complejo de tensiones y dis-tensiones; b) los debates fueron una selección, contraposición y combinación de ideas; y c) existieron posiciones y referentes muy distintos. No queremos dejar de nombrar el debate relacionado con el orden de elaboración de una Declaración o de una Constitución porque esta discusión significa la controversia entre la necesidad de poderes fácticos para la existencia de los derechos; y los derechos como condición humana, que justifican la existencia de dichos poderes fácticos. Comprender que el surgimiento de la Declaración, es un proceso humano de selección, contraposición y combinación, tiene para nuestros efectos varias consecuencias: primero decir que el marco filosófico es mucho más

amplio que el que se refleja en la declaración; segundo, que de ese *pull* de ideas filosóficas, se tomaron unas para fundamentar los derechos; tercero, que esta selección tuvo una motivación política, de acuerdo a quienes hicieron la selección; cuarto, que se hayan fundamentado en esas posiciones filosóficas, no implica que no podamos posicionarnos desde otras fundamentaciones (Dussel, 2007). Puras cosas obvias, que nunca se dicen en la historia oficial.

En todo caso, la selección hecha por quienes escribieron las Declaraciones modernas les permitió fundamentar los siguientes aspectos: a) la configuración de los derechos *naturales* (propiedad, seguridad, resistencia a la opresión); b) prohibición de la detención arbitraria (limitación del poder del Estado ante el sujeto); y c) proporción entre los delitos cometidos y las penas (proporcionalidad de la justicia). Concreción de derechos que derivan de los planteamientos de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau. De este último se toma la premisa del *contrato social*, generado en el *depósito de la voluntad popular*: las leyes se convierten en un acto de voluntad general distintas a las del régimen monárquico, en donde la ley derivaba de la discreción y arbitrariedad real o divina. Esta noción tiene fundamento en la concepción naturalista de los derechos (Gonzalez, 2002), es decir, que sólo el hombre libre *dotado de razón*, puede “limitar su libertad natural” (Peces-Barba, 2003).

Pacto social y derechos fundamentales como derechos naturales son dos concepciones inseparables en esas primeras explicaciones abstractas de inspiración liberal burguesa, que preparan el asalto al poder de la burguesía y la aparición del Estado liberal (Peces-Barba, 2003, p. 193)

Consideramos importante describir cómo, esta configuración burguesa de los derechos humanos, incide en el ejercicio de los mismos. Retornemos otra vez al tema de los enunciados, en esta oportunidad observemos la unidad significativa (González, M. 2002): *derecho del hombre y del ciudadano*. En primera instancia, nos debemos referir al problema del género en el mismo, *mujer y ciudadana* quedaron por fuera del enunciado hegemónico, Olympe de Geuges los demostró muy bien en su momento. Otro aspecto que es contradictorio en este enunciado, es la distinción entre *persona y ciudadano*, diferencia, o mejor dicho, desigualdad que se va a plasmar en la Constitución francesa de 1791. Estas unidades significativas distinguen entre los hombres que participan de la política y aquellos que no lo pueden hacer, es decir ciudadanos Vs. hombres. En este sentido, es pertinente recordar que la participación política estaba condicionada al tema económico, al pago de tres jornadas de trabajo (González, N. 2002). A nuestro modo de entender, este es uno de los principales contrasentidos del proceso francés: *cualquiera puede participar, no todos, pero cualquiera*.

Veamos si podemos describir el fenómeno mediante el cual se estructuran estas significaciones. Primero, se apela a una idea en la cual se afirma que el hombre que vive fuera de la sociedad posee derechos naturales, los cuales dotan de razón; por lo tanto, estos derechos son anteriores al surgimiento del Estado. Segundo, el hombre dotado de racionalidad decide asociarse con otros, esta asociación funda la autoridad y el hombre queda sujeto a la misma; se convierte en ciudadano, se funda de esta manera el Estado, el cual tiene soberanía en la ciudadanía (Szabo, 1984). Tercero, quienes pueden participar de los pactos y de

lo político (la ciudadanía), son aquellos que poseen cualidades económicas para pagar por su participación (el sujeto político es condicionado por el sujeto económico). Cuarto, el fundamento de los derechos en su versión ius-natural o ius-positiva, no está desconectado de la organización socioeconómica. Quinto, es decir, que la no materialización de los derechos (García, 2012), no es un aspecto extrínseco a los fundamentos de los mismos, sino que en su fundación está la causa de la inmaterialidad, por fundarse con perfiles exclusivos de la burguesía, sin tomar en cuenta otras clases y grupos sociales. En palabras de Gallardo (2008), esta es la *matriz* que posibilita y configura los derechos.

Los derechos individuales el nuevo sistema político y de Estado siguieron a continuación: el hombre no era reconocido como tal, sino que se concebía al individuo aislado como entidad legal autónoma. En este estadio se trataban ya los derechos individuales de la sociedad burguesa, que eran poseídos por individuos y que dieron lugar a los derechos del individuo en forma de derechos humanos (Szabo, 1984, p. 46)

Esta concepción deriva en una de las primeras totalidades que van a estructurar la naciente organización política: el Estado-nación, como garante de los derechos de los nuevos sujetos que se expresan frente al Estado-Monarquía (Hunt, 2009). Pero quienes lograron capitalizar la lucha contra la Monarquía en su beneficio se erigieron como principio y fin de las ideas políticas y de sociabilidad que propugnaban, de ésta forma “la sociedad civil, comprende la totalidad de los ciudadanos” (Fauré, 1995, p. 19) de acuerdo con la teoría clásica del Estado burgués que se erigió frente al Estado monárquico. Sin embargo, esto no es más que la reducción de toda la sociedad política a uno de sus componentes (Gallardo, 2008). La totalidad francesa, se expresó a través de la idea de que todos los

ciudadanos se movilizan para producir la ciudadanía, y esto produce el *Estado universal*; pero sabemos que por lo menos, las mujeres de todos los sectores sociales, y hombres de las clases económicas bajas no formaban parte de dicha ciudadanía. El mundo periférico quedó marginado de la Declaración (González, N. 2002 y Zaffaroni, 1989). Decir esto no es un ataque lapidario contra la el mencionado documento, es reconocer los problemas históricos del mismo.

La idea de una totalidad de los hombres y de los ciudadanos se concibió así en respuesta a una realidad social y política que había perdido el sentido de su cohesión. Esta idea, empero, autoriza un orden discriminatorio para algunos grupos de población. Esta representación restringida se la sociedad política se expresó mediante del sufragio censatario (Fauré, 1995, p. 21)

Ante la hegemonía de la monarquía, el surgimiento de quienes se levantaron contra ella, de quienes pensaron cómo levantarse ante ella, y de quienes justificaron el levantamiento; requería de un cambio de concepción. Ante la idea de que el monarca era la expresión de la comunidad surge el individualismo como polo opuesto al *antiguo régimen*. Aunque hoy día podemos decir que el régimen medieval no era precisamente una expresión de la comunidad, en términos de lo colectivo, pero eso es otro tema. De esta forma, surge el individuo como instancia legítima ante el Estado absoluto, el cual tiene derechos, antes que el Derecho del Estado.

Parafraseando a Peces-Barba (2003), debemos entender que no existe una ruptura total entre el Estado-monarquía y el Estado-liberal, la configuración del poder dentro de la monarquía es un paso previo a la organización del poder en un

sentido liberal; mientras la burguesía no había logrado construir las condiciones materiales necesarias para su emancipación, “el contrato social será justificación de la monarquía absoluta” (Peces-Barba, 2003, p. 198). Cuando la burguesía logró acumular la cantidad de fuerza suficiente, se levantó contra el Estado monárquico que la había protegido, y se re-semantiza el *contrato social* que le había sido entregado a la monarquía; y esta nueva versión pasa a ser uno de los argumentos principales dentro de la nueva manera de organizar el poder. Se pasa de la fundamentación filosófica de los derechos humanos, la cual parte del contrato social, a un ejercicio positivizado de ese pacto. Se pasa del plano de las ideas filosóficas al terreno de lo positivo, esto quiere decir que el pacto social pasa de ser una propuesta sobre cómo organizar el poder, a la organización. Este fenómeno legitima al Derecho como actor fundamental de la nueva versión, la cual se va a consolidar a partir del siglo XIX. De esta manera, en un sentido bastante dialéctico, el Estado también adquiere derechos como una meta-persona, porque es el resultado de la suma de las voluntades.

A partir de los datos que ofrece González N. (2002), nosotros interpretamos que el paso de las ideas filosóficas a las ideas políticas, consistió en lo siguiente:

- a) Existe un aterrizaje de las ideas a documentos de carácter político y jurídico, que deben regular las relaciones entre el Estado y el sujeto.
- b) Este anclaje en lo doctrinario implica la extracción de los derechos humanos de otros discursos, para introducirlos en el discurso jurídico del Estado.
- c) Ello implica la vinculación automática entre derechos humanos y derecho como interpretación de las leyes.

d) Esta vinculación automática excluye otras interpretaciones de los derechos humanos, porque adquiere un peso hegemónico.

e) Por lo tanto, se trata de la historia del derecho de los derechos humanos.

f) Otras historias de los derechos humanos son marginadas, lo que implica en sí, una contradicción a los principios filosóficos y doctrinarios que se enuncian en la fundación de los derechos.

Este proceso que acabamos de escribir, configura el escenario de interacción entre el naturalismo y el positivismo; el individualismo del derecho como expresión de la burguesía; y el *estatismo* del derecho como legitimación del Estado moderno. Del *iusnaturalismo* racionalista surge el derecho subjetivo como facultad de la persona, retomando el derecho romano como fundamento para ello, sobre todo en lo que se refiere a la noción de *propiedad privada*. Surge de esta forma la primera pretensión universal de dignidad de la persona (Peces-Barba, 2003) (la humana, aunque se termine privilegiando la no humana).

El Estado necesita del derecho para legitimar el control de la fuerza, de esta forma, el derecho natural transformado en voluntad general a través del *pacto* se convierte en Ley, de allí surge el carácter coactivo de la norma, no como algo extrínseco a la voluntad, sino como resultado del consenso entre los hombres. Sin embargo, esto es en la teoría formal del Estado y en la teoría del derecho; porque en términos históricos-sociales-culturales-económicos-políticos, el pacto no obedeció a la voluntad general, sino a la voluntad de un sector: la burguesía. Como consecuencia directa de lo anterior, se separa el derecho

público y el derecho privado, pero el derecho público (hipotéticamente universal) es invadido y tomado por el derecho privado burgués. El contrato social, que es un acto de derecho público, se impone como un acto de derecho privado, por lo tanto el derecho público (en manos del Estado) se constituye para defender el derecho privado (en manos de la burguesía), de allí surge el especialista en Derecho que domina esta época; formado en la protección de los derechos de la burguesía, del ordenamiento, de la coacción y coerción, y la organización del poder (Peces-Barba, 2003). Este orden le provee a la clase burguesa seguridad a través del Estado, a través de la limitación de la partición social (García, 2012). Esto es: la limitación de la sociedad política para el despliegue de la sociedad civil y la clase política.

Aunque no se puede entender como un proceso mecánico, ni mucho menos escalar, podemos decir a modo de síntesis, que durante los siglos XVI y XVII la clase burguesa fue acumulando y concentrando la cantidad de fuerza necesaria, mientras coexistía con el Estado-monarca. Al acumular las fuerzas suficientes (políticas y económicas fundamentalmente), se alza contra el estado con el objeto de construir una organización política basada en sus propios principios, para ello usó como bandera a los derechos humanos, con el objeto de justificar sus acciones, y proponerse como la clase resolutoria de los problemas sociales de la época, incluso, los problemas de otras clases, esto se da en el siglo XVIII (García, 2012). La burguesía plantea una nueva organización política que le permite tomar el antiguo Estado, descomponerlo y recomponerlo según sus objetivos de clase, para legitimarse como propietaria no sólo de las cosas sino

también de las aspiraciones humanas. Esta clase social requirió del discurso de la universalidad, la cual debemos entender en dos dimensiones que confluyen: en una dimensión vertical hacia dentro de los territorios donde se asienta la clase burguesa y una horizontal en términos de la humanidad.

Ya en siglo XIX, pero con fuertes bases en siglo anterior, fundamentándose en las ideas naturalistas-individualistas, la burguesía genera el antídoto ante la pretendida universalidad de los derechos que se atribuye, y que le atribuye a los demás, como estrategia política para solidificarse como la clase que detendrá el poder en la nueva época. Los derechos se transformaron con el objeto de limitarlos: la limitación corresponde a desigualdades, pero estas últimas ya no se podían fundar en la razón, porque la racionalidad es lo que le daba valor universal a los derechos, se apeló a una nueva estrategia discursiva, y ahí el pensamiento científico tuvo su trabajo (Peces-Barba, 2003).

En síntesis, la “apostasía” teológica corresponde a la “degeneración” positivista, mientras la ignorancia teológica lo hace con la inferioridad cultural de la antropología evolucionista. Los “teólogos” positivistas del siglo XIX [...] no hicieron sino justificar la represión y el colonialismo, apuntalando la inferioridad humana del colonizado con otro sistema de ideas funcionalmente idéntico Zaffaroni, 1989, p. 26)

De esta formulación se desprendió la justificación de la negación de derechos para los que no formaban parte de la sociedad civil (nacional y mundialmente hablando). Si bien todas las culturas, o mejor dicho, todos los sujetos de las culturas humanas, tienen los derechos auto-adjudicados por la burguesía para sí misma. En términos del iusnaturalismo-racionalista, se requirió crear

concepciones y discursos que van a fundamentar las desigualdades, ya no ubicadas en la razón, sino en la biología; las cuales, justificaron, y en cierta medida, aún justifican las situaciones por las cuales esos otros no pueden detentar los derechos de la burguesía. A lo interno de la estructura social en la cual se funda el Estado-nación, estos patrones de discriminación biológica sirven para la relegar a los sujetos en la obtención de los derechos (Zaffaroni, 1989). Por lo tanto, los derechos humanos, también abrieron la puerta de la discriminación a aquellos que no eran europeos-hombres-blancos-propietarios (Hunt, 2009): este es el momento de surgimiento del racismo, aunque el mismo ha variado hasta hoy día, como veremos en el capítulo que dedicamos a la construcción de un marco analítico *complejo* para la comprensión del neoliberalismo.

La génesis de la identidad en Europa tuvo una matriz racista, porque la identificación de los otros como extraños, negándoles las cualidades humanas que Occidente se atribuía a sí mismo, es el mito que permite la consolidación de Europa. Esto implicó que Europa mitológicamente construyera al otro como salvaje, el cual no conocía su propio significado, por lo tanto se le debía dotar, y este trabajo les tocaba a los europeos. Este desconocimiento fue deliberado, no fue el resultado de la falta de conocimiento sobre los otros, sino que deliberadamente se trivializó el conocimiento que existía sobre los otros, una construcción mitológica del salvaje, que bilateralmente es la construcción mitológica de Occidente. Lo interesante de esto, es lo paradójico en la constitución del derecho moderno, porque todo el aparato jurídico, y toda la fundamentación de lo jurídico en la modernidad está amparada y desarrolla en función de este mito. Pero la

estrategia Occidente al respecto, permite en esa construcción de los otros como salvajes y el nosotros como racionales, que neguemos nuestro mito constitutivo, alegando que los mitos son cualidades de otros y no nuestras (Fitzpatrick, 1998).

Estas exclusiones tienen un marco referencial mucho más amplio, *el capitalismo y su auge industrial, tecnológico y científico*, que dotan al sistema en general (la modernidad) de un aparente conocimiento especializado que le va a permitir reconstruir desigualdades, ya no fundamentadas en la razón-natural, porque los derechos humanos universales se fundan en esta; sino fundamentados en supuestas desigualdades biológicas. El pacto general de voluntades que funda al Estado, es entonces, una hipótesis refutada por la propia historia, porque el pacto en realidad, no fue la voluntad de todos los sectores de la sociedad. A su vez, los derechos que surgen del mismo, se convierten en un lastre para la burguesía, cuando los derechos son cuestionados y exigidos por otras clases subalternas en la organización social. En esta lucha, el discurso hegemónico de los derechos humanos que ha sido construido y promovido por la burguesía, se vuelve un discurso contra-hegemónico en manos de quienes luchan por los derechos que fueron secuestrados por aquella clase social.

5. La Historia y las Sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Viviana Gallardo estaba detenida junto a otras mujeres en una celda de la Primera Comisaría de la Guardia Civil de Costa Rica, donde el 1 de julio de 1981 fueron atacadas por un funcionario de este cuerpo de seguridad, causando la muerte de Gallardo y lesiones al resto de sus compañeras. Por estos motivos, en fecha 15 de julio de 1981, el gobierno del país centroamericano, acudió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de someter ante dicha instancia internacional lo ocurrido bajo su jurisdicción. En Tegucigalpa (Honduras), el 12 de septiembre de 1981, se ejecutó la aprehensión ilegítima y posterior desaparición forzada de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien "fue apresado en forma violenta y sin mediar orden judicial de captura, por elementos de la Dirección Nacional de Investigación y del G-2 (Inteligencia) de las Fuerzas Armadas de Honduras" (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 4, párr. 13). De acuerdo con la denuncia sobre esto hecho, testigos presenciales pudieron observar como esta persona fue trasladada a la II Estación de la Fuerza de Seguridad Pública, donde fue sometido a torturas por "supuestos delitos políticos"; siendo que cinco días después de su detención, fue trasladado al I Batallón de Infantería del Ejército, donde continuaron los interrogatorios bajo tortura. Las fuerzas de seguridad siempre negaron haber detenido a esta persona.

Para el 13 de noviembre del mismo año, la Corte emitió una sentencia en la cual analiza las excepciones preliminares del caso de Viviana Gallardo, y en función de las mismas decidió. El tema que se discutió en dicha sentencia fue el

relacionado con el hecho de que Costa Rica introdujo de manera directa el asunto en la Corte, sin cumplir con los procedimientos establecidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con el artículo 61 numeral segundo de dicha Convención; el cual establece: para “que la Corte pueda conocer cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 al 50”, según fue citado en la sentencia. En este sentido, la vulneración de derechos en contra de Viviana Gallardo no había sido ventilada en instancias costarricenses, la Corte debió decidir entre admitir o no la solicitud de Costa Rica, en virtud de que la misma, carecía de varios procedimientos previstos por la normativa de la instancia jurisdiccional: no se cumplía con lo estipulado en el artículo 48, que establece el tratamiento que la Comisión le debe dar a las peticiones, y los artículos 49 y 50 que establecen lo que debe hacer la Comisión cuando el resultado de sus acciones conlleve a una resolución amistosa del problema, o cuando sus actuaciones sean infructuosas y no se logre una solución al conflicto.

En esta sentencia la Corte recurrió al artículo 46.1 de la Convención en función de los requisitos que estaban contemplados para que cualquier petición pueda ser presentada a la Comisión, al respecto, en la sentencia se hace referencia al procedimiento del requisito de agotamiento de los recursos que están consagrados en la legislación interna de los Estados. De esta manera, a través de la sentencia podemos observar que la Corte discutía sobre el agotamiento o no de dichos requisitos; el tema capital era si dicho requisito básico de admisión, podía “eludirse con la sola renuncia unilateral del Estado involucrado” (CIDH,

13/11/1981. Serie A, párr. 26). Al respecto, interpretó la Corte el artículo 61.2 de la Convención y en función de ello argumentó que: más allá de la renuncia del Estado, el aspecto fundamental es que el procedimiento se debió haber realizado a través de la Comisión, pues dicho Órgano es la única instancia mediante la cual los "individuos" podían interponer peticiones ante la Corte. En este sentido, vale la pena mencionar que el tribunal estableció paridad entre los actores que acuden ante dicho ente: si los individuos no pueden interponer de manera directa peticiones ante la Corte, sino a través de la Comisión, entonces los Estados tampoco. A la vez, si la Corte admitía dicha demanda, significaba saltarse el mecanismo de la Comisión, reduciéndoles a las víctimas o sus familiares, la posibilidad de interponer sus denuncias, porque esta es la única vía para hacerlo. Es decir, si la Corte hubiese admitido el caso, las víctimas se hubiesen quedado sin la posibilidad de llevar adelante una denuncia.

Es importante resaltar que en el párrafo 23 de dicha sentencia, quedó plasmado que el Sistema Interamericano se activa solamente cuando el "individuo" acude a la Comisión. Pero además, haciendo referencia a un principio de derecho internacional, también se consideró que los Estados -así como los individuos-, tienen derechos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y es un derecho de los Estados el requisito de agotamiento previo de los recursos jurídicos internos. No obstante, los jueces de la Corte advirtieron que en materia de derechos humanos, es un principio la "protección internacional de los derechos humanos [con ello se] persigue garantizar la dignidad esencial del ser humano por medio del sistema establecido en la Convención" (CIDH,

13/11/1981. Serie A, párr. 15). Y en este sentido, vale la pena señalar la manera en la cual se interpretó la Convención Interamericana de Derechos Humanos:

La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse [...] En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema (CIDH, 13/11/1981. Serie A, párr. 16)

En función de estos planteamientos, la Corte llegó a la conclusión que la omisión del cumplimiento de pasar el caso por la Comisión comporta un problema de tipo orgánico, pues a pesar de que no se sometió a consideración si efectivamente hubo violación de los derechos de Viviana Gallardo y sus compañeras; si la Corte hubiese asumido el caso de manera directa, como fue planteado por Costa Rica, hubiese cometido un acto que va en contrasentido de los principios y normas de carácter procesal que regularizan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y por ende se hubiese producido un menoscabo de la integridad de este. Por ello, la Corte estimó conveniente no pronunciarse sobre el fondo del asunto hasta que no se cumpliera con los aspectos procesales correspondientes. Estas conclusiones no versaron sobre la interpretación de los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal) de la Convención, sino sobre el procedimiento de la denuncia. Por ende, la Corte tomó las decisiones -con el voto salvado de un juez-, que a continuación se presentan:

no admitir la demanda introducida por el Gobierno de Costa Rica para el examen del caso de Viviana Gallardo y otras // aceptar y tramitar la solicitud subsidiaria del Gobierno de Costa Rica para remitir el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos // retener la petición del Gobierno de Costa Rica en su lista de asuntos pendientes en espera del trámite ante la Comisión (CIDH, 13/11/1981. Serie A, párr. 29)

En este mismo año 1981, dos personas de nacionalidad costarricense: Francisco Fairén Garbi (estudiante y empleado público), y Yolanda Solís Corrales (educadora); estaban de tránsito por Honduras, viajando hacia México; pero el 11 de diciembre desaparecieron. Cuando las autoridades hondureñas fueron consultadas por este caso, respondieron que estas personas nunca habían entrado a este país, sin embargo, los puestos fronterizos nicaragüenses informaron que estas personas habían salido del territorio de Nicaragua el día 11 de diciembre; esto sucedió en el puesto fronterizo de Las Manos. En el mismo Estado de Honduras, se produce el 22 de junio de 1982 la desaparición forzada del profesor Saúl Godínez Cruz, quien fue “detenido por un hombre que vestía uniforme militar, acompañado por dos personas vestidas de civil, quienes lo habrían introducido junto con su motocicleta, en un vehículo de doble cabina sin placas” (CIDH, 29/06/1987. Serie C NO. 03, párr. 03). Los familiares acudieron ante el sistema de justicia de Honduras, para promover los recursos jurídicos necesarios ante la desaparición de su familiar (habeas corpus), sin embargo, los tribunales de dicho país no dieron respuesta oportuna, a pesar de que se había podido comprobar que en los libros de control de detenidos, por parte de la Fuerza Pública, aparecía el nombre de Saúl Godínez Cruz.

Al sur del continente, pero cuatro años después de este último caso narrado, se produjo en Perú la siguiente vulneración de derechos:

Según la denuncia presentada ante la Comisión, el 18 de junio de 1986 Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar se encontraban detenidos en el establecimiento penal San Juan Bautista, conocido como “El Frontón”, en calidad de procesados como presuntos autores del delito de terrorismo. Agrega la Comisión que, como consecuencia del amotinamiento producido en ese penal en la fecha indicada, mediante Decreto Supremo N° 00686 JUS, el Gobierno delegó en el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas el control de los penales y el Penal San Juan Bautista quedó incluido en las llamadas “Zonas Militares Restringidas”. Que, desde la fecha en que las Fuerzas Armadas procedieron a debelar los motines, estas personas han desaparecido, sin que sus familiares los hayan vuelto a ver ni a tener noticia sobre ellos y no se ha desvirtuado hasta la fecha la posibilidad de que continúen con vida y se teme por su seguridad e integridad personales (CIDH, 19/01/1995. Serie C NO. 20, párr. 03)

El 26 de junio de 1987; la Corte Interamericana emitió tres pronunciamientos sobre las vulneraciones de derechos en sobre: Ángel Velásquez; Francisco Fairén y Yolanda Solís; y Saúl Godínez. Estos tres casos tienen en común la fecha en que se producen las sentencias de excepciones preliminares por la Corte Interamericana, pero también estaban relacionadas porque en los tres estaba involucrado el Estado hondureño y correspondían a desapariciones forzadas. Por lo tanto se ha asumido en la jurisprudencia que los tres casos constituyen una unidad; tanto es así, que en la obra coordinada por Sergio García Ramírez (2006) sobre la jurisprudencia de esta Corte, se analizan de manera conjunta. En este sentido, asumiremos la compilación realizada por García Ramírez, porque la misma nos previene de redundar y de realizar repeticiones mecánicas.

La Corte Interamericana primero debatió sobre las competencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a: la admisibilidad del caso, la solución amistosa, la investigación, la discrecionalidad, el objeto y el fin, las formalidades del derecho internacional y los informes de acuerdo a los artículos 50 y 51 de la Convención. En este sentido, la Corte volvió a hacer referencia a los artículos 48, 49 y 50 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, los cuales -como ya vimos-, trata sobre los procedimientos de la Comisión cuando recibe una petición. En este sentido, la Corte dejó claro que la decisión de la Corte no está vinculada a la decisión de la Comisión, porque se trata de procedimientos distintos. El gobierno de Honduras manifestó en reclamo, que la Comisión no activó las estrategias de solución amistosa, de acuerdo a sus atribuciones. Sin embargo, el gobierno no asumía la responsabilidad de los hechos, por lo tanto, la Corte consideró que ante una situación de este tipo “resulta[ba] muy difícil lograr un acuerdo amistoso que se traduzca en el respeto pleno de los derechos a la vida, a la integridad y libertad personales” (CIDH, 26/06/1987. Serie C No. 03, párr. 46). Pero además alegó la Corte, que los tratados en materia de derechos humanos, deben ser interpretados en función del fin y el objeto de los mismos, en este sentido, el fin de la Convención es la protección de los derechos humanos, por lo tanto, no se puede apelar a la misma para justificar acciones que obstaculicen el ejercicio pleno de los mismos. Sobre los informes emitidos por la Comisión, Honduras también formuló observaciones, sin embargo, no ahondaremos en este tema porque consideramos que fue una mera estrategia del gobierno de dicho país para obstaculizar el proceso. Lo importante al respecto, es que la Corte manifestó que de acuerdo al artículo 50 de

la Convención, los Estados no pueden solicitar reconsideraciones de dichos informes.

Sobre el cumplimiento del requisito de agotamiento previo de los recursos jurídicos al interior de los países, el gobierno de Honduras alegó que este requisito no fue cumplido. Al respecto, la Corte estimó que este elemento debería ser tratado en los elementos de fondo y no en las cuestiones preliminares (por ello lo abordaremos más adelante, cuando hagamos referencia a la sentencia de fondo sobre estos casos). Para tomar esta decisión, la Corte argumentó que la manera de demostrar que no se cumplió con este requisito, básicamente es a través de los propios Estados, es decir, cuando estos demuestran que han facilitado a las víctimas para la atención de sus reclamos, todos los recursos con los cuales dispone, y a pesar del cumplimiento de los procedimientos internos, no se ha podido restaurar el derecho vulnerado. Pero además, la Corte estimó que el no cumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos, no es excusa para que la víctima se quede sin la protección que brinda el Sistema Internacional. Sumado a ello, alegó la Corte en esta sentencia, que la desaparición forzada es un tipo de violación de derechos, que deriva de la inexistencia e ineficacia de procesos internos a los países, para su atención o prevención adecuada.

El 31 de diciembre de este mismo año (1987), un grupo de militares de Suriname atacaron a personas pertenecientes a la población indígena saramaka, (en la exposición del caso se denominan cimarrones <<maroons/bushnegroes>>). Esto sucedió en la aldea Atjoni del Distrito Sipaliwini y en Tjongalangapassi del Distrito de Brokopondo. En la Aldea Atjoni, más de 20 hombres fueron “atacados,

vejados y golpeados con las culatas de sus armas [...] algunos de ellos habrían sido heridos con bayonetas y cuchillos y detenidos bajo la sospecha de que eran miembros del grupo subversivo Comando de la Selva” (CIDH, 10/09/1993. Serie C No. 15, párr. 02). Siete de estas personas (incluido un menor de edad), fueron arrestadas por los militares, los dispusieron en un vehículo militar y los llevaron con los ojos vendados a Tjongalangapassi; en el camino, el vehículo se detuvo y le ordenaron a los indígenas que excavarán en la tierra con unas palas que les fueron entregadas (para que realizaran sus propias fosas), seis de estas personas fueron asesinadas en ese sitio: Daison Aloeboetoe, Dedemanu Aloeboetoe, Mikuwendje Aloeboetoe, John Amoida, Richenel Voola, Martin Indisie, Banai y Beri Tiopo. La séptima persona fue herida, pero logró escapar de la masacre.

el sábado 2 de enero de 1988 hombres de Gujaba y de Grantatai salieron con destino a Paramaribo para demandar información de las autoridades sobre las siete víctimas. Visitaron al Coordinador del Interior en Volksmobilisatie y a la Policía Militar en Fuerte Zeelandia, en donde trataron de ver al Jefe del S-2. Sin haber obtenido información sobre el paradero de las víctimas, el lunes 4 de enero regresaron a Tjongalangapassi y en el kilómetro 30 encontraron a Aside gravemente herido y en estado crítico, así como los cadáveres de las otras víctimas. Aside, que tenía una bala en el muslo derecho, indicó que él era el único sobreviviente de la masacre, cuyas víctimas ya habían sido en parte devoradas por los buitres. La herida de Aside se hallaba infectada de gusanos y sobre el omóplato derecho tenía una cortada en forma de equis. El grupo regresó a Paramaribo con la información. Después de 24 horas de negociación con las autoridades el representante de la Cruz Roja Internacional obtuvo permiso para evacuar al señor Aside. Este fue admitido en el Hospital Académico de Paramaribo el 6 de enero de 1988 pero falleció pese a los cuidados que recibió. La Policía Militar impidió que los parientes lo visitaran en el hospital. Hasta el 6 de enero los familiares de las otras víctimas no habían obtenido autorización para enterrar sus cuerpos (CIDH, 10/09/1993. Serie C NO. 15, párr. 06)

Cuatro meses después, el 14 de mayo de 1988, en el Distrito de Cayara, provincia de Víctor Fajardo, Departamento de Ayacucho, Perú; miembros del ejército de ese país arremetieron contra la población civil de esta zona, produciendo ejecuciones extrajudiciales, torturas, detención arbitraria, desapariciones forzadas de personas y daños contra la propiedad (CIDH, 10/09/1993. Serie C No. 14). Esta acción del ejército se produjo como reacción a una emboscada que Sendero Luminoso le tendió a un convoy militar en la zona de Erusco.

El 29 de julio de 1988, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia de fondo sobre la detención ilegítima y posterior desaparición forzada de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, producida siete años antes en Honduras. En esta sentencia, se decide sobre el tema de la idoneidad y eficacia de los recursos jurídicos internos, y el agotamiento de los mismo; aspecto que no fue considerado en la sentencia de excepciones preliminares del 26/06/1987, porque -como lo vimos más arriba-, en aquel entonces la Corte decidió que estos puntos correspondían a elementos de fondo. Se expone en esta sentencia, que si un Estado manifiesta que existen recursos internos que no fueron utilizados debidamente por las víctimas, le corresponde a la contraparte demostrar lo contrario, porque denunciar que un Estado no ha cumplido con las obligaciones que impone la Convención no debe ser un acto de "ligereza" (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 60). Pero además, porque lo importante en materia de derechos humanos, es que los Estados cumplan con el debido agotamiento de sus recursos, para permitir el acceso a la justicia a sus ciudadanos, en virtud de que el

Sistema Interamericano de Derechos Humanos funciona como “coadyuvante y complementari[o]” de la justicia estatal.

Pero realizando una interpretación del artículo 46.1 de la Convención, la Corte afirmó que los recursos no se deben considerar solamente en su existencia formal, sino que los mismos deben ser “adecuados y efectivos” (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 63), porque de lo contrario se estaría en presencia de lo que se define en el artículo 46.2 de la Convención, es decir: el Estado no provee de recursos reales a sus soberanos. De esta manera, argumentó la Corte que cuando la autoridad establece trabas y alcabalas para el ejercicio de los recursos internos, “carece de sentido” que los Estados aleguen que no se ha cumplido con este requisito, porque significa la exigencia de actos que de antemano son imposibles de cumplir por parte de los ciudadanos. Para el caso de las desapariciones forzadas, como fue el caso de Ángel Velásquez, el recurso jurídico ideal para resolver la situación desde el punto de vista legal es el *hábeas corpus*, sin embargo, este recurso resulta inútil cuando la persona ha sido detenida clandestinamente, pues en este tipo de detenciones no existe registro alguno del suceso (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 65). En una interpretación que hacemos de esto, podemos decir que en ese caso en concreto se trata de pedirle algo legal a lo ilegal, lo que constituye por lo menos un contrasentido. Además de lo anterior, la Corte también manifestó que el recurso de *hábeas Corpus* es infructuoso cuando se subordina a requisitos formales para su cumplimiento. Por todo lo anterior, la Corte consideró que son aplicables las excepciones establecidas en el artículo 46.2:

si bien existían en Honduras, durante la época de que aquí se habla, recursos legales que hubieran eventualmente permitido hallar una persona detenida por las autoridades, tales recursos eran ineficaces, tanto porque la detención era clandestina como porque, en la práctica, tropezaban con formalismos que los hacían inaplicables porque las autoridades contra las cuales se dictaban llanamente los ignoraban o porque los abogados y jueces eran amenazados e intimidados por aquéllas (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 80)

Otro elemento sobre el cual la Corte decidió, fue sobre las cualidades de las pruebas aportadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –algo que el gobierno había puesto en duda-. Como lo vimos unos párrafos más arriba, ante el alegato de Honduras sobre el cumplimiento del requisito de los recursos internos, le correspondía a la Comisión (quien fungía como demandante) la carga de la prueba. En este sentido, la Corte estimó que el criterio usado por la Comisión en la presentación de las pruebas era admisible, y esto no es un aspecto de mera forma, sino de fondo, veamos por qué: si en Honduras había una práctica de desaparición forzada que era auspiciada y permitida por las instancias del Estado –tal como fue demostrado-, y siendo la desaparición de la persona, la prueba y ejemplo más fehaciente de la desaparición de todas las huellas del delito cometido; entonces las pruebas no deben estar sometidas al criterio del Estado demandado. Pero además, en el transcurso de la investigación sobre este caso, ocurrieron hechos que demostraron que era necesario borrar todo rastro de la desaparición de Ángel Velásquez; por ejemplo, cinco meses antes de la emisión de la sentencia que estamos sintetizando -el 15 de enero de 1988-, fueron asesinados Moisés Landaverde y Miguel Ángel Pavón, quienes habían sido testigos en esta causa, a favor de las víctimas.

Al respecto, la Corte fijó una diferencia sustancial entre el derecho internacional de los derechos humanos y la justicia penal de los estados, al estimar que: “A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado” (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 135); porque el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no está enfocado en la imposición de decisiones penales, sino en el amparo de personas que hayan sido víctima de vulneraciones por parte de los Estados, es por ello que la Corte interpretó y decidió que la ausencia de pruebas no es determinante, ya que el Estado puede ser la causa de la ausencia de las mismas. Además, la intención de Honduras de descalificar a los testigos, al catalogarlos como desleales, o porque los mismos tuviesen antecedentes penales, o por su nacionalidades; no significó para la Corte, elementos sólidos para que se dude de sus cualidades como tales.

Además, con respecto a las pruebas presentadas, la Corte precisó que a pesar de que se presentaron testimonios a través de los cuales se demostraba que en Honduras, para el período en el cual desapareció Ángel Velásquez, había una práctica generalizada de desapariciones; que existiera esta práctica no era una prueba suficiente por sí sola de que en dicho caso en concreto hubiese ocurrido. Sin embargo, cuando la Corte pasa al análisis de la desaparición forzada, ya no en la manera en cómo se presentan las pruebas, sino en el análisis de lo que la desaparición representa, estima que la misma es un fenómeno

histórico, pero su utilización de manera sistemática y con intensidad para producir terror e inseguridad en la población era reciente –para el momento de la sentencia-.

A pesar de que para la época no existía un texto de carácter convencional sobre las desapariciones forzadas, el tema estaba presente en distintos documentos de carácter internacional, como en el Anuario Interamericano de Derechos Humanos y en documentos de la Asamblea General de la OEA, así como también resoluciones de instancias de la ONU, como por ejemplo el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de dicha organización. Sin embargo, y en resumidas cuentas, la Corte interpretó que la desaparición forzada es la vulneración continuada y múltiple de distintos derechos reconocidos en la Convención: integridad personal, debido proceso, libertad, vida. La Corte estimó que “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 156).

Sobre el caso en concreto, se debe resaltar que en el párrafo 147 (apartado d.i) de la sentencia en cuestión, la Corte dejó sentado que Honduras calificaba a las víctimas de desapariciones forzadas, como “peligrosas para la Seguridad del Estado”. En función de ello, la Corte manifestó que la seguridad de las sociedades o de los Estados, no justifican “el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que [...] fundamentan el sistema

interamericano y la misma Convención” (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 158). La Corte estimó que la Desaparición de Ángel Velásquez implicó la violación del derecho a la integridad personal, en virtud de que para el momento de la sentencia ya tenía siete años desaparecido; este hecho también podría hacer presumir que se había violado el derecho a la vida. Pero una de las características de la desaparición es borrar la huella del crimen cometido, pues no habían pruebas concluyentes de que esta persona había sido asesinada; no obstante, la Corte estimó que dadas las circunstancias del caso, se podía inferir plenamente, a pesar de “pequeño margen de duda”, que Velásquez fue víctima de la vulneración de derecho a la vida.

La Corte tiene la convicción, y así lo ha dado por probado, de que la desaparición de Manfredo Velásquez fue consumada por agentes que actuaron bajo la cobertura de una función pública. Pero, aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 182)

Por ende, de acuerdo con el análisis desarrollado por la Corte, cuando Honduras vulneró por lo menos el derecho a la integridad personal de Velásquez (artículo 5 de la Convención), también viola el artículo 1.1 de la misma, porque el Estado falló en el respeto del mismo, en este sentido es importante transcribir la interpretación que la Corte realizó de este artículo, porque como instancia jurisdiccional, indicó la manera de cómo entender la responsabilidad de los Estados:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 164)

De esta manera, se entendió que la responsabilidad de los Estados era mucho más directa que la que se podía presumir del artículo segundo de la Convención, porque este último artículo podría interpretarse como que primero era necesaria la adecuación legislativa en los países, para que se hicieran obligatorias las responsabilidades convenidas, ya sea que la vulneración se haya producido con la venia del Estado, o con su desconocimiento o prohibición; y ello se entiende en la manera como la Corte interpretó el artículo 1.1:

Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 173)

Honduras no cumplió con las obligaciones, fue la conclusión de la Corte, sin embargo, no podía establecer “que se garanti[zara] al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 189), por lo tanto hizo una interpretación del artículo 63.1 de la Convención, en función de las medidas necesarias para la restitución del derecho y las reparaciones correspondientes. Ángel Manfredo Velásquez llevaba siete años desaparecido, él ya no podía gozar de la protección que brinda el Sistema Interamericano, pero la Corte si podía disponer de medidas para que se enmendaran las consecuencias de la violación de derechos humanos sobre la cual estaba decidiendo. En función de ello, ordenó que se realizara un acuerdo indemnizatorio entre las partes, y en el caso de que el mismo no se lograra, la responsabilidad de la determinación de la indemnización recaería en la Corte. Por todos estos elementos la Corte Interamericana decidió que:

Desestima la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos opuesta por el Gobierno de Honduras // Declara que Honduras ha violado en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez los deberes de respeto y de garantía del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Declara que Honduras ha violado en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez los deberes de respeto y de garantía del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Declara que Honduras ha violado en perjuicio de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez el deber de garantía del derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Decide que Honduras está obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima // Decide que la forma y la cuantía de esta indemnización serán fijadas por la Corte en caso de que el Estado de Honduras y la Comisión no se pongan de acuerdo al respecto en un período de seis meses contados a partir de la fecha de esta sentencia, y deja abierto, para ese efecto, el procedimiento // Decide que el acuerdo sobre la forma y la cuantía de la indemnización deberá ser homologado

por la Corte // No encuentra procedente pronunciarse sobre costas (CIDH, 29/07/1988. Serie C No. 04, párr. 194)

Exactamente tres meses después de esta Sentencia sobre la desaparición forzada de Velásquez en Honduras, es decir, el 29 de octubre de 1988; ocurre en Venezuela un ataque por parte de fuerzas de seguridad del Estado, contra 16 pescadores que habitaban en la población de El Amparo, Distrito Páez del estado Apure, los cuales navegaban por el río Arauca, con dirección al canal La Colorada con el objeto de pescar; la embarcación estaba conducida por José Indelacio Guerrero. A las 11:20 minutos de la mañana de ese 29 de octubre, efectivos militares y policiales del Comando Específico José Antonio Páez, en un operativo militar conocido como Anguila III, atacaron a los pescadores, asesinando a 14 de ellos, mientras que dos personas (Wollmer Gregorio Pinilla y José Augusto Arias) lograron escapar cruzando a nado el río.

Estos dos sobrevivientes lograron refugiarse en la finca Buena Vista, la cual se ubicaba a unos 15 kilómetros del lugar de la masacre. El día 30 de octubre, se “entregaron al comandante de la policía de “El Amparo” [quien les brindó protección conjuntamente con otros funcionarios policiales de la zona” (CIDH, 18/01/1995. Serie C No. 19, párr. 11). Siendo que estos funcionarios policiales fueron presionados por otros agentes policiales y funcionarios militares para que entregaran a los sobrevivientes, produciéndose un intento de extracción por la fuerza de los dos sobrevivientes, lo que se logró evitar gracias a la presencia de personas frente al “puesto policial”. De hecho, está registrado en la demanda, que el día 29 de octubre en la tarde, Celso José Rincón Fuentes (Inspector Jefe de la DISIP-Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención

–policía política de este país-), acudió ante el Comandante de la policía que protegía a los sobrevivientes, indicándole “que habían matado a 14 guerrilleros y se les habían escapado dos” (CIDH, 18/01/1995. Serie C No. 19, párr. 12). El Comando de las fuerzas de seguridad que perpetraron el crimen, estaba conformado por 3 miembros del Ejército, 6 funcionarios de la Policía Técnica Judicial, 9 de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (policía política), y un ciudadano colombiano que prestaba servicios de inteligencia al Comando Específico José Antonio Páez.

También en el norte de América del Sur, pero esta vez en el extremo atlántico, en Surinam; el 05 de diciembre de ese mismo año (1988), Choeramoenipersad Gangaram Panday (conocido también como Asok Gangaram Panday), es detenido alrededor de las ocho de la noche por la Policía Militar en el Aeropuerto Zanderij. De esta situación fueron testigos Leo Gangaram Panday (hermano de Asok y quien interpone la denuncia) y la esposa de Asok: Dropati. El día siguiente (06 de diciembre), Leo Gangaram intenta comunicarse varias veces para conocer sobre el paradero de su hermano, siendo infructuosa la solicitud de información hasta las 4:30 de la tarde de ese día, cuando el Comandante le hizo saber que Asok Gangaram Panday, sería trasladado en horas de la noche a Fort Zeelandia, el funcionario le explicó a Leo que el motivo de dicha detención era que Asok había sido expulsado de Holanda. Tres días después del arresto en el aeropuerto, la Policía Militar de Fort Zeelandia, le informó a Leo que “su hermano se había ahorcado” (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 16, párr. 3.b).

Leo Gangaram Panday y su abogado, Geeta Gangaram Panday, visitaron al Fiscal General Reeder quien nada sabía del caso. Todos ellos y el señor Freitas, Auditor Militar, fueron juntos a la morgue. Allí encontraron el cuerpo de Asok Gangaram Panday que “[e]staba cubierto solamente con su ropa interior. Tenía hematomas en el pecho y el estómago y un orificio en su espalda. Un ojo estaba amoratado y tenía cortado un labio. Los hematomas eran grandes [. . .] [El cadáver] tenía un cinturón corto en torno al cuello” (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 16, párr. 3.c)

A Asok le practicaron tres autopsias, el resultado de la primera es que se había suicidado; el de la segunda, que la causa de la muerte era asfixia, “pero que no era posible atribuir la responsabilidad por su deceso”; el último análisis forense arrojó que la causa de la muerte había sido “violencia”. El hermano de Asok “grabó una videocinta del cadáver en la morgue antes de la cremación y afirma que cuando quitaron la ropa interior al cadáver observaron “que los testículos habían sido aplastados”” (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 16, párr. 3.6). Según la información suministrada por los denunciantes, el Fiscal General le manifestó de manera personal al abogado, que el caso correspondía a un suicidio; más sin embargo, “la familia no recibió informe escrito alguno; el abogado del denunciante le dijo a éste que “no deb[ía] insistir en el caso ante las autoridades surinamesas porque e[ra] peligroso” (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 16, párr. 3.f).

A inicios del año de 1989, específicamente el 20 de enero, la Corte emitió la sentencia de fondo sobre la vulneración de derechos en contra de Saúl Godínez Cruz, ocurrida el 22 de julio de 1982 en Honduras. Como expusimos más arriba, los casos de Velásquez, Godínez y el de Fairén Garbin y Yolanda Solís; han sido considerados casos congruentes por sus similitudes. En este sentido, en la exposición que vamos a hacer a continuación de la sentencia del 20 de enero

(Godínez), en los puntos que sean similares a los de la sentencia sobre Velásquez, haremos referencia a ello, para no redundar en el espacio. En esta sentencia de fondo, lo primero que resolvió la Corte, fue el aspecto que quedó pendiente en la sentencia de excepciones preliminares del 26/06/1987, cuando la Corte decidió llevar a la etapa de fondo el criterio del gobierno que reclamaba el no cumplimiento del requisito de agotamiento previo de los recursos jurídicos internos.

Al respecto, la Comisión alegó que debido a la situación interna dentro de Honduras para la época, los recursos a los cuales hizo referencia el gobierno “no eran eficaces”. Como en el caso Velásquez, la Corte estimó que si el gobierno argumentaba que no se había cumplido con el requisito del agotamiento de los recursos internos, entonces, la carga de la prueba le corresponde a la parte demandante, es decir, a la Comisión. En función de ello, la Corte interpretando el artículo 46.1.a, en concordancia con el 46.2 llegó nuevamente a conclusión de que los recursos no son solamente importantes en cuanto a la existencia formal, sino que deben ser eficaces.

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ejemplo, un procedimiento de orden civil, expresamente mencionado por el Gobierno, como la presunción de muerte por desaparición, cuya función es el de que los herederos puedan disponer de los bienes del presunto muerto o su cónyuge pueda volver a casarse, no es adecuado

para hallar la persona ni para lograr su liberación si está detenida (CIDH, 20/01/1989. Serie C No. 3, párr. 67)

En este caso -como en el de Velásquez-, el recurso de hábeas corpus no era suficiente, porque la detención fue ilegal; por lo tanto, no existían registros oficiales que permitieran por esa vía encontrar a la víctima. El argumento del gobierno -que consistió en el incumplimiento del requisito establecido en el 62.1 de la Comisión-, fue fútil; ya que desde la perspectiva de Honduras, los recursos jurídicos se entienden como mera formalidades, y no como herramientas para la resolución de las problemáticas de las víctimas. En el caso concreto, el recurso de hábeas corpus fue interpuesto en tres ocasiones, a la vez, se realizó una denuncia de carácter penal; en los cuatros momentos, el uso de estos recursos fue infructuoso para la víctima.

Aunque el Gobierno no discutió que los recursos anteriores hubieran sido intentados, manifestó que los recursos de la jurisdicción interna no habían sido agotados. Destacó a este respecto que el mismo día en que se formuló la denuncia penal ante el Juzgado Primero de Letras de Choluteca se presentó la denuncia ante la Comisión, por lo cual ésta no debió haber admitido el caso y, además, porque para que un caso sea admisible, el denunciante debe dirigirse previamente a todas las instancias que le ofrece el sistema jurídico nacional, sean ordinarias o extraordinarias. Expresó que el primer recurso de hábeas corpus fue rechazado porque se interpuso a favor de Saúl Godínez Gómez y no de Saúl Godínez Cruz y que en la denuncia penal no hay implicado o indiciado como autor del hecho que se investiga. Para demostrar lo anterior, el Gobierno presentó una certificación de la Corte Suprema en la que consta ese dato. El Gobierno afirmó que la denuncia fue abandonada por la peticionaria, al no interponer los recursos de queja y apelación de hecho. Sin embargo, señaló que la Corte Suprema pidió ese expediente ad effectum videndi y ordenó al juzgado seguir las investigaciones, por lo que dicho proceso continuaba pendiente. En cuanto a los procedimientos de hábeas corpus, agregó que no podían dar un resultado positivo si se desconocía la autoridad aprehensora y el lugar donde supuestamente estaba detenido Saúl Godínez (CIDH, 21/01/1989. Serie C No. 3, párr. 78)

Pero se pudo demostrar que el primer recurso de hábeas Corpus fue a favor de Saúl Godínez Cruz, y no de Saúl Godínez Gómez como expuso el gobierno; además el gobierno alegó que la Comisión no debió haber admitido la denuncia, por la existencia de una denuncia penal en instancias hondureñas; sin embargo, dicha denuncia también fue infructuosa. Hubo una serie de testimonios y datos que demostraban la ocurrencia de actos de secuestro y desapariciones forzadas en Honduras, como una práctica sistemática; estas pruebas fueron similares a las del caso de Velásquez, e igual que en aquel, la respuesta del gobierno fue intentar descalificar a quienes brindaron testimonios: porque eran extranjeros, porque tenían antecedentes de carácter penal, o porque los consideraba *desleales*, por haber presentado denuncias en instancias internacionales.

La Comisión utilizó en este caso al igual que en el de Velásquez, la estrategia de la prueba indiciaria, es decir, demostrar que la desaparición forzada de Godínez se produjo en un contexto de desapariciones forzadas como política auspiciada y permitida por el Estado. Para ello, expuso una serie de testimonios y pruebas sobre otras desapariciones forzadas, producidas durante ese período en Honduras; mientras la estrategia del gobierno fue descalificar las pruebas de los demandantes, en vez de demostrar el cumplimiento efectivo de los recursos internos. Por lo tanto, la Corte para determinar la relevancia de lo expuesto por la partes, debió considerar: a) que en Honduras hubo en el período 1981-1984 un importante número de personas desaparecidas; b) que esas desapariciones tenían un patrón común, c) que los secuestros eran producidos por agentes del Estado, o

con el apoyo de estos; d) que las personas desaparecidas eran consideradas “peligrosas” por el gobierno de Honduras; e) que las armas utilizadas eran de uso exclusivo de las fuerzas de seguridad del Estado; f) que las personas secuestradas eran llevadas a sitios clandestinos, de manera clandestina; g) que las “autoridades negaban sistemáticamente el hecho mismo de la detención, el paradero y la suerte de las víctimas”; h) que ninguna autoridad del Estado, era capaz de producir resultados eficaces para la prevención, investigación y sanción de estos hechos.

Sobre la desaparición de Godínez se debía comprobar que todavía estaba desaparecido, y que dicha desaparición había sido obra de agentes del gobierno a pesar de que no existía prueba directa de ello; por lo tanto, a partir de los indicios que mostramos en el párrafo anterior, la Corte tenía que tomar en cuenta que: a) Godínez perteneció al magisterio, por lo tanto realizaba actividades que eran reprimidas por el gobierno; b) había recibido amenazas previas a la desaparición; c) se presentaron indicios de que fue capturado utilizando técnicas similares a las de otras desapariciones; d) hubo omisiones por parte del Estado, similar a las de otras desapariciones; e) la tesis del gobierno de que Godínez se había unido a grupos subversivos, y se había ido a Cuba, nunca fue demostrada; f) no hubo ninguna otra explicación por parte del gobierno de por qué desapareció una persona dentro de su territorio; g) la existencia de la práctica de desaparecer personas es un indicio de peso.

De todo lo anterior, la Corte concluye: 1) que ha sido probada la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) que ha sido probado que las

condiciones en que se produjo la desaparición de Saúl Godínez coinciden con las de aquella práctica; y 3) que está igualmente probada la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica (CIDH, 20/01/1989. Serie C No. 3, párr. 156)

La Corte manifestó que la práctica de la desaparición está orientada a producir terror en la sociedad. Desde el punto de vista de la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, implica la violación del artículo séptimo de la Convención, en el cual se establece el derecho a la libertad personal. Pero además, también la violación del artículo sexto (integridad personal), porque toda desaparición forzada está acompañada de torturas y tratos crueles contra la persona. Pero con bastante frecuencia, las desapariciones forzadas concluyen en ejecuciones extrajudiciales, por lo tanto, también puede implicar la vulneración del derecho a la vida, consagrado en el artículo cuarto de la Convención; “la práctica de desapariciones por sí sola crea un clima incompatible con la garantía debida a los derechos humanos por los Estados [...] en cuanto relaja las normas mínimas [...] que deben regir los cuerpos de seguridad a los que asegura impunidad para violar esos derechos” (CIDH, 21/01/1989. Serie C No. 03, párr. 167).

Pero como la violación de estos artículos de la Convención también implicaba la vulneración del artículo 1.1: no cumplimiento del compromiso de los Estados con el respeto de los derechos humanos consagrados en dicho instrumento internacional; pero también el artículo segundo de la Convención, en cuanto a la obligación de los Estados a adoptar medidas en su derecho interno, que fuesen eficaces para el cumplimiento del artículo 1.1, la Corte concluyó que:

la desaparición de Saúl Godínez fue consumada por personas que actuaron bajo la cobertura del poder público. Pero, aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado haya servido para crear un clima en que el crimen de la desaparición forzada se cometiera impunemente y de que, con posterioridad a la desaparición de Saúl Godínez, se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Saúl Godínez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos (CIDH, 20/01/1989. Serie C No. 3, párr. 192)

Esta conclusión no fue solamente en relación a la desaparición, que implica directamente la vulneración del artículo séptimo de la Convención, sino también en función del artículo cuatro (vida) y sexto (integridad personal). Pero cuando el Estado ha violado derechos, está en la obligación de reparar el daño causado, de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención; como al propio Godínez no se le podía reparar directamente el daño causado, la Corte concluyó que: “es procedente la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la violación de los derechos especificados [...], contexto dentro del cual cabe el pago de una justa indemnización” (CIDH, 21/01/1989. Serie C No. 03, párr. 199). Por todos los elementos anteriores, la Corte decidió en esta sentencia lo siguiente:

Desestima la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos opuesta por el Gobierno de Honduras // Declara que Honduras ha violado en perjuicio de Saúl Godínez Cruz los deberes de respeto y de garantía del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Declara que Honduras ha violado en perjuicio de Saúl Godínez Cruz los deberes de respeto y de garantía del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Declara que Honduras ha violado en perjuicio de Saúl Godínez Cruz el deber de garantía del derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Decide que Honduras está obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a

los familiares de la víctima // Decide que la forma y la cuantía de esta indemnización serán fijadas por la Corte en ejecución del fallo y deja abierto, para ese efecto, el procedimiento // No encuentra procedente pronunciarse sobre costas (CIDH, 20/01/1989. Serie C No. 3, párr. 203)

El 07 de febrero de aquel año 1989, en Colombia (específicamente en la población de Guaduas, Municipio San Alberto, del Departamento del César); un hombre y una mujer fueron detenidos por una patrulla militar que estaba adscrita a la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga; estas personas eran Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana. Isidro tenía para entonces 11 años como dirigente del magisterio colombiano, y ya había estado detenido porque se le acusaba de pertenecer al Movimiento 19 de abril (M-19); luego de su liberación había sido víctima de hostigamientos. María del Carmen Santana colaboraba con Isidro en la organización del “Encuentro por la Convivencia y la Normalización”, el cual tenía como objeto dar respuestas políticas al conflicto armado en dicho país. De acuerdo con la referencia que la Corte tomó de la demanda, una mujer –Elida González– que también fue detenida ese mismo día, manifestó que había visto a Isidro Caballero vestido de militar y con él estaba una mujer.

Agrega la demanda que la familia de Isidro Caballero y varios organismos sindicales y de derechos humanos iniciaron la búsqueda de los detenidos en las instalaciones militares en donde se negó que Isidro Caballero y María del Carmen Santana hubieran sido aprehendidos. Se entablaron acciones judiciales y administrativas para ubicar el paradero de los desaparecidos y sancionar a los responsables directos pero no obtuvieron resultados positivos. Tampoco se obtuvo reparación de los perjuicios causados (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 17, párr. 13)

Dos meses después de la sentencia sobre el caso de la desaparición forzada de Godínez, y un mes después de la desaparición forzada de Caballero y

Santana, es decir, el 15 de marzo de 1989, la Corte emitió la sentencia sobre el caso de la desaparición de Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales, ocurrida también en Honduras en de diciembre de 1981, como ya habíamos visto más arriba. Para este caso, el gobierno hondureño volvió a apelar en su defensa: el no cumplimiento del requisito de agotamiento previo de los recursos internos. Sobre ello, la Corte volverá a retomar los mismos aspectos considerados en la sentencia sobre Velásquez y Godínez, es decir, interpretando el artículo 46 estimó que la existencia formal de recursos, no es suficiente para los ciudadanos; es necesario que existan, pero que concurrentemente sean eficaces. Al respecto, en el transcurso de tiempo que hubo desde la desaparición hasta la sentencia que describimos (06 años), se encontraron unos cadáveres en un sector de Tegucigalpa, a los cuales no se les realizó la autopsia en su debido tiempo – porque según el gobierno–, la parte interesada no realizó la solicitud de la manera adecuada. Sin embargo, la Corte estimó que el estudio forense adecuado hubiese sido una prueba importante, pero que el mismo no representaba un recurso adecuado para restituirle los derechos a una persona desaparecida. Sobre los demás recursos (como el hábeas corpus), la interpretación de la Corte fue homóloga a la de los otros dos casos sobre Honduras que hemos trabajado: dicho recurso es insuficiente cuando se trata de una detención ilegal-clandestina.

En efecto, de acuerdo con una declaración notariada, por medio de un hábeas corpus que se introdujo, se pudo verificar que en los libros del puesto fronterizo de Manos, por donde entraron a Honduras Francisco Fairén Garbi y Yolanda Solís Corrales, estaba reflejado que ingresaron en un vehículo; sin

embargo, cuando la juez encargada de ejecutar el recurso preparaba una disertación sobre el hábeas corpus, no encontró en los archivos de la Corte Suprema de Justicia de Honduras el expediente y el informe respectivo. Nos interesa rescatar de esta sentencia un factor que es importante para nuestros objetivos, es decir, para comprender lo que se hace con los derechos humanos: el padre de Francisco Fairén dio testimonio de "que no hizo gestiones judiciales porque se le había informado que los recursos de exhibición personal no surtían ningún efecto y se le había aconsejado que lo mejor era hacer "presión internacional" (CIDH, 15/03/1989. Serie C No. 6, párr. 104) (existe cierta práctica de activistas de derechos humanos que promueven la *no* utilización de los recursos internos de los países; lo que constituye una limitación para las víctimas de violaciones en la búsqueda de justicia). En todo caso, la Corte rechazó el argumento de la falta de agotamiento de los recursos internos.

Honduras también intentó en este caso, desacreditar a los testigos por razones ideológicas, por considerarlos desleales al acudir a una instancia internacional, y por tener antecedentes penales; sin embargo, no aportó ninguna prueba que sirviera para esclarecer el caso. La Corte, por su parte, hizo referencia a las sentencias sobre Velásquez y Godínez, y en función de ello argumentó que la desaparición forzada es violatoria del artículo los artículos 4,5 y 7 de la Convención, es decir, vida, integridad personal y libertad; y por supuesto el artículo 1.1 de la convenio continental. En este sentido, la Corte concluyó –debido a diversas contradicciones en las pruebas–, lo siguiente:

Desestima la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos opuesta por el Gobierno de Honduras // Declara que en el presente caso no ha sido probado que Francisco Fairén Garbí y Yolanda Solís Corrales hayan desaparecido por causa imputable a Honduras, cuya responsabilidad, por consiguiente, no ha quedado establecida // No encuentra procedente pronunciarse sobre costas (CIDH, 15/03/1989. Serie C No. 6, párr. 163)

Como en la sentencia del 29 de junio de 1987, sobre la vulneración de derechos en contra de Velásquez Rodríguez por la parte de Honduras, se determinó que este país había violado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entonces, de acuerdo al artículo 63.1 dicho país estaba obligado a reparar los daños causados; entonces, el día 21 de julio de 1989, la Corte emitió una nueva sentencia con el objeto de decidir sobre la reparación que debía hacer el país centroamericano. Lo primero que debió decidir la Corte, fue si se pudo resolver por la vía cuasijurisdiccional de la Comisión; al respecto, el gobierno de Honduras y la Comisión solamente se pusieron de acuerdo sobre las personas que deberían ser beneficiarias de la indemnización, pero por otras discrepancias, la Corte debió resolver sobre la misma. La Corte fundamentó su decisión de establecer una indemnización compensatoria –porque de acuerdo con esta sentencia, la indemnización se debe entender como compensación y no como condena para los Estados–, de la siguiente manera:

Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado "incluso una concepción general de derecho", que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (**Factory at Chorzów**, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y **Factory at Chorzów**, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the**

United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184) (CIDH, 21/07/1989. Serie C No. 7, párr. 25)

Es importante tener en cuenta estos elementos, porque esta fue la primera sentencia sobre reparaciones que dictó la Corte Interamericana, y por lo tanto, son los aspectos que tomaron en cuenta los jueces de entonces para establecer todo lo relativo a la reparación del daño. En función de ello, la Corte estimó que de acuerdo a los principios de derecho internacional, la reparación del daño “consiste en la reparación plena” *restitutio in integrum*, lo que significa: “el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral” (CIDH, 21/07/1989. Serie C No. 7, párr. 26). Siendo que en lo que se refiere al daño moral, este también puede ser reparado, basándose en principios de equidad. Además en el ámbito de los derechos humanos, la Corte se fundamentó para su decisión en artículo 63.1 de la Convención que establece: “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Para el establecimiento de esta decisión, la Corte hizo referencia a lo siguiente:

El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo

50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CIDH, 21/07/1989. Serie C No. 7, párr. 28)

Sobre la obligación de Honduras en cuanto a investigar la desaparición forzada de Velásquez Rodríguez, la Corte estimó que ya en la sentencia de fondo había decidido sobre ello, que si bien este aspecto no se encontraba en la decisión final de la Corte, si estaba en el desarrollo de la sentencia. Siendo que la Corte estimó que la existencia de la sentencia donde se declara que Honduras fue responsable de la violación del derecho a la libertad, a la integridad personal y a la vida de Velásquez, ya constituye en sí una medida de reparación. Estos serían los alcances y límites de la indemnización compensatoria sobre la cual decidió la Corte.

En función de ello, la Corte estimó que la indemnización debe calcularse bajo la figura del lucro cesante, tomando en cuenta los posibles ingresos de la víctima hasta la fecha probable de muerte natural; tomando como punto de partida el sueldo estimado de un maestro, y la pensión que le correspondería luego de su eventual jubilación. Sin embargo, la Corte tomó en cuenta que el lucro cesante para la víctima es distinto que para sus familiares, porque la víctima sería afectada por el resto de su vida por el daño causado, pero los familiares eventualmente pueden trabajar; por lo tanto el cálculo no debía ser algo rígido.

Con base en una estimación prudente de los ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable y en el hecho de que en este caso la indemnización está destinada exclusivamente a los familiares de Manfredo Velásquez mencionados en el proceso, la Corte fija el lucro cesante en quinientos mil lempiras, que se pagarán a la cónyuge y a los

hijos de Manfredo Velásquez en la forma que después se precisará (CIDH, 21/07/1989. Serie C No. 7, párr. 49)

Mientras que por el concepto de daño moral, la cantidad establecida fue de 50000 lempiras, las cuales debieron ser pagadas a la cónyuge e hijos de Velásquez, quienes tendría como requisito para recibir estos montos, solamente la demostración de filiación con la víctima, sin ningún otro requisito que establezca Honduras; porque esta decisión corresponde es al Sistema Interamericano, es decir al derecho internacional y no al derecho interno. Siendo que el gobierno debería haber pagado la suma estipulada a partir de los noventa días siguientes a la notificación de la sentencia, y podía ser pagado en un máximo de cuatro cuotas; los montos debían estar libres de impuestos. La indemnización debía ser repartida entre los familiares de la siguiente manera: una cuarta parte para la cónyuge y las otra tres partes distribuidas entre los hijos a través de un fideicomiso; el tribunal interamericano supervisaría todo este proceso. La sentencia dice textualmente lo siguiente:

Fija en setecientos cincuenta mil lempiras la indemnización compensatoria que el Estado de Honduras debe pagar a los familiares de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez // Decide que la cantidad correspondiente a la cónyuge de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez será de ciento ochenta y siete mil quinientos lempiras // Decide que la cantidad correspondiente a los hijos de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez será de quinientos sesenta y dos mil quinientos lempiras // Ordena que la forma y modalidades de pago de la indemnización serán las especificadas en los párrafos 57 y 58 de esta sentencia // Resuelve que supervisaré el cumplimiento del pago de la indemnización acordada y que sólo después de su cancelación archivaré el expediente (CIDH, 21/07/1989. Serie C No. 7, párr. 60)

En esta misma fecha, la Corte emitió la sentencia de reparaciones sobre el caso de la vulneración por parte de Honduras en la cual fue víctima Saúl Godínez

en el año 1982. La sentencia presenta la misma estructura y fundamentos que la de Velásquez, por lo que no repetiremos lo ya expuesto para el caso anterior. En todo caso, la variación entre una sentencia y otra está en la decisión de la Corte, de cómo debía ser reparado del daño de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención; para lo cual se utilizó también la fórmula del lucro cesante, tomando en cuenta el cargo y sueldo devengado por Godínez al momento de su muerte. De igual forma, la Corte estimó que el pago debería realizarse máximo a los noventa días posteriores de la notificación al gobierno; siendo que lo podía hacer en cuatro partes. En concreto, por concepto de indemnización y de daño moral, la decisión de la Corte fue:

Fija en setecientos cincuenta mil lempiras la indemnización compensatoria que el Estado de Honduras debe pagar a los familiares de Saúl Godínez Cruz // Decide que la cantidad correspondiente a la cónyuge de Saúl Godínez Cruz será de ciento sesenta y dos mil quinientos lempiras // Decide que la cantidad correspondiente a la hija de Saúl Godínez Cruz será de cuatrocientos ochenta y siete mil quinientos lempiras // Ordena que la forma y modalidades de pago de la indemnización serán las especificadas en los párrafos 52 y 53 de esta sentencia // Resuelve que supervisará el cumplimiento del pago de la indemnización acordada y que sólo después de su cancelación archivará el expediente (CIDH, 21/07/1989. Serie C No. 8, párr. 55)

Ya entrados en la década de los noventa, en Managua-Nicaragua, el 28 de octubre de 1990 Jean Paul Genie Lacayo, de 16 años de edad, fue asesinado por efectivos militares, quienes le dispararon luego de que la víctima intentara sobrepasar con un vehículo una caravana militar; después de que fue ametrallado lo dejaron abandonado, muriendo por hemorragia. Los estudios balísticos indicaron que el vehículo no solamente recibió disparos en movimiento, sino también cuando se detuvo. Pero la desproporción no se quedó solamente en el

momento del asesinato, sino que de acuerdo a la denuncia, continuó para entorpecer los trámites administrativos y judiciales que se debieron realizar para desarrollar una investigación oportuna:

agentes del Gobierno, actuando bajo la investidura de la función pública, realizaron acciones que causaron denegación de justicia. Entre ellas cabe mencionar la desaparición de elementos probatorios, la desobediencia de testigos militares a comparecer a declarar ante el Juez Séptimo del Distrito del Crimen de Managua, la no tramitación del proceso interno dentro de un límite razonable de tiempo y la aplicación de normas contrarias al objeto y fin de la Convención, como los Decretos 591 y 600 referentes a la Ley de Organización de la Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar y a la Ley Provisional de los Delitos Militares. Dichas acciones impidieron una investigación imparcial para sancionar a los responsables e indemnizar a los familiares de la víctima. Agrega la Comisión que los hechos materia de la demanda tuvieron principio de ejecución el 23 de julio de 1991, fecha en que la Procuraduría General de Justicia, en ese entonces única titular de la acción penal pública, interpuso la denuncia ante el Poder Judicial (CIDH, 27/01/1995. Serie C No. 21, párr. 13)

El 04 de diciembre de 1991, la Corte Interamericana emitió la sentencia de excepciones preliminares sobre la vulneración de derechos en contra de Asok Gangaram Panday, ocurrida el 5 de diciembre de 1988 en Surinam. En esta sentencia, la Corte debió decidir acerca de los aspectos formales: como la falta de firma en el memorial de la Comisión (situación que fue objetada por el gobierno de Surinam), y la presencia del representante de la víctima en la delegación de la Comisión. Sobre estos puntos, la Corte estimó, tomando como referencia las interpretaciones y decisiones en el caso Velásquez Rodríguez, que ciertas formalidades no son determinadamente necesarias, y que obviarlas no es un aspecto que sea siempre relevante; lo importante en todo caso es el cumplimiento de los derechos procesales. Sobre la excepción preliminar de que la Comisión designó como representantes a personas que no estaban en el propio seno de

dicha instancia, la cual interpuso el gobierno basándose en los artículos 2.1 y 3.1 del Estatuto y 71.4 de la Comisión; la Corte concluyó que el procedimiento realizado por la Comisión estuvo ajustado a la normativa, ya que el Reglamento en cuestión establecía que la representación era potestativa de la Comisión y la misma podía designar a quien considerara pertinente. A la vez, el gobierno de Surinam presentó objeciones acerca de la violación de derechos por parte de la Comisión en contra del Estado, cuando: 1) declaró en un informe que Surinam habría violado derechos; 2) “por romper la regla de confidencialidad” al elaborar dicho informe; y 3) por la manera en que fueron determinadas y presentadas las pruebas.

La Corte concluyó, interpretando el artículo 50 de la Convención, que la Comisión actuó ajustada a la norma, porque son funciones de la Comisión redactar un informe cuando –de acuerdo a sus atribuciones–, no se pueda solucionar el conflicto. Sobre el aspecto de la confidencialidad, la Corte se remitió a los artículos 46.3 del reglamento de la Corte y el 74 del reglamento de la Comisión y sobre este aspecto concluyó que cuando la Comisión hizo público el caso (en el informe anual), y emitió opiniones sobre el mismo, no violó la confidencialidad tal como lo denunció Surinam, porque la Comisión lo realizó cumpliendo todos los parámetros legales correspondientes.

Sobre el aspecto de la determinación de la prueba, Surinam indicó que la Comisión se basó en el artículo 42 de su reglamento para la determinación de la prueba, el cual establece que si los gobiernos no presentan pruebas que indiquen lo contrario de la denuncia, debe presumir que los hechos denunciados son ciertos; al respecto, Surinam argumentó que sí había presentado información que

derivaban en conclusiones distintas a las de la Comisión, por ello objetaba que dicha instancia se hubiese basado en el artículo 42, cuando el gobierno si presentó pruebas. Al respecto la Comisión indicó que sus pruebas no estaban basadas en la presunción, sino en una investigación propia. Por tales motivos, la Corte determinó que la Comisión no presentó las pruebas por medio de la figura de la presunción; también indicó que el gobierno no demostró la violación del derecho de petición en su contra por parte de la Comisión.

El gobierno también adujo que no se había cumplido con los requisitos establecidos en los artículos del 48 al 50 de la Convención: la Corte manifestó que “el gobierno no hizo valer ante la Comisión la excepción de no agotamiento de los recursos internos [...] lo que constituye una renuncia tácita de la excepción” (CIDH, 04/12/1991. Serie C No. 12, párr. 39); por lo tanto, estimó que esta excepción era de carácter extemporánea. Pero el gobierno de Surinam también alegó que la Comisión no había fundamentado su decisión, lo que implicaría la violación de los artículos que van desde el 47 y hasta el 51 de la Convención; sin embargo el gobierno no pudo demostrar esto.

Pero en esta misma fecha –fecha 04 de diciembre de 1991–, la Corte también emitió la sentencia de este tipo sobre la vulneración de derechos ocurrida en Surinam en el 31 de enero de 1987 en contra de indígenas saramaka: sobre este caso, en la audiencia Surinam reconoció su responsabilidad en los hechos ocurridos, por lo tanto, la Corte dio por cerrada la controversia, siendo que quedaba pendiente solamente el tema de las reparaciones. En este sentido la Corte decidió que:

Toma nota del reconocimiento de responsabilidad efectuado por la República de Suriname y decide que ha cesado la controversia acerca de los hechos que dieron origen al presente caso // Decide dejar abierto el procedimiento para los efectos de las reparaciones y costas del presente caso (CIDH, 04/12/1991. Serie C No. 11, párr. 24)

Unos días después, el 11 de diciembre de aquel año 1991, la Corte emitió su sentencia de excepciones preliminares sobre el caso de Neira Alegría, Edgar Ernesto Escobar y William Zenteno Escobar, contra el Estado de Perú, por los hechos sucedidos el 18 de junio de 1986 en el penal conocido como El Frontón. Al respecto, la Corte discutió acerca del agotamiento previo de los recursos internos; sin embargo, sobre este punto, debió aplicar la regla de *estoppel*, pues Perú en un momento manifestó que no se habían agotado los recursos en instancias nacionales, y en otro momento dijo lo contrario. Al respecto la regla *estoppel* quiere decir: de acuerdo como se ha aplicado el derecho en instancias internacionales, cuando una posición que beneficia a la parte y pone en desventaja a la otra, pero después esta misma posición es contravenida por la misma parte, a la segunda posición se le aplica lo siguiente: *non concedit venire contra factum proprium*; entonces el punto en discusión no fue si se cumplió o no con el requisito de agotamiento previo, sino que el gobierno sostuvo “dos afirmaciones contradictorias [...] esa contradicción afecta[ba] la situación procesal de la parte contraria” (CIDH, 11/12/1991. Serie C No. 13, párr. 29).

Esta contradicción perturbaba la posibilidad de admisión de la demanda, de acuerdo al artículo 46.1.b de la Convención, la contradicción de Perú podía alterar los lapsos de acuerdo a los aspectos procesales que regulan el accionar del

Sistema Interamericano. Sin embargo, la Corte basándose en casos que ya hemos visto (Velásquez y Godínez), estimó que el gobierno con esa acción estaba “impidiendo en este proceso de oponer la excepción de incompetencia fundada en el artículo 26, inciso 1.b. de la Convención” (CIDH, 11/12/1991. Serie C No. 13, párr. 30). El gobierno interpuso otra excepción preliminar en relación al lapso de la Comisión para interponer la demanda en la Corte, de acuerdo al artículo 51 (inciso primero) de la Convención, en el cual se establece tres meses para interponer la acción. Pero esta presunta extemporaneidad que alegaba Perú, derivó de una prórroga que este propio país había solicitado, por lo tanto, dicha excepción fue rechazada por la Corte.

El 03 de febrero de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió otra sentencia de excepciones preliminares relacionada con Perú, en esta oportunidad se trataba del caso Cayara, el cual versaba sobre los hechos ocurridos en la población con este nombre, cuando unidades del ejército arremetieron contra aquellas el 14 de mayo de 1988. En esta sentencia se debatió sobre los informes que debe elaborar la Comisión de acuerdo a los artículos 50 y 50.1 de la Convención y los plazos relacionados con los mismos. Al respecto, la Corte reiteró lo declarado ya en casos anteriores: “el objeto y fin del tratado es la protección de los derechos humanos [...] y a él hay que subordinar la interpretación de todas las disposiciones del mismo” (CIDH, 03/02/1993. Serie C No. 14, párr. 51), esto en referencia a las obligaciones establecidas en el artículo 51 de la Convención. En este caso, la Comisión realizó una extensión de los plazos por solicitud de Perú, pero estimó la Corte que la Comisión no podía hacer

un uso arbitrario de dichas extensiones, porque ello le resta seguridad jurídica a los Estados. Sobre este aspecto la Corte interpretó que:

Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica (CIDH, 03/02/1993. Serie C No. 14, párr. 42)

Sobre este caso en particular, hubo cuestiones procesales importantes, distintas a las que hemos observado en lo que hemos relatado hasta el momento. La Comisión introdujo y retiró la demanda ante la Corte, por lo tanto, el gobierno alegaba que a partir de esta acción, la Comisión había quedado sin competencias para conocer el caso, aun cuando esta acción la realizó la Comisión por solicitud del gobierno. Al respecto, no estaba normada la posibilidad o imposibilidad del retiro de la demanda, pero un principio general de derecho es que la parte demandante puede retirar una demanda, siempre y cuando la Corte no le haya dado inicio formal. Lo concreto del caso es que producto del retiro de la demanda, los lapsos procesales fueron sobrepasados, lo que trajo como consecuencia la extemporaneidad de la acción de la Comisión ante la Corte. Por lo tanto la demanda era inadmisibles, en función del equilibrio que debe existir entre la protección de los derechos humanos y la seguridad jurídica de los Estados. Por lo tanto la Corte declaró que:

Declara que la demanda de fecha 14 de febrero de 1992 fue interpuesta por la Comisión fuera del plazo establecido en el artículo 51.1 de la Convención // Declara que la Comisión mantiene las demás facultades

que le confiere el artículo 51 de la Convención // Ordena archivar el expediente CIDH, 03/02/1993. Serie C No. 14)

Por la vulneración de derechos en contra de los indígenas saramakas, cometida por miembros del ejército de Surinam; el gobierno había aceptado su responsabilidad en los hechos –como ya lo habíamos visto–, quedando pendiente la decisión sobre las reparaciones correspondientes. Por ello, el 10 de septiembre de 1993, la Corte emitió su sentencia de reparación. Al respecto, se observa en la sentencia que existían discrepancias entre las partes, por lo tanto, la Corte debió decidir, en función de que se le diera cumplimiento a lo estipulado en el artículo 63.1 de la Convención, estableciendo que “la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de derecho interno” (CIDH, 10/09/1993. Serie C No. 15, párr. 44). En este sentido, la Corte manifestó la importancia de que el Estado valore las condiciones previas y posteriores a la vulneración para la ejecución de la reparación; por lo tanto, y haciendo referencia a las sentencias en materia de reparación sobre los casos de Velásquez y Godínez: en los casos de vulneración del derecho a la vida, la indemnización pecuniaria es la forma que adquiere la reparación del daño.

La Comisión solicitó la reparación bajo el principio *in integrum restitutio*, principio que había sido base para las decisiones anteriores de la Corte en la materia; pero en esta oportunidad la propia Corte realizó la interpretación de este

principio, llegando a afirmar que no significa una reparación total de todas las consecuencias de la vulneración:

La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida jurídicamente tutelada. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la *in integrum restitutio* se refiere a un modo como puede ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como debe ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada (cfr. *Usine de Chorzów*, *fond* , *supra* 43, p.48). De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención Americana (CIDH, 10/09/1993. Serie C No. 15, párr. 49)

Sobre la manera de establecer reparaciones, la Corte estableció criterios similares a los anteriores casos, sin embargo, en este caso las discrepancias surgen básicamente por las características del grupo poblacional y cultural al cual pertenecían las víctimas. Desde el punto de vista antropológico –el cual es el que rige la presente investigación–, este caso tiene peculiares características porque demuestra cómo la Corte asumió el tema de la diversidad cultural en sus decisiones. La Comisión estimó que la reparación debía realizarse en función del derecho saramaka, mientras que el gobierno afirmaba que la reparación debía ser bajo el régimen del derecho civil. La argumentación de la Comisión se basó en la autonomía Saramaka, la cual fue reconocida en un tratado con los Países Bajos en 1762, tratado que les permitía constituirse como una comunidad conformada por los esclavos que lograban escapar de “sus propietarios”. La Corte estimó que dicho pacto no podía ser invocado en una instancia de derechos humanos, porque el mismo también contemplaba la posibilidad de que los saramacas capturaran otros esclavos evadidos, y se los entregara a las autoridades de la época. Sin

embargo, la Corte si estimó como relevante que las leyes de Suriname no eran eficaces con respecto “de aquella tribu”.

La Comisión solicitó entonces que la reparación tomara en cuenta la estructura social y las relaciones de parentesco de esta población que dista de las estructura social y de las relaciones de parentesco occidentales. La Corte indicó que en esta materia existía poco desarrollo desde el punto de vista normativo, y para entonces Suriname no había sido aprobado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por lo tanto, lo que se podía aplicar al caso era principios generales de derecho. Recordemos, el debate en este asunto era básicamente cómo determinar los beneficiarios de la reparación. Pero el problema no se refiere solamente a los aspectos socio-culturales, sino también a que era una población asentada en medio de la selva, sin ningún tipo de registro civil de matrimonios, nacimientos o fallecimientos; pues el Estado de Suriname no había prestado estos servicios en esta zona. Lo paradójico del caso, es que la falta de información sobre la identidad de estas personas obedecía a que el Estado no les había garantizado este derecho, pero la falta de información obedece a que aquel ha dejado de cumplir sus obligaciones, por lo tanto su objeción no tenía asidero. Suriname tampoco ofreció otros datos que permitieran establecer criterios distintos para la identificación de los beneficiarios.

A partir de la revisión de la denuncia y de la documentación propia del proceso contencioso, la Corte pudo determinar los familiares directos de las víctimas. La comisión solicitaba una reparación más extendida en virtud de las características culturales de los saramacas, sin embargo, la Corte estimó que la

reparación debía estar fundada en prestaciones que dejaron de recibir los terceros por el asesinato de la víctima, y las pruebas sobre esto no fueron debidamente presentadas o no contaban con la eficacia suficiente. Sobre la reparación del daño moral, la Corte estimó que los padres que no habían sido declarados sucesores en el aspecto anterior, también serían beneficiarios de la reparación del daño moral. Además, en cuanto a los gastos efectuados por los familiares de las víctimas para encontrar los cadáveres, la Corte declaró que se debían reintegrar aquellos que habían sido comprobados durante el proceso. La Corte no consideró que hubiese habido daño moral para todos los saramacas como entidad socio-cultural, por lo tanto no estimó una reparación del daño para toda la comunidad.

Para el cálculo de cuánto correspondía por cada reparación, la Corte se basó en la jurisprudencia ya desarrollada en estos 10 años de aplicación del derecho, y volvió a utilizar la figura de *lucro cesante*, el cual sirve para calcular cuánto serían los ingresos de las personas desde el momento de su fallecimiento hasta la edad estimada de muerte, de acuerdo a las características demográficas. Para lograr el cálculo de estos montos se estableció el salario que devengaban los trabajadores de la construcción en Surinam, porque por medio de la condición saramaka no se podía hacer el cálculo, por ese motivo, la Corte construyó un sujeto que le permitiera realizar el cálculo monetario. En el caso de los hijos de las víctimas, los recursos económicos que resultan de estos cálculos, debían ser invertidos en su educación, sin embargo, como en la comunidad saramaka, la escuela y el dispensario no funcionaban adecuadamente, y en este sentido, los recursos económicos no serían eficaces para garantizar un desarrollo adecuado,

la Corte ordenó que el gobierno reabriera la escuela, la dotara de los recursos necesarios para su buen desempeño, también se ordenó que el dispensario se pusiera totalmente operativo.

De la reparación del daño material correspondiente a cada víctima se adjudica un tercio a las esposas, que se lo dividirán por partes iguales entre ellas si hubiere más de una, y dos tercios a los hijos, que también se dividirá por igual entre ellos si hubiere más de uno // La reparación del daño moral correspondiente a cada víctima será dividida así: una mitad se adjudica a los hijos; un cuarto para las esposas y el otro cuarto para los padres. Si hubiere más de un beneficiario en alguna de estas categorías, el monto se dividirá entre ellos por igual // El reintegro de gastos será pagado a la persona que, según el escrito de la Comisión, lo efectuó (CIDH, 10/09/1993. Serie C No. 15, párr. 97)

Se debe resaltar que los montos fueron calculados en dólares estadounidenses con el objeto de evitar que los procesos inflacionarios de Surinam deterioraran los beneficios económicos de las reparaciones, para esto, se estableció como fecha límite para el depósito por parte del gobierno en un fideicomiso el 1 de abril de 1994, entre otros criterios de carácter financieros que buscaban proteger el patrimonio que deriva de estas reparaciones, una de ellas fue que la Corte dispuso de la creación de una fundación integrada por los familiares de las víctimas, y la propia Corte definió su sentencia los objetivos y atribuciones de la misma:

La Fundación prestará asesoramiento a los beneficiarios. Si bien los hijos de las víctimas se cuentan entre los principales beneficiarios, sus madres o los tutores que los tienen a su cargo no quedan relevados de la obligación de prestarles gratuitamente asistencia, alimento, vestido y educación. La Fundación tratará que las indemnizaciones percibidas por los hijos menores de las víctimas sean utilizadas para gastos posteriores de estudio o para formar un pequeño capital cuando comiencen a trabajar o se casen y que sólo se inviertan en gastos comunes cuando razones

serias de economía familiar o de salud así lo exigieren (CIDH, 10/09/1993. Serie C No. 15, párr. 106)

La decisión de la Corte fue:

Fija en US\$453.102 (cuatrocientos cincuenta y tres mil ciento dos dólares) o su equivalente en florines holandeses el monto que el Estado de Suriname debe pagar antes del 1 de abril de 1994, en carácter de reparación a las personas indicadas en el párrafo 98 ó a sus herederos, en los términos indicados en el párrafo 99 // Dispone el establecimiento de dos fideicomisos y la creación de una Fundación según lo previsto en los párrafos 100 a 108 // Decide que Suriname no podrá restringir o gravar las actividades de la Fundación o la operación de los fideicomisos más allá de lo actualmente existente, ni modificar las condiciones vigentes hoy, salvo en lo que pudiere serles favorable, ni intervenir en las decisiones de aquella // Ordena al Estado de Suriname que entregue a la Fundación para sus operaciones, dentro de los 30 días siguientes a su constitución, un aporte único de US\$4.000 (cuatro mil dólares) o su equivalente en moneda local al tipo de cambio vigente en el mercado libre al momento de efectuarse el pago // Ordena al Estado de Suriname igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar // Resuelve que supervisará el cumplimiento de las reparaciones acordadas y que sólo después archivará el expediente // Decide que no hay condena en costas (CIDH, 10/09/1993. Serie C No. 15)

El 21 de enero de 1994 fue emitida la sentencia sobre el fondo y reparaciones, en la caso Gangaram Panday contra Surinam. Al respecto, en esta sentencia el análisis discurre sobre los artículos 1° (obligación de respetar derechos), 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 4° (derecho a la vida), 5° (derecho a la integridad personal), 7° (derecho a la libertad personal) y 25° (protección judicial). Antes de debatir sobre estos puntos, la Corte debió revisar lo correspondiente a las funciones de la Comisión y de la propia Corte, esto en virtud de que la Comisión solicitó que no se desarrollara la fase probatoria,

porque corroboró que todos los hechos que se denunciaban habían sucedido; la Corte estimó que por las naturalezas distintas y no vinculantes las de las decisiones de la Comisión y de la Corte, esta última debe cumplir con la fase probatoria.

Sobre la detención ilegal de Gangaram Panday, la Corte observó que en los autos no se consta que la víctima fuera incomunicada, al contrario, hay registros de que pudo indicarle a sus familiares sobre su detención. Teniendo claro este punto, la Corte debió debatir acerca de la legalidad de la detención, es decir el cumplimiento de los artículos 7.2, 7.3 y 7.5 de la Convención. Al respecto, la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo séptimo de la Convención, implica dos criterios, el primero: nadie puede ser detenido por motivos que no estén tipificados por la ley; el segundo: así sea legal de acuerdo a la legislación interna, nadie puede ser encarcelado por métodos o causas que estén en contracorriente a los derechos fundamentales; al respecto la Corte estimó que en los autos no hay suficientes elementos para poder determinar de manera directa lo sucedido, ni la Comisión ni el gobierno probaron sus argumentos; pero como para la fecha de esta sentencia, ya era un criterio sostenido de la Corte, que los gobiernos no pueden alegar la falta de presentación de la prueba como responsabilidad de los demandantes, porque la misma reposa bajo el control del demandado; y siendo que en este caso, el gobierno no presentó las pruebas debidas, la Corte infirió que Asok: “fue detenido ilegalmente por miembros de la Policía Militar de Suriname [...] no siéndole necesario, por ende, pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida y de su no

traslado sin demora ante la autoridad judicial competente” (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 16, párr. 51).

En el transcurso del proceso, la Comisión introdujo un nuevo aspecto que no estaba contenido ni en el informe ni en el memorial, el cual estaba respaldado por el denunciante y por un patólogo forense de Suriname: muestra de tortura en los testículos de la víctima, al respecto la conclusión de la Corte fue que no hubo “indicios concluyentes ni convincentes que le permitieran determinar la veracidad de la denuncia” (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 16, párr. 56). Para llegar a esta conclusión, la Corte se basó en los criterios emitidos por el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) de Costa Rica, y del Cuerpo Técnico de Policía Judicial (CTPJ) de Venezuela. En cuanto al artículo 4 de la Convención (derecho a la vida), la categoría de *muerte violenta*, utilizada por el forense que elaboró el certificado de defunción, no fue lo suficientemente clara para poder llegar a una determinación. Por otra parte los organismos consultados como la CTPJ de Venezuela y el OIJ de Costa Rica, estimaron que la hipótesis del suicidio es la más probable de haber sucedido. Por estos motivos, la Corte no pudo concluir que Suriname hubiese violado el derecho a la Vida de Asok. La Corte tampoco encontró elementos para llegar a la conclusión de que se violara el artículo 25 de la Comisión.

Por todos los elementos anteriores, la Corte concluyó que Suriname solamente fue responsable de la detención ilegal de Asok Gangaram Panday; por lo tanto es aplicable las obligaciones que establece el artículo 63.1 de la Convención, en cuanto a la reparación del daño. Pero la Corte estimó que su

decisión fue de carácter inferencial, por lo tanto fijó “una indemnización de carácter nominal” que deberá ser repartida entre los hijos y la viuda de la víctima.

Textualmente, la decisión de la Corte fue la siguiente:

Declara que Suriname ha violado en perjuicio de Asok Gangaram Panday los deberes de respeto y de garantía del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7.2 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Desestima la solicitud de la Comisión para que se declare responsable al Estado de Suriname de haber violado en perjuicio del señor Asok Gangaram Panday los artículos 5.1, 5.2, 25.1 y 25.2 de la Convención // por cuatro votos contra tres desestima la solicitud de la Comisión para que se declare responsable al Estado de Suriname de haber violado en perjuicio del señor Asok Gangaram Panday, el artículo 4.1 de la Convención // Fija en US\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en florines holandeses, el monto que el Estado de Suriname debe pagar dentro de los seis meses de la fecha de esta sentencia, a las personas y en la forma indicadas en el párrafo 70 de esta sentencia // Resuelve que supervisará el cumplimiento de la indemnización acordada y que sólo después archivará el expediente (CIDH, 21/01/1994. Serie C No. 16)

En esta misma fecha (21 de enero de 1994), la Corte Interamericana emitió la sentencia de excepciones preliminares sobre el caso de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, vulneración ocurrida en Colombia el 07 de febrero de 1989. Esta sentencia desarrolló el análisis de los artículos 46 (requisitos de admisibilidad ante la Comisión), 48 (procedimiento ante la Comisión), 50 y 51 (informes de la Comisión). En primer término, se presenta la excepción relacionada con la solución amistosa de la controversia, el gobierno alegaba que la Comisión no le permitió el ejercicio de ese derecho, pues la Comisión, basándose en la jurisprudencia construida en el caso Velásquez remitió el caso a la Corte, sin realizar el procedimiento de solución amistosa. Al respecto, la Corte estimó que la Comisión no fundamentó bien el motivo por el cual no aplicó la

solución amistosa, sin embargo, la Corte también advirtió que el gobierno no había realizado la solicitud correspondiente, porque la solución amistosa es un procedimiento que se activa exclusivamente por la petición de las partes; la Comisión debe facilitar el proceso, pero depende de que las partes la activen. Por último, la Corte declaró que la Comisión no puede tomar decisiones arbitrarias al respecto, solamente cuando por la naturaleza del caso, obligue a no desarrollar la estrategia de la solución amistosa, es que la Comisión puede obviar dicho procedimiento.

En función de las excepciones relacionadas con los artículos 50 y 51, la Corte concluyó que los informes de la Comisión y sus acciones no eran extemporáneas como lo afirmaba el gobierno, en virtud de que dicho órgano del Sistema Interamericano otorgó una prórroga que alteró los lapsos, por solicitud de Colombia. Sobre una excepción de no agotamiento previo de los recursos internos, la Corte advirtió que los recursos no deben ser solamente existente en la formalidad, sino que deben ser eficaces para la protección de los derechos de las víctimas; al respecto la esposa de Isidro Caballero introdujo un recurso de hábeas corpus, a través del cual la instancia judicial realizó todos los procedimientos que se estiman en un caso de este tipo; pero este recurso judicial no permitió la ubicación de su esposo. Por lo tanto, la Corte concluyó que si fue agotado el recurso interno, pero este fue infructuoso.

El 18 de enero de 1995, la Corte emitió la sentencia correspondiente a las excepciones preliminares sobre los hechos sucedidos en la población de El Amparo en Venezuela, cuando fuerzas de seguridad arremetieron contra

pescadores, el asunto en discusión en la misma fue que Venezuela no realizó contención de los hechos denunciados por la Comisión, siendo que aceptó la responsabilidad internacional sobre los mismos. El Estado venezolano argumentó que los hechos estaban siendo investigados dentro de su jurisdicción, para lo cual se constituyó una *Corte Marcial Ad Hoc*, por lo tanto solicitó la resolución de la controversia de manera *amigable*, a través de los mecanismos de la Comisión. Por estos motivos la Corte dio por “cesada” la controversia, indicando que debería pasar a las etapas de las reparaciones, la cual debe realizarse de común acuerdo entre las partes; en el caso de que las mismas no llegaran a dicho convenio, la Corte retomaría el caso para fijar “el alcance de las reparaciones y el monto de las indemnizaciones y costas” (CIDH, 18/01/1995. Serie C No. 19, párr. 21). Concretamente, las decisiones de la Corte fueron que:

Toma nota del reconocimiento de responsabilidad efectuado por la República de Venezuela y decide que ha cesado la controversia acerca de los hechos que dieron origen al presente caso // Decide que la República de Venezuela está obligada a reparar los daños y pagar una justa indemnización a las víctimas sobrevivientes y los familiares de los fallecidos // Decide que las reparaciones y la forma y cuantía de la indemnización serán fijadas por la República de Venezuela y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de común acuerdo, dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia // Se reserva la facultad de revisar y aprobar el acuerdo y, en caso de no llegar a él, la Corte determinará el alcance de las reparaciones y el monto de las indemnizaciones y costas, para lo cual deja abierto el procedimiento (CIDH, 18/01/1995. Serie C No. 19)

El día siguiente de esta sentencia sobre la masacre de El Amparo en Venezuela, es decir, el 19 de enero de 1995, la Corte emitió la sentencia de fondo sobre el caso de la vulneración de derechos en contra de Víctor Neira Alegría,

Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar por parte de Perú el 18 de junio de 1986. En esta sentencia la Corte interpretó los siguientes artículos de la Convención: 1.1 (obligación de respetar los derechos), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial) y 27 (suspensión de garantías). El primer punto que resolvió la Corte fue el relativo a las condiciones de detención de las personas privadas de libertad, de acuerdo al artículo 5.2 de la Convención; este artículo establece que los Estados son los responsables de las condiciones de detención de las personas. Era un deber de Perú *debelar* el motín que se produjo en el Penal San Juan Bautista; sin embargo, que muchos de los cadáveres de los presos encontrados, presentaran características de haber muerto por aplastamientos representa un uso desproporcionado de la fuerza, cuando fue demolido el pabellón en el cual se encontraban los presos; incluso el Congreso peruano estuvo de acuerdo con esta afirmación. En un informe del poder legislativo peruano, se indicó que el gobierno no había mostrado interés en rescatar a los presos que podrían haber quedado con vida luego de la acción. La corte concluyó a partir de estos elementos que: “Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar perecieron por efecto de la *debelación* del motín en manos de las fuerzas del Gobierno y como consecuencia del uso desproporcionado de la fuerza” (CIDH, 19/01/1995. Serie C No. 20, párr. 72).

Le correspondía al gobierno de Perú demostrar el paradero de las víctimas, porque las pruebas estuvieron siempre bajo el control exclusivo del gobierno; esto

basado en sentencias anteriores, en las cuales se establecía la diferencia entre el sistema de protección de derechos humanos a nivel internacional y el derecho penal interno. Se pudo comprobar que las tres víctimas estaban dentro del penal antes de que se produjera el motín; pero no estaban entre los amotinados que se rindieron y tampoco entre los cadáveres; y la tesis de la evasión del penal quedó totalmente descartada. Quedo comprobado que el gobierno no realizó las diligencias necesarias para la plena identificación de los cadáveres.

El artículo 4.1 de la Convención, establece que a nadie se le puede privar de la vida de manera arbitraria. Al respecto, la Corte consideró que a pesar del alegato formulado por el gobierno de que los presos amotinados eran de máxima peligrosidad, esto no justificaba la desproporción con la cual actuaron las fuerzas de seguridad para debelar el motín. Del uso desproporcionado de la fuerza, y de que ocho años después de los sucesos, las víctimas todavía no habían sido localizadas “se desprende la conclusión razonable de que ellos fueron privados arbitrariamente de su vida por las fuerzas peruanas en violación del artículo 4.1 de la Convención” (CIDH, 19/01/1995. Serie C No. 20, párr. 76). En cuanto al hábeas corpus, como un recurso idóneo en estos casos, pues ya que las víctimas estaban privadas de libertad dentro de un recinto penitenciario, el objetivo y el fin del hábeas corpus se hubiese cumplido adecuadamente, la Corte consideró que:

Esta Corte considera que el Gobierno también infringió lo dispuesto por los artículos 7.6 y 27.2 de la Convención Americana debido a la aplicación de los Decretos Supremos 012-IN y 00686 JUS de 2 y 6 de junio de 1986, que declararon el estado de emergencia en las provincias de Lima y de El Callao y Zona Militar Restringida en tres penales, entre ellos el de San Juan Bautista. En efecto, si bien dichos decretos no suspendieron de manera expresa la acción o recurso de hábeas corpus que regula el artículo 7.6 de la Convención, de hecho, el cumplimiento que se dio a

ambos decretos produjo la ineficacia del citado instrumento tutelar, y por tanto, su suspensión en perjuicio de las presuntas víctimas. El hábeas corpus era el procedimiento idóneo para que la autoridad judicial pudiese investigar y conocer el paradero de las tres personas a que se refiere este caso (CIDH, 19/01/1995. Serie C No. 20, párr. 77)

En cuanto a al derecho a la integridad personal, protegido en el artículo quinto de la Convención, la Corte concluyó que no hubo pruebas de que las víctimas hayan sido víctimas de malos tratos en contra de su dignidad. Tampoco se presentaron pruebas que demostraran el incumplimiento o violación del artículo octavo de la Convención, es decir, que a las víctimas se les haya privado de las garantías judiciales. Por todos estos motivos, la Corte estimó que el gobierno de Perú debía proceder de acuerdo a lo estipulado en el artículo 63.1 de la convención, es decir, a indemnizar y reparar el daño causado. La decisión, tal cual, fue la que sigue:

Declara que el Perú ha violado en perjuicio de Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar el derecho a la vida reconocido por el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Declara que el Perú ha violado, en perjuicio de las tres personas indicadas, el derecho de hábeas corpus establecido por el artículo 7.6 en conexión con la prohibición del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos // Decide que el Perú está obligado a pagar a los familiares de las víctimas, con ocasión de este proceso, una justa indemnización compensatoria y a reembolsarles los gastos en que pudieron haber incurrido en sus gestiones ante las autoridades nacionales // Decide que la forma y cuantía de la indemnización y el reembolso de los gastos serán fijados por el Perú y la Comisión, de común acuerdo, dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia // Se reserva la facultad de revisar y aprobar el acuerdo y, en caso de no llegarse a él, la Corte determinará el monto de la indemnización y de los gastos, para lo cual deja abierto el procedimiento (CIDH, 19/01/1995. Serie C No. 20, párr. 91)

El 27 de enero de 1995, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vuelve a emitir una sentencia de excepciones preliminares, esta vez, sobre el caso de la vulneración de derechos en contra Jean Paul Genie Lacayo por parte de agentes militares de Nicaragua. En esta sentencia de excepciones preliminares se discutió acerca del artículo 46 de la Convención, el cual versa sobre los requisitos de admisibilidad ante la Comisión, el 47 (inadmisibilidad de la petición ante la Comisión), sobre el procedimiento ante la Comisión (48), y sobre los informes que debe emitir la Comisión (50 y 51). El gobierno interpuso una excepción preliminar en la cual argumentaba la falta de competencia de la Corte para conocer del caso, alegando que Nicaragua aceptó la competencia de la Corte en fecha 12 de febrero de 1991, y los hechos sucedieron antes de dicha fecha; y en la aceptación hecha por Nicaragua se establece la exclusión de todos los casos anteriores a dicha fecha. Pero en este aspecto, la demanda de la Comisión no consistió en la vulneración del derecho a la vida de Jean Paul Genie Lacayo, la cual efectivamente sucedió antes del 12 de febrero de 1991; la demanda de la Comisión se basó en los hechos posteriores a la muerte de Lacayo y versaba sobre la falta de garantías judiciales en la investigación, y estos hechos si son posteriores a la aceptación de la competencia de la Corte por parte de Nicaragua, por lo tanto, la Corte declaró que dicha excepción era inadmisibile.

La segunda excepción preliminar tuvo que ver con la falta de cumplimiento de los requisitos correspondientes al artículo 46 de la Convención: Nicaragua arguyó que en concreto no se cumplió con lo establecido en el 46.1 sobre el agotamiento previo de los recursos internos; y para fundamentar expuso que para

el momento de la admisión por parte de la Comisión, se estaba en pleno proceso penal por parte del Estado Nicaragüense; además, que en el caso particular no se podía alegar que se dieran las excepciones para el cumplimiento de este requisito, que se establecen el 46.2.a de la Convención. Como la demanda tiene que ver con el no cumplimiento de las garantías judiciales, la Corte estima que este punto no puede resolver en la sentencia de excepciones preliminares y por ello, decide resolverlo en la sentencia de fondo.

Además, también se discutió una tercera excepción preliminar, relacionada con supuestos errores procesales por parte de la Comisión. En este sentido, el gobierno alegó que la Comisión nunca emitió una comunicación en donde manifestara la aceptación formal de la denuncia. Pero la Corte consideró que la falta de una comunicación de este tipo no es determinante, como ya lo vimos en un caso más arriba. Otro error que el gobierno le imputaba a la Comisión, es que aquella no declaró inadmisibile la demanda, al observar que en Nicaragua existía un proceso penal sobre el caso; en este caso, la existencia del proceso penal no es un criterio para no admitir la demanda, ya que la misma tiene que ver precisamente con elementos de fondo sobre ese proceso penal. Otro error de la Comisión -según el gobierno-, es que aquella alegó que por la naturaleza del caso no cabía la solución amistosa; sobre esto, la Corte estimó que si ben la Comisión no tiene competencias para decidir arbitrariamente, puede omitir ciertos procedimientos, siempre que las causas lo ameriten; en este caso en concreto, el gobierno pudo haber solicitado la solución amistosa pero nunca lo hizo. El gobierno también argumentó que la Comisión había errado en la aplicación del

artículo 51 de la Convención, porque según la excepción introducida por el gobierno, la Comisión estaba decidiendo sobre la violación de este artículo bajo la figura de violación del principio de *pacta sunt servanda*, y a la vez estaba solicitando a la Corte que pronunciara sobre ello. La Corte determinó que la Comisión solamente solicitó en la demanda que la Corte declare sobre la violación del artículo 51, y esto es algo que la Corte decidió resolver en la etapa de fondo.

El gobierno también hizo observaciones sobre el hecho de que la Comisión no estableció criterios sobre el artículo cuarto de la Convención (derecho a la vida), Nicaragua interpretaba esto como un error de la demanda y por lo tanto una excepción que afectaba la cualidad de la misma. Sobre el tema, la Corte respondió que la Comisión no había introducido en la demanda lo correspondiente al artículo cuatro de la Convención, porque la vulneración del derecho a la vida es previa a la aceptación de las competencias de la Corte por parte de Nicaragua.

La cuarta excepción la fundamenta el Gobierno en que la petición de la Comisión para que se declare que la vigencia de los Decretos 591 y 600 es incompatible con el objeto y fin de la Convención, constituye una solicitud de opinión consultiva que, según el artículo 64.2, sólo podría ser solicitada por el Gobierno, que carece de los requisitos exigidos por el Reglamento y no puede ser acumulada a un caso contencioso (CIDH, 27/01/1995. Serie C No. 21, párr. 47)

Sobre este punto, la Corte estimó que su función contenciosa no estaba orientada a la observación en abstracto de legislaciones, sino cuando las mismas se involucran concretamente en la vulneración de algún derecho. Por lo tanto, la Corte no admitió esta excepción considerando que no era materia de la Corte la

revisión abstracta de los decretos 591 y 600. Luego de la discusión sobre estos elementos, la Corte decidió lo siguiente:

Declara que es competente para conocer del presente caso, excepto para pronunciarse sobre la compatibilidad en abstracto de los Decretos 591 y 600 de Nicaragua con la Convención Americana sobre Derechos Humanos // Rechaza las excepciones preliminares opuestas por el Gobierno de Nicaragua, salvo la de no agotamiento de los recursos de jurisdicción interna que será resuelta junto con el fondo del asunto // Considera que las objeciones del Gobierno de Nicaragua a los planteamientos de la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referentes a la obligatoriedad de las recomendaciones de ésta, no son excepciones preliminares sino cuestiones de fondo que deberán ser resueltas en su oportunidad // No considera procedente decretar costas // Resuelve continuar con el conocimiento del presente caso (CIDH, 27/01/1995. Serie C No. 21, párr. 55)

En fecha 08 de septiembre de 1995, fue emitida la sentencia de fondo sobre el caso Caballero contra Colombia; en esta sentencia se analizaron los siguientes artículos de la Convención: 1.1 (Obligación de respetar derechos) 2 (deber de adecuar el derecho interno), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial). Se pudo determinar que Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, fueron víctimas de la vulneración del derecho a la vida por parte de militares en colusión con civiles. En este caso particular, Colombia había adelantado investigaciones con el objeto de castigar a los culpables, las cuales habían tenido deficiencias. Sin embargo, las responsabilidades del Estado también incluyen la reparación del daño, lo que Colombia hasta el momento no había realizado, bajo el argumento de que estaba en la espera de una sentencia firme sobre el caso. En este sentido, la Corte concluyó que se estaba violando el

artículo 1.1 de la Convención, por la vulneración del derecho a la vida y del deber de reparar el daño. Pero además también por la violación del derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo séptimo de la Convención. En función de ello, y de las obligaciones establecidas en el artículo 63.1 de la Convención, entonces le correspondía a Colombia realizar la reparación del daño.

Pero la Corte también concluyó que en relación al caso, Colombia no carecía de las medidas legislativas necesarias para hacer justicia, por lo tanto no consideró que se hubiese violado el artículo segundo de la Convención. También estimó que no hubo violación del artículo que protege las garantías judiciales (octavo de la Convención), en vista de que entre la detención de las víctimas y su muerte, pasó muy poco tiempo como para que hubiera oportunidad para el ejercicio de dichas garantías. Como no hubo pruebas suficientes para demostrar tratos crueles o torturas en contra de las víctimas, estimó que tampoco hubo violación del artículo quinto de la Convención. Por último, como la esposa de Caballero logró interponer un recurso de hábeas corpus, entonces estimó la Corte que no hubo violación del artículo 25 de la Convención, es decir, que la Corte consideró que las víctimas sin contaron con la debida protección judicial. La Decisión del tribunal fue:

que la República de Colombia ha violado en perjuicio de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana los derechos a la libertad personal y a la vida contenidos en los artículos 7 y 4 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos // Decide que la República de Colombia no ha violado el derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos // Decide que la República de Colombia no ha violado los artículos 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativos a la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los

derechos y libertades garantizados en la misma, las garantías judiciales en los procesos y la protección judicial de los derechos // Decide que la República de Colombia no ha violado los artículos 51.2 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos // Decide que la República de Colombia está obligada a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y su sanción conforme a su derecho interno // Decide que la República de Colombia está obligada a pagar una justa indemnización a los familiares de las víctimas y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades colombianas con ocasión de este proceso // Decide que la forma y cuantía de la indemnización y el resarcimiento de los gastos serán fijados por esta Corte y para ese efecto queda abierto el procedimiento correspondiente (CIDH, 27/01/1995. Serie C No. 21)

El 14 de septiembre de 1996, la Corte emitió su sentencia de reparaciones y costas sobre el caso de la masacre de El Amparo. En esta sentencia, así como las otras que hemos visto de este género, el artículo en análisis es el 63.1 de la Convención; es decir, la interpretación de este artículo para la garantía de la reparación del daño causado por el Estado. Como las partes no se pusieron de acuerdo durante el lapso estipulado en el punto tercero de la sentencia de fondo del 18 de enero de 1995, le correspondía a la Corte establecer todo lo relativo al artículo 63.1. En cuanto a las reparaciones, la Corte estimó que las obligaciones sobre las mismas están regidas por el derecho internacional, y en lo absoluto deben ser suspendidas por los Estados. Como en el caso del derecho a la vida, no es posible aplicar el principio de *restitutio in integrum*, entonces se debe: “buscar formas sustitutivas de reparación en favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria [...] primeramente a los perjuicios sufridos y como esta Corte ha expresado anteriormente, éstos comprenden tanto el daño material como el moral” (CIDH, 14/09/1996. Serie C No. 28, párr. 16).

En este caso, también se consideró el *daño emergente*, el cual consiste en los gastos que debieron desembolsar los familiares de las víctimas, para encontrarlos; en este aspecto, la Corte estimó que a cada una de las 20 familias, se le debía pagar 2000 dólares estadounidenses. En relación a la indemnización, la Corte utilizó nuevamente la figura de lucro cesante, para lo cual utilizó como base no el sueldo mínimo rural de Venezuela para la época, sino el costo de la canasta alimentaria básica, porque el sueldo mínimo era menor a esta. A este monto se le restó el 25%, correspondiente a los gastos estimados de la víctima. A las dos víctimas sobrevivientes, la Corte estimó que se les debía cancelar 4.566,41 dólares estadounidenses a cada uno en virtud de que no pudieron trabajar por dos años.

En cuanto al daño moral, la Corte declaró que la sentencia de fondo sobre la vulneración, ya consistía en sí en un tipo de reparación del daño moral; aunque no suficiente. Es importante resaltar que sobre el cálculo de las reparaciones, la Corte dijo en relación a la jurisprudencia “aun cuando sirve de orientación para establecer principios [...] no puede invocarse como criterio unívoco a seguir sino que debe analizarse cada caso particular” (CIDH, 14/09/1996. Serie C No. 28, párr. 34). En función de la reparación del daño moral, la Corte estimó que a cada familia de las víctimas fallecidas y a los dos sobrevivientes se les debería cancelar 20.000 dólares estadounidenses. En este caso, para la determinación de los beneficiarios, de estas indemnizaciones se estableció de acuerdo a los patrones generales del derecho civil, es decir, parejas y descendientes. Sin embargo, lo peculiar de este caso, es que la Corte concluyó que como una de las víctimas

tenía además de su esposa, una compañera sentimental e hijos con ella; la indemnización también debería cubrirlos. A la vez, la Corte estableció en función de porcentajes, cómo se debería repartir los montos a lo interno de las familias.

La Corte estableció que el gobierno debería pagar estos montos en un plazo no mayor de seis meses después de haber sido notificado, estableciendo un fideicomiso para aquellos beneficiarios que eran menores de edad; siendo que la moneda en la cual el gobierno debía pagar era en dólares estadounidenses. Además de estas reparaciones pecuniarias, la Comisión solicitó que la Corte determinara otras reparaciones no pecuniarias: reforma del Código de Justicia Militar, que la investigación sobre los hechos resulte efectiva, restitución de las víctimas en su honor y fama, la intolerancia expresa del gobierno a este tipo de hechos, creación de una fundación que promueva los derechos humanos en la región donde sucedieron los hechos. Al respecto, la Corte estimó que en el caso de El Amparo en Código de Justicia Militar no condicionó el proceso, y que el gobierno lleva una causa penal; siendo criterio sostenido de la Corte que esta no se debe pronunciar por legislaciones en abstracto. Es importante resaltar que la Corte dejó reflejado, entre otras cosas, que el gobierno manifestó lo siguiente en relación a las reparaciones no pecuniarias: “no están de acuerdo con la jurisprudencia internacional en general ni con la de esta Corte en particular” (CIDH, 14/09/1996. Serie C No. 28, párr. 75). En concreto, la decisión de la Corte fue:

Fija en US\$722.332,20 el total de las indemnizaciones debidas a los familiares de las víctimas y a las víctimas sobrevivientes a que se refiere este caso. Este pago deberá ser hecho por el Estado de Venezuela en el

plazo de seis meses a contar de la fecha de notificación de la presente sentencia y en la forma y condiciones que se expresan en los párrafos precedentes // Ordena el establecimiento de fideicomisos según lo previsto en los párrafos 46 y 47 de esta Sentencia // Decide que el Estado de Venezuela no podrá gravar con impuesto alguno el pago de las indemnizaciones // Decide que el Estado de Venezuela está obligado a continuar las investigaciones de los hechos a que se refiere este caso y sancionar a quienes resulten responsables // Declara que no proceden las reparaciones no pecuniarias ni pronunciamiento alguno sobre la conformidad del Código de Justicia Militar y los reglamentos e instrucciones castrenses con la Convención Americana sobre Derechos Humanos // Resuelve que supervisará el cumplimiento de esta sentencia y sólo después dará por concluido el caso // Declara que no hay condena en costas (CIDH, 14/09/1996. Serie C No. 28)

El 19 de septiembre, cinco días después de la sentencia sobre reparaciones y costas del caso El Amparo, la Corte emitió la sentencia (también en materia de reparaciones), vinculada al caso de Neira Alegría, Edgar Ernesto Escobar y William Zenteno Escobar; de acuerdo a la sentencia de fondo de fecha 19 de enero de 1995. Como ya hemos observado y advertido, las sentencias de este género consisten en la interpretación y desarrollo del artículo 63.1 de la Convención. Al respecto, para no ser repetitivos, podemos decir que la Corte asumió los mismos criterios que se asumieron en sentencias anteriores. Sin embargo es importante resaltar que en cuanto a la figura del lucro cesante para el cálculo de la indemnización, objeto que el mismo se eficaz para la determinación de los montos en este caso, en virtud de que las víctima estaba detenidas, por delito de terrorismo pero sin condena todavía; pero el gobierno, argumentaba que: probablemente iban a ser condenados a muchos años de prisión, por lo tanto, no hubiesen podido trabajar y devengar ingresos durante ese tiempo. La Corte desestimó dicho planteamiento, porque las víctimas no tenían aún una sentencia

firme en su contra para el momento de su muerte, y por lo tanto, se aplicaba para ellas la presunción de inocencia.

Para explicar un poco mejor de qué trata la figura del costo cesante, vamos a usar lo que la Corte dijo al respecto en esta sentencia:

la cantidad que, colocada al interés de una tasa normal, produciría mensualmente la suma de los ingresos que pudiesen haber recibido la víctima durante la vida de esta, estimando ésta como vida probable de dicho país, y al término de ella quedaría extinguida; es decir, que la renta mensual sería principalmente, intereses y el resto disminución de capital. En otras palabras, el valor presente de una renta de sus ingresos mensuales durante el resto de la vida probable, naturalmente es inferior a la suma simple de sus ingresos CIDH, 19/09/1996. Serie C No. 29, párr. 46)

Esta figura implica entonces la determinación de la edad de la muerte de la persona, el salario que devengaba, la edad de vida estimada en el país para el momento de la muerte, tasas de interés, entre otros elementos que sirven para el cálculo matemático. Pero en esos datos también se presenta controversias entre los gobiernos y la Comisión, básicamente, porque representa que los Estados deben pagar sumas de dinero a las víctimas o familiares de estas. Este caso no fue diferente, pero no nos interesaremos tanto en saber las cantidades que se debatían. Lo que si nos interesa es un dato que surge en una de las argumentaciones del gobierno para rebajar la cifra monetaria que debía pagar, este dato es que el gobierno no sabía la edad de Víctor Neira Alegría, es decir, el gobierno peruano desconocía un dato tan fundamental como la edad, de una persona que tenía detenida. En relación al daño moral, la interpretación de la Corte fue muy similar a la del caso que describimos antes del presente. La

determinación de los beneficiarios y de las formas de pago, también mantienen un criterio muy similar a la sentencia anterior. En todo caso, la decisión formal de la Corte fue la siguiente:

Fija en US\$154.040,74 el total de las indemnizaciones debidas a los familiares de las víctimas a que se refiere este caso. Este pago deberá ser hecho por el Estado del Perú en el plazo de seis meses a contar de la fecha de la notificación de la presente sentencia y en la forma y condiciones que en ella se expresan // Ordena el establecimiento de fideicomisos según lo previsto en los párrafos 65 y 66 // Decide que el Estado del Perú no podrá gravar con impuesto alguno el pago de las indemnizaciones // Decide que el Estado del Perú está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares // Resuelve que supervisará el cumplimiento de esta sentencia y sólo después dará por concluido el caso // Declara que no hay condena en costas (CIDH, 19/09/1996. Serie C No. 28)

El 29 de enero de 1997, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió la sentencia correspondiente al caso de Lacayo versus Nicaragua; en la misma, realizó la interpretación de fondo del caso, pero además también decidió sobre las obligaciones del Estado en materia de reparación del daño. En esta sentencia, la Corte debatió la responsabilidad de Nicaragua con respecto a los siguientes artículos de la Convención: 1.1 (obligación de respetar derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial), 24 (igualdad ante la ley), 46 (requisitos de admisibilidad ante la Comisión), 47 (inadmisibilidad de la petición ante la Comisión) y 52.1 (recomendaciones de la Comisión).

El primer asunto que debió analizar la Corte fue el cumplimiento del requisito de agotamiento previo de los recursos internos. En este caso se analizaban aspectos de carácter procesal, porque como recordaremos, en la

sentencia de excepciones preliminares, la Corte indicó que en la demanda no se incluía la violación del derecho a la vida; por lo tanto, los puntos sobre los cuales la Corte debía decidir, estaban enfocados en analizar el proceso que debió haber llevado a cabo Nicaragua ante la vulneración del derecho a la vida de Genie Lacayo por parte de elementos del ejército. Por otra parte, el aspecto del agotamiento de los recursos internos, es un aspecto estrictamente de carácter procesal, por lo tanto como la demanda era por cuestiones procesales, entonces, el cumplimiento o no del requisito establecido en el artículo 46.1, y el fondo de la demanda, necesitaba del análisis en conjunto. En este punto, a pesar de que ambos aspectos guardan relación, la Corte estimó que la Comisión debió haber hecho la consideración sobre el cumplimiento de este requisito.

Sobre el aspecto del debido proceso legal, de acuerdo al artículo 8 de la Convención, las garantías para que el mismo se cumpliera estaban vinculadas a que cualquier persona se pueda comunicar ante un tribunal, y las autoridades del mismo de manera “competente, independiente e imparcial” deben dar curso a la solicitud planteada por la persona, sustanciando debidamente la causa. Al respecto, la Corte consideró que la manera en determinar si el artículo octavo de la Convención fue violado o no por Nicaragua, es observando “si en el proceso para determinar la responsabilidad de los posibles autores de la muerte del joven Lacayo se respetaron las garantías procesales de la parte acusadora” (CIDH, 29/01/1997. Serie C No. 30, párr. 75). En función de esto, la Corte pudo observar en el expediente de la causa que el proceso de investigación judicial estuvo obstruido por elementos militares.

Un aspecto de tipo procesal que se estima dentro del artículo 8, específicamente en el numeral primero es el tema del *plazo razonable*. La Corte estimó que este es un tema complejo que no había sido abordado suficientemente por la Corte, por eso estimó conveniente traer a colación la interpretación que había realizado la Corte Europea de Derechos Humanos, en virtud de que el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establecía este punto de manera similar al de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, en la referencia que la Corte Interamericana hace de la Corte Europea, indica que para evaluar el plazo razonable se debe tomar en cuenta: “a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales” (CIDH, 29/01/1997. Serie C No. 30, párr. 77). En función de estos tres elementos, la Corte estimó que la Nicaragua no cumplió con el plazo razonable, porque a pesar de lo complejo del caso (obstaculización), el padre de la víctima realizó todas las acciones que le correspondían como demandante, siendo que el poder judicial se ha demorado demasiado en la toma de una decisión. Pero también estimó que el hecho de que el caso fuese conocido en Nicaragua por una Corte Marcial, no significó la restricción del padre de la víctima a presentar distintos tipos de recursos y ejercer acciones. En este sentido, la Corte concluyó que no se había violado el artículo 24 de la Convención, el que se refiere al derecho de igualdad ante la ley, como tampoco el artículo 25, relacionado con la protección judicial.

Para el análisis de la Corte de este caso, Nicaragua tampoco vulneró el artículo segundo de la Convención, en virtud de cómo se vio en el párrafo anterior,

la legislación y la jurisdicción militar no afectó el acceso al sistema de justicia. En resumidas cuentas, la Corte concluyó que en el caso se configuraron dos tipos de violaciones procesales: obstrucción en la investigación judicial y dilación del proceso, en función de ello, estimó la Corte que el Estado nicaragüense debía “poner todos los medios a su alcance para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y, como consecuencia de esta obligación, [...] procurar [...] el restablecimiento del derecho conculcado [...], subsanar la demora” (CIDH, 29/01/1997. Serie C No. 30, párr. 96). Específicamente, la sentencia indicaba lo siguiente:

Desecha la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos de jurisdicción interna opuesta por el Estado de Nicaragua // Decide que el Estado de Nicaragua ha violado en perjuicio de Raymond Genie Peñalba el artículo 8.1 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma // Decide que el Estado de Nicaragua no ha violado los artículos 2, 25, 24 y 51.2 de la Convención // Fija en US\$20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en córdobas en la fecha del pago, el monto que el Estado de Nicaragua debe pagar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de esta sentencia y sin deducciones de impuestos por concepto de compensación equitativa al señor Raymond Genie Peñalba. Este pago deberá ser hecho en la forma y condiciones que se expresan en el párrafo 95 de esta sentencia (CIDH, 29/01/1997. Serie C No. 30, párr. 97)

En fecha 29 de enero de 1997, la Corte emitió la Sentencia de reparaciones sobre el caso Caballero contra Colombia. Como es en el caso de las sentencias de este género, se basa en el análisis del artículo 63. 1 de la Convención. Se habían presentado discrepancias entre las partes sobre la forma de la reparación, por ello la Corte sostuvo que la reparación se rige por el derecho internacional, por lo tanto el Estado obligado no puede modificar las disposiciones de derecho

internacional. Como en los casos anteriores, la Corte recurrió nuevamente a la figura de lucro cesante y daño emergente para calcular la reparación del daño moral. En este caso, la Corte asumió el criterio del magisterio, el cual indicó que anualmente habían unas bonificaciones especiales para el personal de educación, por lo tanto, la Corte tomó en consideración este hecho, para que fuera incorporado en el cálculo; esto en función de Caballero. Sin embargo, para el momento de la sentencia, no existían datos sólidos de tipo civil acerca de la identidad de María del Carmen Santana. Siendo que se estableció que los beneficiarios de las reparaciones, al igual que en sentencias anteriores, eran los descendientes y las parejas de las víctimas; sin embargo, en el caso María del Carmen Santana, como no existían todavía datos civiles fehacientes, faltaba por determinar el beneficiario y el gobierno estaba en obligación de ubicarlo de acuerdo al derecho civil interno.

En cuanto a las reparaciones no pecuniarias, la Comisión indicó que la reglamentación del hábeas corpus en el Código Penal Colombiano no se adaptaba a la constitución del 1991 de ese país ni a la Convención; por lo tanto, la Comisión solicitaba como reparación no pecuniaria la modificación legislativa de la regulación del habeas corpus. Pero la Corte estimó que a pesar de ese problema, el mismo no incidió en la vulneración de derechos por la cual había decidido la Corte. La Comisión también solicitó la tipificación del delito de desaparición forzada, al respecto la Corte estimó que este aspecto es deseable, pero que la ausencia del mismo en las leyes penales no ha significado obstrucción de las investigaciones que ha adelantado Colombia. La Corte también indicó que para

este caso la revisión de las competencias de la jurisdicción militar u ordinaria, no era *apropiada*. La decisión del 29 de septiembre de 1997 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desglosa de la siguiente manera:

Fijar en US\$ 89.500,00 (ochenta y nueve mil quinientos dólares estadounidenses) o su equivalente en moneda nacional el monto que el Estado de Colombia debe pagar antes del 31 de julio de 1997 en carácter de reparación a los familiares de Isidro Caballero Delgado y de María del Carmen Santana. Estos pagos deberán ser hechos por el Estado de Colombia en la proporción y condiciones expresadas en la parte motiva de esta sentencia // Fijar en US\$ 2.000,00 (dos mil dólares estadounidenses) la suma que deberá pagar el Estado directamente a la señora María Nodelia Parra Rodríguez como resarcimiento de los gastos incurridos en sus gestiones ante las autoridades colombianas // Que no proceden las reparaciones no pecuniarias solicitadas // Que el Estado de Colombia está obligado a continuar los esfuerzos para localizar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares // Supervisar el cumplimiento de esta sentencia y sólo después dará por concluido el caso (CIDH, 29/01/1997. Serie C No. 31)

6. El Neoliberalismo Como Contexto Global

6.1. Punto Previo, Revisión Apresurada Sobre lo Legal en América Latina

Como nuestra intención no es lapidar los derechos humanos, sino comprenderlos desde una perspectiva que pueda visualizar los límites y alcances de los mismos; debemos resaltar la importancia que los movimientos sociales le han dado a los derechos, a ese discurso que grita a los cuatro vientos ¡TENEMOS DERECHOS! Porque la interpretación de que tenemos, permite mantener la lucha en contra de las relaciones de opresión y de los opresores. Los derechos humanos, en sentido del reconocimiento jurídico de que la gente tiene derechos, también significa que hemos logrado conquistar algunos espacios, aunque unos sean más simbólicos que otros. Derechos humanos se configura en la mayoría de los casos y en la mayor parte de la historia de América Latina –desde el discurso institucional–, como simulacros: los Estados y los grupos de poder han simulado la consagración de derechos de las poblaciones. En función de ello, una lucha básica por los derechos humanos en esta región se ha centrado en la transferencia y transformación del poder (Gallardo, 2008); es decir, la lucha que continua no es solamente por el acceso sino por el ejercicio, dos dimensiones que tienen consecuencias distintas en las relaciones de poder.

Los múltiples movimientos y movilizaciones sociales en América Latina reivindican las banderas de los derechos, sin embargo no podemos decir que exista una demanda generalizada por la legalidad. En términos muy generales, ha existido una lucha por reivindicaciones sociales muy importantes, pero estas

luchas no se han vinculado con el problema de la legalidad del Estado, sino que han apuntado más bien al cambio del sistema (Gallardo, 2008). Sin embargo, en los momentos y espacios en que se ha enarbolado la bandera de los derechos, se han construido sensibilidades distintas a las que se promueven desde los discursos oficiales y *pseudo* oficiales. Cuando existen procesos de articulación entre lo legal-nomativo y las luchas se produce un proceso intersubjetivo, en el cual los sujetos pueden establecer correspondencias entre sus necesidades y los derechos que consagran las normas. Sin embargo, en otros casos, no existe tal correspondencia pues las leyes no consagran los derechos, o se modifican las leyes para extraer del derecho positivo, derechos que se habían consagrado a las personas, y por lo tanto, la lucha no está orientada al cumplimiento de los mismos; en este caso, la movilización se ampara en la *justicia*, ello implica, una lucha por los derechos más allá del derecho positivo (de la Torre, 2006), más ética-política.

Uno de los mayores problemas al respecto, es que la gran mayoría de la población no tiene acceso a los sistemas institucionales de justicia, porque el factor económico imposibilita que los pobres puedan acceder a los mecanismos judiciales y a medidas judiciales que le favorezcan. Otro problema fundamental con respecto a los derechos, es que por la exagerada dependencia de los mismos al Estado, aquellos se pueden suspender en momentos determinados, de acuerdo con los criterios de la institucionalidad y de los grupos fácticos. Además, desde el punto de vista cultural, no existe un *ethos* de derechos humanos en América Latina, es decir, la relación entre el Estado (por eso las luchas se orientan a la transformación del poder), las personas y la sociedad no se comprende como una

relación de derechos. Por otro lado, existe el problema de que algunos derechos se entienden como absolutos, mientras que otros son relativos. A todo lo anterior, se le suma que los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos, tienen muy poca fuerza material para que se cumplan sus decisiones (Gallardo, 2008).

De acuerdo con Gallardo, el Estado latinoamericano que ha reivindicado victoriosamente sus acciones en derechos humanos, pues tiene un amplio despliegue de normativas que contemplan derechos; tiene condiciones ontológicas, que imposibilitan la garantía de los derechos, pero además, dichas condiciones requieren de la vulneraciones de los derechos de la población para poder prevalecer. El Estado latinoamericano ha sido históricamente *patrimonialista* y *mercantilista*, lo que imposibilita que este mismo ente sea el interlocutor legítimo de los derechos humanos, por lo tanto, es un contrasentido para los derechos que el Estado se resguarde el monopolio en la materia. La democracia en América Latina, por estar condicionada fuertemente por criterios económicos no es más que un *simulacro*, porque los estados corporativos, atravesados por los grupos que controlan la economía “aumentan su poderío mediante la destrucción de las resistencias” (Gallardo, 2008, p. 54). Aunque pareciera un exabrupto decirlo en este momento, este fenómeno ha dominado en gobiernos de izquierda y de derecha en toda la región; lo que nos lleva a integrarnos a la tendencia que advierte que el problema no corresponde a gobiernos, sino a Estados; pero no como entidades fijas, estáticas, como un ente objetivo-positivo, sino más bien entendiendo el Estado como un conjunto de prácticas estatizantes,

hegemonizadas por los grupos humanos que pueden tener control de dichas prácticas.

En la historia de América Latina, encontramos espacios y momentos *intersticiales* en los cuales los grupos hegemónicos que han dominado en el control del Estado, eventualmente han permitido concesiones a al resto de la sociedad. Estas concesiones han permitido mejorar algunos aspectos concretos en la calidad de vida de trabajadores, campesinos, mujeres, niños y niñas, indígenas, afrodescendientes, entre otros; sin embargo, las mismas han correspondido más al cumplimiento de formalidades, que al desempeño de los objetivos del Estado. En algunos casos, esto ha significado un tratamiento diferenciado, con el fin de equilibrar las desigualdades sociales; este proceso ha generado tensiones “entre la visión formalista del abogado y la que la democracia social les exige” (de la Torre, 2006, p. 92). El Estado también se ha configurado bajo parámetros represivos, desapareciendo las garantías básicas en lo político a toda la población, y garantizando la conservación de las “relaciones patrimoniales” de las oligarquías. En términos generales, se puede decir que ambos modelos de Estado han interactuado, generando espacios de garantías sociales (muy limitadas, hasta donde lo permiten la élites), y a la vez, produciendo espacios de represión social generalizada (de la Torre, 2006).

Desde el punto de vista histórico, el surgimiento de los Estados en América Latina representó una inversión en el derecho positivo en cuanto a los derechos. El derecho que privó en la región durante el período de explotación colonial, fue una legislación que protegía algunos derechos de los pueblos indígenas, por tal

motivo, se debe entender que algunas de las atrocidades cometidas contra aquellos durante la época colonial, eran de carácter ilegal. Lo anterior no justifica ni disminuye la práctica genocida de la colonización, sin embargo, sí nos hace entender algo que pasa velado en la historia oficial de nuestras naciones: con la independencia de los Estados latinoamericanos, se legalizan las vejaciones contra la dignidad de las poblaciones indígenas. La introducción del derecho moderno, el cual significa *individualismo liberal* (Fitzpatrick, 1998), se impuso durante el siglo XIX; en este período América Latina (una región rural-agraria), va cambiar su concepción de la propiedad de la tierra, y a partir de la imposición de una juridicidad que defiende el individualismo, se legalizó el despojo de los territorios que en el modelo colonial se le habían respetado a los indígenas (por lo menos en el aspecto legal-formal) (de la Torre, 2006). Pero dialécticamente, los derechos humanos en este territorio no se pueden entender fuera de la clave independentista: la génesis de los derechos en América Latina es la lucha independentista contra imperios europeos; distinto a como surgen los derechos en Europa, los cuales emergieron contra entidades políticas propias (Zaffaroni, 1989). Pero esta contradicción nos lleva a una tercera: América Latina está en un proceso de lucha independentista dilatado en el tiempo, aún luchamos por la independencia que no se logró conquistar por medio de los Estados nacionales (Niño, 2008).

El siglo XX se ha propuesto como el siglo de los derechos humanos, por la gran cantidad de instrumentos jurídicos que se han creado en ésta materia. Para algunos, esto ha significado una revolución jurídica, sin embargo, se trata de

múltiples instrumento que en su mayoría no tienen eficacia. Por lo tanto, consideramos pertinente estimar este fenómeno del siglo pasado, como una “propuesta ideológica, moral o metafísica, no jurídica en un sentido estricto” (Gallardo, 2008, p. 142). Los modelos de dominación han ido cambiando y para el cierre del siglo XX, los derechos *conquistados* se van presionando desde la lógica que los entiende como *libertades*, de esta forma la noción de obligación que implica un derecho, deja de tener fuerza.

Por la existencia global múltiples instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos, se entiende a los derechos como existentes y determinados por su cualidad positiva, trascendiendo los debates anteriores sobre la fundamentación de los mismos. La abundante especificación de derechos en instrumentos de diversos tipos, ha traído como consecuencia su reducción a problemas de carácter técnico. La relación de los derechos humanos con el neoliberalismo se entiende genéricamente de dos formas: a) el neoliberalismo vulnera derechos, y b) el neoliberalismo no tiene nada que ver con los derechos, porque éstos últimos están consagrados en instrumentos técnicos a nivel mundial o en constituciones nacionales, por lo tanto, alojados en el campo incólume del derecho. Lo que nos proponemos, es apuntar a comprender que los derechos están sometidos a un tipo de regulación particular, distinta a períodos anteriores, esta regulación no solo los circunscribe, sino que también los configura.

El neoliberalismo se debe leer en clave de lo que ha significado el proyecto hegemónico de la modernidad sobre el mundo, es decir, la reflexión que se pretenda crítica sobre lo neoliberal sin observar la modernidad, es un ejercicio

superficial. Pero interpretar la modernidad como un horizonte estático, sin modificaciones internas es un anacronismo, es decir, analizar la modernidad sin comprender los giros de la misma a partir del neoliberalismo, significa perder atención sobre los cambios. Es necesario poder distinguir las diferencias entre el liberalismo y el neoliberalismo, porque la confusión entre ambos ha sido la matriz de diversos errores en el análisis y en la praxis. De entrada, podemos sintetizar las diferencias entre estos dos a partir de lo que significa el núcleo de lo neoliberal: “destrucciones de lo social” (Castaignts, 2002, p. 93). Pero destrucción de lo social no significa destrucción del Estado, sobre esto hay que tener mucho cuidado, porque esta homologación entre lo social y el Estado ha derivado en graves errores en lo académico, en lo político y en lo social. El Estado se reconfigura pero no desaparece, se trata de una “<<revolución desde arriba>> que no puede ser reducida al imperio desnudo del mercado [...] necesariamente abarca los medios institucionales [...] una política social disciplinaria [...] expansión del sistema penal [...] *responsabilidad individual* [...] pegamento cultural que liga los tres componentes” (Wacquant, 2013, p. 184).

Un criterio para la descripción de la época actual, por parte de quienes evalúan la superficie, es el criterio de *horizontalidad meta estatal*, es decir, que el repliegue de los Estados significa la desaparición de las jerarquías mundiales, porque el mercado provee de horizontalidad y equilibrio; pero las jerarquías no han desaparecido -como lo propusieron Hard y Negri (2000)-, sino que se han reorganizado (Boron, 2004). Uno de los aspectos publicitarios de esta época es la idea de que la desaparición de los Estados trae consigo la apertura de un tipo de

ciudadanía global, no obstante, sucede lo contrario: los Estados han ido cerrando sus fronteras a poblaciones migrantes. La idea de que la gente se puede mover al mismo ritmo que el capital, no pasa de ser solamente una idea. A la inversa, la idea de que el movimiento del capital de una región a otra es la solución a los problemas de nuestro tiempo, también contrasta con la realidad. El capital se expande sin límites a nivel mundial y cuando las personas reclaman por las consecuencias de esa expansión, los Estados aparecen como anillo de contención para la protección de dicho capital, el cual tiene sus asientos fiscales primordiales en países hegemónicos actuales.

Estamos en presencia de un tipo de colonialismo en donde las naciones subalternas y periféricas, no pierden el estatus de *independientes* desde el punto de vista formal de los documentos, pero sí en las relaciones. Las empresas transnacionales no están en una dimensión etérea, ellas están radicadas en los mismos territorios del imperialismo del *clásico* (Lenin, 1976), con algunas emergencias en otras partes, pero con comportamientos similares. Por lo tanto, “quienes argumentan que los conceptos de “centro y periferia” [son] anacrónicos [no observan que,] la desconcentración geográfica de las plantas, el funcionamiento en red y la descentralización de las decisiones operativas, tienen lugar con el mantenimiento de las decisiones estratégicas [...] donde funciona la casa matriz” (Vilas, 2000, p. 20). Los países imperialistas imponen a través del sistema internacional un marco normativo para el desarrollo del capital, en cual se forman los tecnócratas de los países colonizados, como estrategia de defensa y

contención de lo neoliberal y ello se transforma en una imposición global de una cultura colonial (Vilas, 2000).

Debemos agregar: existe una *crítica dogmática*. A pesar de lo contradictorio que suene la conjunción de estas dos palabras, permite conceptualizar la supuesta crítica al neoliberalismo, que ha derivado en exégesis y catecismos que ha contribuido a su reproducción. Consideramos que para poder estudiar lo que sucede con el derecho y la regulación en el neoliberalismo, es necesario estudiar la obra del austriaco Friedrich von Hayek, porque es este ideólogo de lo neoliberal, quien logra transfigurar el estado de derecho liberal y construir es estado de derecho propio del nuevo liberalismo (Bedin, 2000).

Expondremos a continuación las formas de presión sobre las personas, las instituciones, la administración del Estado y la justicia; consideramos que estas presiones, sin excluir otras, son claves para poder categorizar el período actual, como un momento específico de la dinámica del capital. Pero antes de continuar una advertencia, esto se presenta apenas como el delineamiento de un sendero a transitar, estamos lejos aún de un trayecto ya transitado, pues nos enfocamos desde una perspectiva que trastoca la forma como se ha interpretado el neoliberalismo en la mayoría de los autores que han trabajado el tema, y en las lógicas políticas que se han desarrollado para su despliegue o combate.

6.2. Personas

Partimos de la noción ampliamente difundida por diversas vías y diversos autores en las ciencias sociales, de que cada período histórico produce su

concepción de persona; la regulación del nuevo liberalismo tiene su propia configuración, pero lo que expondremos a continuación no se puede entender como una especie de psicologismo, sino como una reflexión sobre la construcción simbólica del sujeto, para decirlo de una forma sencilla, pero no por ella simple: la relación entre la persona y lo que significa, es decir la *significación* de la persona.

No se puede hablar del sujeto actual, sin relacionarlo con una *violencia originaria* que resulta de la combinación entre *narcisismo* y la *perversión del sujeto*: se ha impuesto una individualización extrema de la persona, se impone un tipo de sujeto que ha roto con su entorno; tipificado como individuo entra en pánico permanente porque toda organización social implica un tipo de violencia contra el sujeto; esta es la socialización actual, a pesar de lo contradictorio que parezca, porque es una socialización con una teleología orientada a negar lo social. La centralización absoluta, unidireccional y unívoca –es decir ideológica, en términos de Eco (2000)– en el individuo, y la negación de la condición social de la persona, produce la percepción de un tipo de violencia contra la cual el sujeto no ha sido socializado. La *sociabilidad individual* –a pesar de la antípoda– fomenta ordinariamente que lo social no existe, que lo único orgánico es el individuo, por lo tanto, cuando la persona se encuentra con la realidad, que está cargada y contenida de lo social, entra en conflicto porque no ha sido formado para el reconocimiento y el ejercicio en esa realidad; se percibe una violencia desde afuera, contra la cual no se han construido mecanismos sociales; al final del camino, el sujeto queda en una deriva.

Como no existen mecanismos de control social de esa violencia, se produce un neo-fascismo que impone en todos los individuos, la lógica de que la mejor defensa es la represión (Pacheco, 2012); en este aspecto, debemos adelantar que esa represión, la cual queda en manos del Estado, es distinta a la lógica del Estado-policía; la represión actual es la lógica de dominio a los individuos en una situación de amenaza múltiple, la misma tiene validez en la “imposición de “un general respeto a las normas de recto comportamiento” (Hayek, 1979, p. 91). La persona solicita represión porque:

caerá en la depresión y en la ansiedad cada vez que se siente amenazado en la posibilidad de mantener la estabilidad mínima de la unidad siempre precaria de su Yo. Unidad cuidadosamente conservada por su identidad cambiante y por los lazos sociales, por sus ideales y por sus valores, siempre débiles y en peligro constante (Pacheco, 2012, p. 115)

Se pinta un escenario en el cual el individuo está supuestamente liberado de todo tipo de lazo social, pero como esto es solamente una proyección ideológica, entonces, cuando dicho sujeto se topa con dichos lazos sociales –que existen objetiva y subjetivamente–, se siente totalmente amenazado. El *narcicismo*, que se impone como “razón última para dirigir las acciones de los individuos” (Pacheco, 2012, p.119), significa que el sujeto debe imponerse sobre los otros para poder disminuir sus niveles de ansiedad, esto se plantea como una prerrogativa, por lo tanto no importan los medios que se usen para ello, aunque el método mejor difundido es el de la represión. Por otra parte, los mecanismos ideales para la liberación de ese sujeto contenido entre la represión y la violencia social son el hedonismo y el consumo. Esta forma de sujeto encuentra validación constante en el *sentido común* (Fair, 2010), a la vez, la presencia de esa forma en

el *sentido común*, se imponen como la demostración empírica de que es real. Esta es la tautología contemporánea, las explicaciones densas propias del siglo XIX y parte del XX dejan de tener sentido y los aspectos del *sentido común* se toman para justificar el mundo, sin advertir que ese *sentido común* es contingente, hegemónico y vertical. La obra de Hayek es abundante en esto, para tratar de demostrar la universalidad y veracidad de lo que construye, toma ejemplos de la vida cotidiana, en un ejercicio metonímico y los coloca como referentes empíricos de que la realidad es tal cual como la describe, sin procesos analíticos, estadísticos o de otro tipo que logren establecer al menos una *mecánica* de los hechos.

Como se rompen los vínculos propios de lo social, las personas quedan en parcialidades *inconexas*, pero este rompimiento es estético, cosmético, porque materialmente los vínculos de la sociedad están presentes, aunque estén presionados por factores de poder y/o ideológicos. Por lo tanto, el individuo guiado por este pensamiento es sorprendido permanentemente ante una realidad llena de vínculos, es un individuo temeroso de lo colectivo. La idea de una humanidad de acuerdos mínimos y un acuerdo mínimo sobre la humanidad es imposible en este modelo. Pero como estos acuerdos y disensos mínimos, corresponden a ámbitos de la sociedad y de la cultura que no pueden ser erradicados, los mismos ponen en pánico al individuo por encontrarse con algo que para él no existían. Una humanidad aparentemente sin acuerdos, es una condición *sine qua non* de la competencia.

En este aspecto se debe comprender que la noción de competencia se impone como hegemónica en todos los campos y esferas de la vida, y ahí es donde radica su problema. Es decir, el problema no es la competencia, porque ella no es un invento de los neoliberales, está presente en las relaciones humanas; el problema es asumir la competencia como un exclusivo que anula y desplaza a otras. El problema es la imposición de la competencia a través de mecanismos políticos: el Estado se comporta como un individuo poderoso que compite con el resto de los individuos, esto se traduce claramente en el sobredimensionamiento del Estado sobre la sociedad. La manera que concibe Hayek para limitar al Estado con el objeto de que no sobrepase el individuo, es estableciendo que el Estado debe respetar un *convenio* que le es previo, y este convenio es el relativo a la competencia: las personas son “del y para el mercado”(Vergara, 2005, p. 5).

Como para el economista austriaco el centro es el individuo, se establece que el precio se debe determinar en la medida en que el *objeto* es importante para el aquél; esto en palabras de Rojas (2006) es el *individualismo metodológico*: el valor (realmente el precio como *fetiché*), se hace depender de las preferencias subjetivas. Este individualismo comprende una concepción de la naturaleza humana que va a dominar el derecho: 1) “la acción humana es el punto de partida”; 2) dicha acción humana es “voluntaria”; 3) orientada a “pasar de una situación menos satisfactoria a una más satisfactoria; y 4) para tomar decisiones [...] su conocimiento [el del sujeto] es limitado [...] y está] disperso entre los individuos” (Rojas, 2016, p. S/P). Es decir, que cada uno de los individuos humanos, tiene un propio código de comprensión-acción y viceversa, por lo tanto,

el Estado no puede conocer las necesidades de los individuos, el papel de la institución es construir las condiciones para que los individuos estén atentos a sí mismos, y esto significa que el deber primigenio del aparato público es el mantenimiento de la protección del *orden espontáneo*, el cual se constituye como un universal histórico (Hayek, 1979). Como no se pueden conocer todos los aspectos que comportan el “orden social”, las normas de comportamiento son la manera de solventar dicha *ignorancia* (Hayek, 1979). Léase: a pesar de la importancia que el neoliberalismo supuestamente le da al individuo, para Hayek la única norma que debe existir es aquella que lo controla.

Este sujeto puede tener éxito en la medida en que es un sujeto-empresario. De tal manera que las unidades básicas de la sociedad se proyectan con forma de empresa, siendo que lo jurídico ulteriormente significa: promover el desarrollo de la empresa. Para los neoliberales el orden natural clásico es el resultado de determinado orden legal, se puede entender que: “sociedad de empresa y sociedad judicial, sociedad ajustada a la empresa y sociedad enmarcada por una multiplicidad de instituciones judiciales, son las dos caras de un mismo fenómeno” (Foucault, 2007, p.187). El derecho se entiende fundamentalmente como la esfera del litigio entre empresas.

6.3. Instituciones

El neoliberalismo es mucho más que el despliegue del mercado, tampoco hay que verlo solamente como una forma de gobierno, como una técnica del desarrollo de gubernamentalidad; es necesario comprenderlo como estos dos,

pero también como una nueva forma de construcción-imposición de subjetividades (Wacquant, 2012). Los estudios neoclásicos o neomarxistas, aceptan al neoliberalismo tal como aparenta ser, sin analizar el sistema institucional; mientras que los estudios de gubernamentalidad se centran en una relación con el sujeto que eventualmente puede derivar en cierto relativismo que no aporta nada a una comprensión más integral, ya que se concibe una “racionalidad política maleable y mutable que se asocia con muchas clases de regímenes” (Wacquant, 2012, S/P).

De esta forma, vamos entrando a la manera como se van configurando la regulación en el contexto neoliberal. Por ejemplo, en materia laboral las relaciones deben estar dominadas, no por aspectos propios del derecho laboral clásico (derecho a un trabajo y que este trabajo sea en condiciones de dignidad), sino que las relaciones laborales deben estar dominadas por el deseo y la necesidad del empleado de conseguir un trabajo y mantenerlo (Hayek, 2007). Una versión publicitaria de este planteamiento, lo valoraría positivamente en cuanto afirmaría: este modelo toma en cuenta las necesidades de la gente para la definición del derecho. Sin embargo, la realidad demuestra algo totalmente distinto, alojar el derecho en las necesidades ha significado que estas sean determinantes de las relaciones laborales, y no su transformación; es decir, la necesidad pone en minusvalía al trabajador con respecto al patrono, porque ante la calamidad de las necesidades, el trabajador se ve obligado a aceptar cualquier tipo de relación laboral. Atrás queda el viejo eslogan que definía la regulación laboral clásica: *el trabajo dignifica*, es decir, que el trabajo implicaba una construcción integral de la persona, de la sociedad.

Otro principio que priva es el criterio del precio como mecanismo para la definición de la realidad. De acuerdo con ello, el precio es el indiciador para definir una situación como verdadera (Castaingts, 2002); como existen diferentes precios, el sujeto debe escoger entre todos ellos y su elección indicará la veracidad. El resultado de ello es que el derecho no se configura por un tipo de facultad subjetiva, ni tampoco por el reconocimiento positivo; sino por una elección y ponderación que hace la persona (Hayek, 2007). Otro problema en esta concepción es que el precio se considera como el resultado de lo siguiente: “depende de las cantidades de aquellas otras cosas de las cuales privamos a los demás miembros de la sociedad por tomar nosotros una. Este precio no está determinado por la voluntad consciente de nadie” (Hayek, 2007, p. 128).

En el siglo XIX, el valor se estimaba a partir de un concepto de utilidad, el valor se entendió impositivamente como *precio*; en estos precios se incorporaban como determinantes: el costo de producción y la utilidad material; es decir, existían dos elementos con criterios de objetividad (con todas sus limitaciones), que incidían en el establecimiento de los precios. Podríamos decir que en relación a este elemento surgen las teorías económicas conservadoras y revolucionarias decimonónicas. Sin embargo, en el siglo XX esto cambia radicalmente y los elementos supuestamente objetivos que determinan el precio (impuesto hegemónicamente como el reflejo absoluto del valor) desaparecen, para que su lugar sea ocupado por elementos subjetivos. De esta manera, la historia del objeto *preciado* no es importante, y pasa a ser fundamental lo que supuestamente ofrece dicho objeto. En resumen: “los costos son el resultado de la existencia de precios

esperados” (Rojas, 2006, p. S/P); porque se trata en definitiva, del “reconocimiento de sus propias opiniones [del individuo] y [sus] gustos como supremos” (Hayek, 2007, p.43).

Por un lado se dice que la necesidad define la situación de interacción entre las personas, en esta situación los sujetos deciden en función de los precios, los cuales indican la verdad, como resultado de la ponderación que pueden hacer los individuos entre distintos precios, pero los precios no son un criterio externo objetivo, sino que dependen de la cantidad de cosas que la gente pueda tomar de esa realidad, dejando a otras sin la posibilidad de ejecutar la misma acción. Este el fundamento estricto de la competencia, la consecuencia de ello en la dinámica social es que lo “verdadero” es el resultado de la relación entre personas que tienen necesidades diferenciadas, jerarquizadas, desiguales; sin tomar en cuenta que dichas diferencias inciden en la situación del que más necesita, y del que tiene necesidades alojadas en aspectos básicos para la supervivencia. Pero este proceso no excluye el aparato institucional, sino que lo incorpora como instrumento central:

una articulación del *estado, el mercado y la ciudadanía* que controla al primero para imponer el sello del segundo sobre la tercera. De modo que debemos introducir estas tres instituciones en nuestro ámbito analítico. No estoy de acuerdo con las concepciones del neoliberalismo centradas en el mercado porque priorizo los medios (políticos) sobre los fines (económicos); pero me diferencio de la estructura de gubernamentalidad porque priorizo la elaboración estatal por encima de las tecnologías y de las lógicas no estatales, y me concentro en la forma en que el estado rediseña con efectividad los límites y el sentido de la ciudadanía a través de sus políticas (Wacquant, 2012, p. S/P)

No trata de la restauración del liberalismo, sino la superación de “la concepción de estado de este último” (Wacquant, 2012, p. S/P). Hayek, como ideólogo del neoliberalismo formula su discurso contra el keynesianismo y el socialismo, colocándolos en el mismo plano, a pesar de las notables diferencias entre ambos. Contra las dos corrientes el economista austriaco afirma que implican redistribución y por ende imposibilitan la competencia (Hayek, 1979, 2007). En el nuevo *liberalismo antiliberal*, el Estado tiene como función crear mercado donde antes no había a través de una “vasta marea de reforma institucional y ajuste discursivo” (Harvey, 2008, p. S/P). Pero esto no se trata solamente de un proceso *discursivo* o *mediático*, entenderlo de esa forma limita el accionar político, pues pone a los detractores del neoliberalismo en el terreno neoliberal por excelencia, es decir, en el terreno de las cámaras y los micrófonos: el “Estado, con su monopolio de la violencia y de las definiciones de legalidad, juegan un rol crucial en el respaldo y la promoción de estos procesos” (Harvey, 2008, S/P). Se trata de una forma de intervencionismo central, en el cual se hace hincapié en la acción represora del Estado; es intervencionismo porque implica la intromisión de todas las estructuras sociales, económicas y políticas para limitar el control social y desarrollar el control sobre las sociedades (Patiño, 2006).

La validez, la eficacia, la posibilidad de que el ciudadano pueda recurrir a demandas ante el Estado, se extrae de la lógica estatal y se radica en los espacios del mercado, en este sentido, Estado y ciudadanos entran también en competencia. Se publicita que el Estado neoliberal no debe definir la dinámica de ingresos y consumo, pero en la dinámica global son los Estados quienes firman

tratados de libre comercio que configuran a escala planetaria tipos de ingresos y consumos. Sobre el Estado (como derecho público) se impone la lógica del derecho privado, transformando al primero de acuerdo a los criterios del segundo (Bedin, 2000); debe emitir medidas estrictamente formales, ninguna debe contemplar algún tipo de planificación con respecto a un objetivo concreto (Foucault, 2007). Para Hayek el problema del liberalismo era su paradoja en cuanto a la libertad: el Estado es al mismo tiempo su garantía y su amenaza. Pero ello no implica un rechazo al Estado, sino la debida circunscripción de su aparato legislativo (Williams, 1999). Hayek se concentra en una teoría formal del estado de derecho, y su concepción de libertad tiene como núcleo la existencia de un sistema formal-abstracto que respete el orden espontáneo del mercado (Hayek, 2007); es decir, para Hayek no hay libertad sin Estado.

La justicia social de acuerdo con Hayek, es problemática por la lógica redistributiva en la cual el mercado no puede desarrollarse. La distribución implica planificación y esta significa la existencia de un conocimiento previo sobre algunos resultados específicos (totalidad). Ante esto, el nobel de economía expone que los seres humanos actuamos sin conocimiento *a priori*, por lo tanto, determinar un posible resultado, como se necesita en la justicia social, es contra-natura. Por lo tanto, lo verdaderamente social debe ser lo formal-abstracto, para que se limiten las decisiones individuales, pero no se determinen; por eso Hayek ataca al Estado de bienestar liberal y al socialismo, pero no al Estado, como lo plantean los publicistas neoliberales y sus pares antineoliberales. De hecho Hayek siempre defendió la *coerción legítima*, aunque nunca estableció límites realmente claros

para el *poder legítimo* (Williams, 1999). A pesar de que ideológicamente se plantee algo distinto a lo que estamos formulando, para el neoliberalismo democracia y libertad no son directamente proporcionales, pues pueden haber regímenes más democráticos políticamente, pero que limitan la libertad por vía de la planificación; al contrario, pueden haber dictaduras en donde se es más libre, porque se impone el *orden espontáneo del mercado*. En este aspecto está el núcleo del distanciamiento de Hayek con respecto al pensamiento liberal, porque el Estado no debe solamente respetar al mercado, sino imponerlo, esta diferencia rige nuestro tiempo.

La crítica del neoliberalismo a la justicia social, no significa el fortalecimiento del viejo principio del *Laissez-faire*. El neoliberalismo no significa que el Estado deje *pasar o hacer* al mercado, sino que el Estado debe ser activo en la creación de una “competencia efectiva [porque] esta es la mejor guía para conducir los esfuerzos individuales (Hayek, 2007, p.66). El Estado debe intervenir para imponer el mercado, transformando la estructura poblacional, las técnicas y el uso de herramientas, los aspectos normativos y los procesos educativos (Foucault, 2007). Es la lógica del *gobierno* sobre la sociedad:

la concepción del estado de derecho de Hayek no excluye el uso de la violencia del Estado contra los que considera sus enemigos, sino que incluso puede estimularla en ciertos casos [...] porque su concepción del estado de derecho no incluye el reconocimiento universal del derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad y dignidad, los derechos políticos, intelectuales, y otros derechos básicos (Vergara, 2005, p. 08)

Hayek tomó draconianamente el estado de derecho del liberalismo como única forma de conquistar la libertad, excluyendo de manera hegemónica al

autogobierno; también tomó la idea de que el progreso del individuo es la única esencia humana, real, objetiva y universal. En pocas palabras: hipotético desarrollo individual con restricción efectiva del autogobierno, a pesar de lo paradójico que esto suene. Es necesario aclarar lo obvio: el individualismo no surge con el neoliberalismo, este viene de la propia tradición judeo-cristiana (Bedin, 2000) y es constitutivo del mito moderno (Fitzpatrick, 1998); lo que cambió en el neoliberalismo, es que se anula cualquier criterio de lo social, constituye una *formación discursiva* que elimina cualquier posibilidad de reconocimiento de lo social, aunque fuese un reconocimiento marginal, y se impone un individualismo absolutista.

Cuando nos referimos a lo social, nos estamos refiriendo a un conjunto de fenómenos que están presentes: a) en las relaciones entre las personas, y b) en las relaciones de las personas con el entorno; que las regulan y que están expresadas en las mismas, pero que no tienen una entidad empírica manifiesta porque son más profundas. Lo social no lo entendemos como medidas políticas de asistencia social, porque aunque se plantee lo contrario desde el punto de vista publicitario, la realidad nos demuestra que los Estados neoliberales mantienen políticas de asistencia social, a pesar de que la crítica cosmética al neoliberalismo diga lo contrario. El neoliberalismo elude y anula lo social, cada sujeto responde autorreferencialmente a su único criterio (criterio que es formulado en una matriz ideológica); no se trata ya de la autonomía individual liberal, que se construyó en una relación de reconocimiento de lo social, sino de la autorreferencia, que significa anulación total de lo social.

Así como la libertad en Hayek no significa la posibilidad de hacer, para el neoliberalismo en general tampoco significa la negación a la intervención externa, sino que la libertad se significa en términos de consumo, de tal forma que entes externos al individuo son quienes definen la libertad en cuanto dicen “voy a producir para ti lo que se requiere para que seas libre” (Foucault, 2007, p.84) este el discurso hegemónico actual. No es un imperativo para el sujeto ser libre, sino consumir lo que se provee para serlo.

El mercado como lugar de la veridicción y del intercambio, fué uno de los elementos centrales del liberalismo, el *valor* se centraba en el intercambio, y es por ello que la imagen benéfica del mercado se proyectaba como *precio justo*, el cual constituía como un juego de suma cero entre vendedor y comprador. Pero como esta hipotética suma cero llevó a la insatisfacción, a causa de su constitución como proyección ideológica, se produjo así la crisis del liberalismo con el surgimiento de la fobia al Estado, porque el sistema le adjudicó a la institución política la responsabilidad en la desigualdad generada por la proyección ideológica del precio justo, quedando el mercado liberado de dicha carga, como si se tratara de cosas desconexas; sin embargo, esta fobia al Estado también contiene paradojas internas, porque la misma, a pesar de estar direccionada aparentemente en contra del Estado, va a incidir en el despliegue del mismo; se puede decir que se trata de una fobia estatizada al Estado (Foucault, 2007), tal cual como está planteado en las obras de Hayek. Es decir, se genera una crítica hacia el Estado, pero desde el mismo centro estatal, para desarrollar una forma peculiar de administración institucional. La cita que a continuación vamos a

reproducir sintetiza de manera icónica lo que planteamos, porque demuestra cómo el representante del Estado más poderoso del planeta, usa la plataforma del mismo para atacar a dicha instancia política, George Bush dijo en 1989: “el control estatal, sencillamente no puede proveer un crecimiento económico sostenido ni es capaz de proporcionar la legitimidad política necesaria para gobernar. Pero sobre todo, el estado se encuentra en conflicto constante con la libertad humana” (Calloni y Ego, 2004, p. 212).

6.4. Administración

Gestión punitiva de la pobreza es una manera de nombrar el despliegue de la administración neoliberal, implicando dos fenómenos: a) precarización de la vida y b) control de los precarizados. El cambio del viejo liberalismo al nuevo liberalismo significó pasar del asistencialismo al trabajo degradado y de la rehabilitación a la neutralización; por ambas vías, se trata de un castigo generalizado y extendido a quienes son pobres, se castiga a todos los pobres por ser posiblemente criminales, esto es una política carcelaria extendida, invisibilizada como política penal. Es decir, se encarcela gente, pero no para disciplinamiento sino para su deposición y contención. En este complejo proceso se permutan libremente “políticas sociales” (mantenimiento del trabajador degradado) con las “políticas penales” (carcelarias) (Wacquant, 2013). De esta manera pueden coincidir en un mismo espacio, sin ningún tipo de contradicción, acciones de *inclusión* y *represión*, porque ambas conforman bilateralmente la *gestión punitiva de la pobreza*. Quienes no se insertan como trabajadores degradados, lo hacen como objeto de neutralización. Por ambas vías, los pobres

son incorporados al mercado, por eso es que el mercado no es excluyente, no se interesa en dejar a nadie fuera.

El espacio geográfico no deja de ser administrado por y en el Estado, este es un requerimiento fundamental del mercado, geografía contenida hasta con muros. Y el Estado administra la sociedad dentro de ese espacio geográfico de forma carcelaria; el *panóptico neoliberal* se despliega con una profusa tecnología de vigilancia, con la cual todos quedamos a merced de una doble articulación de las estructuras de poder. En primera instancia, sometidos a la *vigilancia preventiva* por parte del Estado, con la excusa de la protección ciudadana; la segunda por complejos procesos globales articulados alrededor de las empresas y Estados encargados de producir de tecnología de control. Las personas están sometidas a sus instancias políticas inmediatas, pero también al poder global, porque este extrae los recursos de esas sociedades por vía de los contratos que los gobiernos hacen para la adquisición de la tecnología.

La pobreza pierde sentido político, es decir, se excluyen razones estructurales de su existencia y se naturaliza por vía de la responsabilidad de los individuos de ser pobres, la Organización Mundial de Comercio llamó a esto *trampas de la pobreza*: los pobres son tales por caer en dichas trampas, es decir, es responsabilidad de su ponderación, y esta razón es la demostración *objetiva* de que no cuentan con las facultades para dejar de ser pobres, se puede encontrar información de este tipo en la siguiente dirección: http://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/WCMS_145339/lang--es/index.htm. En el plano de la *competencia* no son *competentes* y por ello, su condición no es el

resultado de la injusticia, porque participaron formalmente en el espacio justo del mercado, pero no triunfaron por razones propias. Elementos centrales del liberalismo, como las políticas enfocadas en la movilidad social dejan de tener importancia y a los pobres se dedica la *contención punitiva* de estos (Wacquant, 2013). Entre liberalismo y neoliberalismo existe una marcada diferencia en estos términos, pues en el primero se imponía la lógica del *penalismo progresivo* (la pena como posibilidad de transformación del criminal), mientras que en el nuevo liberalismo se impone la lógica carcelaria que se enfoca solamente en contener gente dentro de unos muros. La lógica carcelaria se hace hegemónica, una operación realizada por gobiernos de derecha e izquierda a nivel planetario, en una fórmula que metafóricamente se puede expresar de la siguiente manera: puño de hierro carcelario (+) mercado (-) seguridad social (Wacquant, 2013). La *guerra contra el crimen* es el nuevo ejercicio de la soberanía. Es decir, el Estado en guerra contra sus ciudadanos.

Pero el crimen también es vaciado de su contenido social, la transgresión no se configura por estar en contra de la sociedad, como se pensaba en el liberalismo, sino que el crimen es tal por el riesgo que corre el individuo de ser o no encarcelado, por lo tanto pierde su definición sustantiva, porque deja de estar en relación con la sociedad y se relaciona exclusivamente con su definición de crimen por parte de una autoridad estatal (Foucault, 2007). Correlato de esto es la extensión de los motivos por los cuales se encarcelan las personas, sobredimensionando las relaciones sociales, todo es visto con lente carcelario, en todas partes hay una respuesta de este tipo, para cualquier situación. Se eliminan

por completo los pocos mecanismos sociales de control que el liberalismo permitió existir de manera periférica y subalterna.

La cárcel se vuelve entonces la promesa de resolución de los problemas que generó la competencia luego de la caída del estado de bienestar; por lo tanto, la cárcel no es una técnica, sino una lógica de *gobierno*, no puede haber otra forma de control sobre la sociedad, con tantos individuos actuando *individualmente*. Esta lógica no se queda solamente en las esferas políticas, sino que las mismas se despliegan de forma absolutista dominando todas las esferas de la vida, de tal manera que se instala en el “sentido común con el que interpretamos, vivimos y comprendemos el mundo” (Harvey, 2008, p. 01). La manera como se despliega la cárcel (como lógica de gobierno), es a través de los principios de la competencia, la cárcel compite con la sociedad imponiéndose sobre esta.

El encarcelamiento como sistema, está íntimamente relacionada con una concepción sobre la legalidad, y en este sentido, Hayek se preocupa porque la ley tenga criterios de formalidad y abstracción, porque esto es lo que permite que la misma no sea arbitraria, lo que significa que no le da importancia al proceso de construcción de la ley, la misma puede ser construida por procedimientos no democráticos desde el punto de vista político; lo importante es que haya sido elaborada a partir de principios de formalidad y abstracción, el poder legislativo debe estar limitado: que elabore leyes basados en la formalidad y la abstracción. Lo político y lo legislativo deben estar alejados, porque la práctica legislativa consiste en un acercamiento por evolución a “reglas generales de conducta justa”;

pero esta concentración en *ideas* tiene como consecuencia un poder legislativo alejado de procedimientos democráticos; para Hayek esto no es un problema, porque para él lo importante es que la abstracción y la formalidad, impide cualquier riesgo de manipulación política: “¿Por qué debemos dignarnos planear instituciones políticas cuando confiamos que la evolución nos dará las mejores instituciones en todas las otras esferas de la vida social?” (Williams, 1999, p. 160). Hayek prefiere un régimen no democrático que “garanti[ce] el orden espontáneo del mercado” (Fair, 2010, p. 137), antes que un régimen más democrático, pero también más planificado.

Hayek reconoce la existencia de muchos órdenes, pero para él, el único que realmente permite el desarrollo del humano individual es el mercado, el cual lo plantea como un universal, pero sin elementos para demostrar dicha condición. En este sentido recurre un tanto a Kant, para decir que la condición de universalidad radica en el deseo de los individuos de que algo sea universal. De esta forma, la norma: “es parte de un orden existente que ningún individuo puede radicalmente modificar, ya que ello exigiría la alteración de las normas que otros miembros de la sociedad obedecen” (Hayek, 1979, p. 43).

Siendo así, la democracia no se debe catalogar en función de las cualidades organizativas de la misma, sino por la preeminencia de la “competencia basado sobre la libre disposición de la propiedad privada” (Hayek, 2007, p. 103). La democracia no tiene que ver con el régimen político sino con el régimen de la competencia. De acuerdo con esto, una dictadura puede ser más democrática que una democracia, siempre y cuando no solamente respete el mercado, sino que lo

promueva. Si una democracia se atreve a planificar sin que dicha planificación implique el fomento del mercado como espacio de la competencia, entonces no es democrática.

La historia de las instituciones sociales revela un incansable esfuerzo por impedir que ciertos sectores particulares consiguieran poner la fuerza coactiva gubernamental al servicio de sus particulares intereses [...] que la prestación de servicios por el gobierno a grupos particulares haya alcanzado en la actualidad tanta preponderancia deriva del hecho de que así lo exigen diversos colectivos de tipo político y burocrático, siendo el gobierno consciente de que sólo satisfaciendo tales demandas podrá lograr el apoyo popular (Hayek, 1979, p. 13)

Cualquier concepción que no tome en cuenta dicho orden espontáneo significa una amenaza contra el “curso de la civilización” es decir: “libertad en materia económica sin la cual jamás existió en el pasado libertad personal ni política” (Hayek, 2007, p.42); libertad para presentarse en el mercado a competir. El precio libre es el indicador de la acción del individuo y la política social permitida es aquella que no afecte la competencia (Hayek, 2007). Debemos reiterar, esto no significa el desplazamiento del Estado, el Estado y la modernidad son mutuamente constitutivos (Fitzpatrick, 1998). La geopolítica mundial es un claro ejemplo de que no hemos superado todavía el proyecto moderno, como afirmaron algunos; sino la redefinición de sus despliegues, como lo dice el propio Hayek, aunque en la publicidad neoliberal se niegue:

El funcionamiento de la competencia no sólo exige una adecuada organización de ciertas instituciones como el dinero, los mercados y los canales de información –algunas de las cuales nunca pueden ser provistas por la empresa privada–, sino que depende, sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado, de un sistema legal dirigido, a la vez, a preservar la competencia y a lograr que éste opere de manera más beneficiosa posible (Hayek, 2007, p. 68)

El autor en cuestión, plantea que en unos casos extremos, de carácter ambiental o situación de pobreza extrema –por ejemplo–, el mecanismo de regulación del mercado puede ser sustituido por otro; por lo tanto, no se trata en lo absoluto de la desaparición del Estado, porque este es necesario para que actúe en este tipo de casos: mantenimiento y regulación del trabajador degradado, o para regular el costo social del impacto en el ambiente de la acción del capital. El mercado necesita de una sólida estructura legal, y dicha estructura solamente la provee el Estado, porque el neoliberalismo al pregonar su *individualismo metodológico*, no concibe una instancia orgánica entre el individuo y el Estado, como lo puede ser la sociedad; por lo tanto, las únicas dos instancias son el individuo y el Estado. El mercado como mecanismo de regulación en donde se participa en competencia, es tan estatal, que unos de sus autores fundamentales – Hayek– no niega la planificación, sino que arguye muy estratégicamente, que la planificación solamente puede existir en la medida en que se planifica para el desarrollo del mercado; y esto es así porque: “lo importante aquí es que el sistema de precios sólo llenara su función si prevalece la competencia, es decir, si el productor individual tiene que adaptarse él mismo a los cambios de los precios y no puede dominarlos” (Hayek, 2007, p. 81).

6.5. Justicia

Los sistemas jurídicos son atravesados por el neoliberalismo, los transforma de acuerdo a la lógica reglamentaria que lo constituye, no se trata solamente de un sistema que produce vulneraciones de derechos, como se demuestra y se denuncia cotidianamente; se produce este fenómeno, pero además la mutación de

los derechos como fueron entendidos en la concepción liberal, porque se transforma el derecho positivo y las instituciones encargadas de su administración; pero también incide en los procesos de socialización y en la alteración de los imaginarios sobre los derechos. De esta triple articulación resulta: a) vulneración de derechos de acuerdo a la definición clásica dentro del mundo liberal; b) destrucción de los derechos de la forma como lo hemos conocido en el período de la positivización y de su consagración en instrumentos internacionales; c) alienación en los procesos identitarios alrededor de los derechos porque estos dejan de comportarse como tal para ser entendidos como libertades y beneficios. Esto es necesario para una nueva regulación de los procesos económicos; la nueva acción normativa se orienta a la “destrucción de las estructuras colectivas capaces de obstaculizar la lógica del mercado único” (Patiño, 2006, p.4).

El fundamento para esta transformación de lo jurídico tiene su origen en la idea de la espontaneidad, la cual se contrapone a lo deliberado, porque “el orden espontáneo produce un sistema de normas jurídicas explícitamente establecidas mediante legislación” (Patiño, 2006, p.11). Para Hayek, las normas jurídicas no son jerarquizables y no deben cumplir fines particulares, porque el establecimiento de fines limita el accionar espontáneo, por lo tanto deben contener elementos formales que “impidan invadir la esfera de la propiedad privada o libertad de cada uno” (Patiño, 2006, p. 12). En términos básicos, todas las leyes deben ser *absolutamente* generales, todas deben ser iguales.

Hayek propone que la ley del Estado este subordinada a la “tradición jurídica espontánea que se forma a través del tiempo [...] niega la capacidad de

los legisladores democráticos de modificar las normas jurídicas, en un sentido distinto a la legislación precedente” (Vergara, 2015, p. 07). Por lo tanto, las reformas sociales al Estado lo ponen en peligro, porque las mismas no están contenidas en la tradición jurídica; porque Hayek solamente acepta como tradiciones “las formas de acción social de larga duración que corresponden a sus convicciones sobre la libertad económica y el mercado” (Vergara, 2015, p. 07). Siendo que el discurso propio de la propuesta neoliberal es un discurso que se construye en constante defensa de unos “peligros eminentes” (Hayek, 2007). Es decir, se elabora en la lógica de defensa, porque está hipotéticamente bajo ataque permanente de acciones contra la libertad, ataques que provienen esencialmente desde cualquier criterio en cuanto a lo social; esta lógica de defensa se desarrolla en sentido ofensivo, y ello fundamenta la represión.

Desde el punto de vista epistemológico, el neoliberalismo se comporta como un modelo, en la medida en que cuenta o se despliega como un sistema axiomático, en el cual una de las ideas centrales es la espontaneidad de las acciones humanas, y el mercado como el único espacio en donde dicha espontaneidad se puede desplegar y ordenar. El neoliberalismo apela al conocimiento común para desplegarse, utilizando sus conceptos básicos desarrolla una pretendida cientificidad (que es totalmente autorreferencial), se conciben órdenes autogenerados, los cuales se plantean como base de la vida social, porque fueron los que se impusieron desde los grupos ganadores en la competencia (Vergara, 2005); se propone como modelo solitario ante la inexistencia de alternativas (todo fuera de él es salvaje, porque se construye en

una red de conceptos polares entre verdad y positivo/error y falsedad (Vergara, 2005); y propone una relación orgánica entre la democracia y las instituciones nacionales o internacionales (Fair, 2010). La *globalización* como “espacio” neoliberal, se propone como un área donde se rompe con las desigualdades sociales, se propone como es el espacio de la horizontalidad.

La concepción de estado de derecho de Hayek, es la que ha tenido mayor influencia en la transformación del aspecto jurídico del Estado en la época actual, lo que se traduce en la promoción de sistemas jurídicos hegemónicos “la tendencia a la minimización o exclusión de los derechos humanos ligados a la reproducción de la vida, los derechos económicos-sociales, que son vistos como obstáculos o distorsiones del mercado” (Vergara, 2005, p. 03). En este sentido, Hayek argumenta por un lado que es imposible conocer los fines de la acción humana, pero por el otro lado dice que ‘estado de derecho’ quiere decir que el mismo “está sometido en todas sus acciones a normas fijas conocidas de antemano, que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre” (Hayek, 1979, p.105). Es decir, que para el autor austríaco no puede haber ningún acuerdo que nos permita prever el resultado de las acciones, pero si acuerdos para limitarlas a la lógica del mercado.

El estado de derecho está constituido por puras *normas formales*, con las cuales los individuos tendrán libertad para la toma de sus decisiones; sin saber cómo las mismas van a incidir en la vida de una persona, sin importar si dicha incidencia consiste en la producción de desigualdades económicas, porque dicha desigualdad no está orientada a que un individuo en particular la padezca, sino

que es parte de las probabilidades del juego del mercado. Lo económico entonces no es el fin en sí, sino un medio *para*. Esto reviste de una particularidad especial al dinero porque “ofrece las más amplias posibilidades de elección en el goce de los frutos de nuestros esfuerzos” (Hayek, 1979, p.123). El dinero permite al individuo elegir si se retribuye con educación, alimentación, alojamiento, etcétera; el dinero se vuelve en el medio fundamental de la *sociedad avanzada*, para satisfacer al individuo. Como el precio indica la verdad, y el precio se mide en dinero, este último se convierte en el medio de alcanzar la justicia, porque es la medida absoluta de la verdad. Lo neoliberal logra imponer que el en precio está la *verdad*, y esto tiene consecuencia que los aparatos se centren en el precio, dejando de lado debates de otro tipo, como los relativos a los procesos de producción, por ejemplo.

Como en la modernidad sentimos a través de la limitación de nuestros ingresos en dinero las restricciones que nuestra relativa pobreza nos impone todavía, muchos han llegado a odiar al dinero, símbolo de estas restricciones. Pero esto es confundir la causa con el medio a través del cual se hace sentir una fuerza. Sería mucho más acertado decir que el dinero es uno de los mayores instrumentos de libertad que jamás haya inventado el hombre (Hayek, 1979, p.124).

La idea de que las leyes no deben contener aspectos particulares descansa en el concepto matriz, de que no existe un conocimiento completo de la realidad como ya se ha advertido, entonces no puede haber ley que prevea algún fin, no puede preverlo porque no se posee un conocimiento completo de cuáles son los fines, por ello, solamente debe “proporcionar los medios para un sinnúmero de fines que en conjunto nadie conoce [el derecho es] la condición para conseguir la mayor parte de los fines” (Patiño, 2006: p.14).

Nuestra concepción de justicia general descansa en la estimación de que en cuestiones concretas es posible conciliar distintos puntos de vista individuales mediante la aplicación de normas que, una vez estipuladas, gocen de general aceptación [...] lo más importante no es que la norma haya sido establecida con anterioridad, sino que, una vez articulada, consiga general aceptación (Hayek, 1979, p. 26)

“La ley garantiza la libertad [...] pero ni el Derecho ni el Estado deben garantizar medios materiales e inmateriales, para el cumplimiento de los objetivos de cada persona” (Patiño, 2006, p.17). La legislación debe asegurar que el Estado actúe en el mercado como un particular; en donde la libre competencia dote de mayor libertad al pobre, que la economía planificada al más rico; la competencia permite que ricos y pobres tengan la misma libertad (Hayek, 2007). Por lo tanto, el Estado no debe orientarse a la satisfacción de las necesidades porque debe “mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar sus particulares objetivos” (Patiño, 2006, p. 19). El beneficio de la norma es que se aplique en todos los casos, sin importar los resultados específicos (Hayek, 1979), reglas abstractas para proteger el orden abstracto; pero dichas normas no se deben entender en un sentido utilitarista, y las mismas se observan de manera autorreferencial, es decir:

<<crítico imanes>>: actitud que sitúa a la crítica en el ámbito del correspondiente sistema de normas y que enjuicia las particulares normas en términos de consistencia y compatibilidad con aquellas otras sobre las que el orden reposa [...] todas las reglas deben estar al servicio del mismo orden abstracto y que todas deben contribuir a evitar que surja el conflicto entre quienes a ellas se someten (Hayek, 1979, p.39)

Esto significa que las normas solamente pueden ser evaluadas en función de otras normas, ambas abstractas (se retoma la exégesis); la norma contra la cual se contrasta se debe considerar *incuestionable*, y en un sentido muy

tautológico lo incuestionable es la competencia en el mercado. Los fenómenos del mercado que los neoclásicos definieron como “fallas”, en el neoliberalismo no se comprenden como tales, sino más bien como el resultado del accionar espontáneo de los individuos, porque eran “condiciones normales de la interacción social, desde que el comportamiento de cada individuo es impredecible” (Rojas, 2006, p. S/P). De ello deriva que lo público no se puede resolver por la intervención del Estado, sino por la acción privada individual, que debe ser promovida por aquel. Hayek y sus compañeros toman de Hume, Ferguson y Smith la idea de una evolución espontánea en la cual las instituciones que se mantienen, demuestran su eficacia por haberse mantenido.

El progreso no debía buscarse en un plan maestro diseñado por un hombre o grupo de hombres [...] el orden social progresa por la obra de la acción de millones de personas, quienes al seguir fines individuales logran como resultado del orden progreso de la sociedad toda (Rojas, 2006, p. S/P)

Todas las instituciones sociales se comprenden como el resultado de este evolucionismo social. Todo ello corresponde a un orden espontáneo: 1) las consecuencias de las acciones humanas no guardan relación entre sí; 2) la suma natural de todas esas consecuencias no planificadas, repercuten en un orden que no es aprehensible para el sujeto; y 3) “este orden es beneficioso para los participantes, de una manera que ellos no buscan pero que de todos modos les resulta deseable” (Rojas, 2006, p. S/P). El orden no es coercitivo, pero el *administrador* del poder coercitivo debe promover las “condiciones bajo las cuales el conocimiento y la iniciativa de los individuos encuentren el mejor campo para que *ellos* puedan componer de manera más afortunada sus planes” (Hayek, 1979,

p.66). Esta evolución influye en el sistema jurídico, porque se trata de que el juez logre conciliar las expectativas personales de cada individuo, veamos:

La afirmación de que mediante sentencia en casos concretos los jueces van aproximándose a un sistema jurídico de normas de comportamiento que es el más conducente a un orden eficiente, se impone cuando advertimos que en realidad se trata del mismo propio de toda evolución intelectual. Como en cualquier otro campo, el progreso se obtiene aquí al moverse dentro de un sistema de pensamiento ya existente, procurando, a fuerza de remedios, de “crítica inmanente”, hacer el conjunto más coherente, tanto en sí mismo como con relación a los hechos a los que las normas se aplican. Tal “crítica inmanente” es el principal instrumento de la evolución del pensamiento y la comprensión de este proceso constituye el típico objetivo de un racionalismo evolutivo o crítico en contraposición al constructivista ingenuo (Rojas, 2006, p. S/P)

Hayek confronta las *reglas de comportamiento* contra las *reglas de organización*, en este sentido, concibe que la conducta humana es la única que puede ser catalogada de injusta, que la injusticia no puede ser ubicada en esferas fuera del comportamiento del individuo, es decir, no se puede catalogar de injusto a un sistema –por ejemplo–. Por ello, el gobierno solamente se debe enfocar en que los individuos tengan un buen comportamiento, y no enfocarse en pretendidos resultados. En estos términos, establece que todo derecho implica una obligación de una contraparte, ya sea en términos de prohibición o imposición; por lo tanto, las normas se deben enfocar en que formalmente las acciones de unos individuos no afecten a otros; sin embargo, las normas no deben establecer que algún tipo de comportamiento garantice un resultado determinado. La “ley debe estar al servicio de la justicia” (Hayek, 1979, p. 54), y la justicia solamente se provee en el mercado, donde los individuos pueden competir. Las leyes consisten entonces en los imperativos para limitar las acciones, para que no se altere la competencia.

Hayek nos deja bastante clara su concepción sobre los derechos humanos cuando formula sus críticas a la Declaración Universal de 1948, indicando que los derechos económicos, sociales y culturales no pueden tener “carácter universal”, porque los mismos coliden con la lógica de la *responsabilidad individual* (Hayek, 1979). En este sentido, es necesario recuperar uno de los conceptos centrales del autor austriaco: la *catalaxia* con la cual intenta definir el orden que resulta del mercado, es decir, el resultado de que la “gente somet[a] su conducta a las normas relativas a la propiedad, el fraude y el contrato” (Hayek, 1979, p. 183). Pero en concreto, sobre el mercado, es necesario aclarar que para Hayek no constituye una forma de economía; es decir, no trata –como se dice muy coloquialmente– de una *economía de mercado*, porque para este padre del neoliberalismo, *el mercado requiere del repliegue de la economía*. La consecuencia de ello, es que cuando se intenta establecer que el mercado permite el dinamismo económico, o cuando se denuncia al neoliberalismo como una economía concentrada en el mercado, se está falseando o entendiendo erróneamente lo que hace neoliberalismo con la economía:

una economía es una organización en el sentido técnico aquí establecido, es decir, una deliberada ordenación por un solo centro decisorio de los medios conocidos, el complejo mundo del mercado ni depende ni puede depender de única escala de valores. El mercado sirve a una multiplicidad de objetivos que son diversos y entre sí invalorables y que corresponden a todos y cada uno de los miembros que integra el sistema (Hayek, 1979, p. 183)

El neoliberalismo se **opone** a los derechos humanos en un sentido liberal porque: a) permitieron cierto avance de lo social; b) por las exigencias que se

realizan de los mismos; y c) por el tipo de intervención del Estado en las esferas de la vida, buscando equilibrio entre las mismas. En este sentido, se enfoca en la supresión de los derechos sociales como derechos, por las obligaciones que los mismos imponen a la dinámica política, y se pasa a la intervención del Estado para imponer la competencia (Bedin, 2000). Antonio Bedin –jurista brasileño– organiza las ideas del premio nobel en economía, observando las dicotomías que el austriaco construye. En este sentido, describe parte del enfrentamiento de dos racionalidades la *evolucionista* frente a la *constructivista*: los derechos (los entiende Hayek) como el resultado de la evolución de las instituciones *naturales* de la humanidad, mientras que el derecho como legislación, en un sentido *constructivista*, es una imposición sobre lo natural. El orden que deriva de la evolución *kosmos* son los derechos civiles y políticos, por lo tanto estos son los derechos inherentes a la naturaleza humana, el resultado del *racionalismo constructivista* es un orden hecho *taxis*, por lo tal los derechos económicos y sociales son una imposición. Los primeros corresponden a normas de conducta justa *nomos*, mientras que los segundos a normas de organización *thesis*.

Para el neoliberalismo, los derechos humanos –en sus interpretaciones individuales y sociales–, no son compatibles, porque ubica a ambos en extremos dicotómicos, por tal motivo, no pueden tener punto de intersección, con las consecuencias que ésta dicotomía tiene en la manera en que los grupos de poder administran el aparato público. Pero antes de continuar, una aclaratoria: una respuesta inmediata a lo que expresamos, afirmará que esto también sucedía con el liberalismo, por lo tanto, no hay por qué diferenciar entre los dos liberalismos;

pero la diferencia entre ambos radica en que a pesar de que el individualismo se desarrolla en el mundo liberal, este dejaba cierto margen para el reconocimiento de lo social, en el neoliberalismo esto no sucede. Por ejemplo, en materia de derechos humanos, la herencia liberal planteó generaciones de derecho que establecía escalas valorativas de los mismos, con consecuencias prácticas, por la concepción de supremacía de unos derechos sobre otros. El nuevo liberalismo no se plantea la jerarquización sino la confrontación de lo individual contra lo social, por una esquizofrenia producida ideológicamente, en la cual lo social, está en contra de lo individual. Esquizofrenia que ha sido abonada por las prácticas gubernamentales de izquierdas y derechas.

La expresión más precisa de lo que planteamos la encontramos en el tratamiento que se le da desde cada modelo a los sindicatos: en el liberalismo los sindicatos fueron necesarios, el objetivo del neoliberalismo fue la destrucción de los mismos. Por ejemplo, en la década de los setenta del siglo XX, el partido Conservador Británico y el Partido Republicano de los Estados Unidos, incluyeron ideas neoliberales en sus respectivos programas. En la Gran Bretaña, se estableció en los inicios del gobierno de Thatcher (1979), acciones políticas orientadas a revertir el desequilibrio de la intromisión de lo público en ámbito de lo privado, esto se tradujo en la ampliación de la brecha entre ricos y pobres. Por su parte, en los Estados Unidos, se redujo el gasto en materia social y se aumentó el gasto militar (Bedin, 2000).

Lo que plantea Bedin es fundamental para el desarrollo de nuestras hipótesis. Si Hayek parte de que no es posible la intersección entre los derechos

individuales y sociales, quiere decir entonces que esos derechos no pueden co-existir, por lo tanto, les corresponde vivir en mundo separados, o se deben imponer los unos sobre los otros, con la aniquilación del vencido. De esta forma, la imposición del modelo neoliberal no trata sólo de un sistema que genera vulneración de derechos, sino de un sistema de destrucción de los mismos. Hipotéticamente los derechos individuales se imponen sobre los sociales y esto significa el ejercicio democrático de los mismos; sin embargo, el neoliberalismo no significa sólo la destrucción de los derechos sociales, conquistados por la clase trabajadora, por los campesinos, por los indígenas, por los grupos subalternos; sino que también significa la limitación de los derechos civiles y políticos de la población en general, porque el neoliberalismo no ha impactado sólo en los derechos sociales, sino que su impacto en los derechos civiles y políticos han sido contundentes. En últimas, las vulneraciones de derechos que se generan en el neoliberalismo no las podemos entender como la incidencias de este, sino una condición básica para su existencia, y esto tiene consecuencias en la manera en que nos planteamos defender, vigilar y promover derechos humanos. Entonces, tampoco podemos hablar de supremacía de los derechos individuales en el neoliberalismo, sobre los derechos sociales, porque los derechos son genéticamente interdependientes, y la aniquilación de unos significa la destrucción de otros.

Como dirá Foucault, el neoliberalismo se despliega haciendo referencia al intercambio, pero promueve el mercado, y en el mercado el intercambio deja de tener sentido porque en el mercado rige la competencia, y esta última no significa

lo mismo que el intercambio del liberalismo clásico (Foucault, 2007): en las relaciones donde domina el intercambio existe la libertad de intercambiar, los terceros no presionan en dicho intercambio, la autoridad puede ser cualquiera, el Estado no interviene en el espacio de intercambio pero sí en el espacio de la producción, respecto a la “propiedad individual de lo que se produce” (Foucault, 2007, p.151). Sin embargo, en la imposición del mercado el intercambio es desplazado, por lo tanto se desplaza la equivalencia, y su lugar lo ocupa la competencia que significa desigualdad. La competencia se configura no como algo a respetar, sino como un “objetivo histórico del arte gubernamental” (Foucault, 2007, p. 153); por lo tanto, el Estado debe estar al servicio del mercado, y no como *causa*. En resumidas cuentas, desde el punto de vista social, significa la “instauración de relaciones estrictamente mercantiles en la sociedad” (Foucault, 2007, p. 155).

Hayek equiparó la doctrina del positivismo jurídico con el socialismo, diciendo que dicha doctrina ha *minado* el liberalismo clásico principalmente por el principio que establece que la verdadera ley es aquella que se establece de manera deliberada, esto quiere decir que para los positivistas, la justicia no sirve de guía para determinar el contenido de la ley. De esta manera, el legislador no solamente le indica al juez sobre qué tomar la decisión, sino también qué decisión tomar, esto limita el conocimiento evolutivo del juez sobre la norma. Por ello el neoliberalismo impone que la ley no deriva de la razón, sino de una “selección natural”, la ley del mercado se legitima de esta forma como la que se puede

imponer sobre el resto de las leyes, porque es la que ha triunfado de acuerdo al esquema de Hayek.

no conciben que lo jurídico esté en una relación de pura y simple expresión o instrumentalidad con respecto a la economía. No es la economía la que determina lisa y llanamente, un orden jurídico que tenga con ella una relación de servicio y servidumbre [...] en vez de oponer un elemento económico que sea del orden de lo *infra* y un elemento jurídico político que sea del orden de lo *supra*, en realidad hay que hablar de un orden económico jurídico [...] lo económico debe entenderse de entrada como un conjunto de actividades reguladoras (Foucault, 2007, p.194)

El Estado debe ser ciego con respecto a la economía, y “el gobierno como un prestador de reglas para un juego económico” (Foucault, 2007, p.209), y los únicos participantes de ese juego, son los sujetos-empresas. El sujeto no es el productor, ni el consumidor, sino la empresa; la empresa es un modelo de comportamiento. El juego económico atraviesa toda la sociedad, hasta los más pobres son incluidos, pero ya no se toma en cuenta la pobreza relativa es decir: la relación de ingresos entre pobres y ricos, sino que se enfoca en la pobreza absoluta, o en el rango de pobreza que no deja al ser humano subsistir. Por encima de este umbral de subsistencia, todos deben interactuar *por* el mercado (Foucault, 2007).

El concepto de juego domina la concepción neoliberal de la justicia, entendiendo que el juego está orientado (aunque testarudamente se nieguen los fines) a la creación de riqueza, pero en esta concepción de juego los jugadores no tienen tanta importancia, las normas y los árbitros son quienes están revestidos de importancia. Los jugadores no son tan importantes como las *señales* que emiten,

señales que están codificadas fundamentalmente en términos de *precio*: porque este es “el mecanismo que mejor va revelando la contraposición de deseos y apetencias” (Hayek, 1979, p.196). En el juego, en teoría todos los jugadores reciben un igual trato, gracias a las *normas de recto comportamiento*. Como en la selección natural, en la justicia y en el mercado; en el juego también hay ganadores y perdedores, y por lo tanto, esto es una demostración de universalidad de que la existencia de ganadores y perdedores no debe ser una preocupación. Pero es necesario advertir que en esta formulación no gana el mejor, sino aquel al cual en una “concreta ocasión sonrió el éxito” (Hayek, 1979, p.211); por tal motivo, entonces el azar también viene a ser un responsable de lo que sucede. Y el juego atravesado por el azar, permite que el individuo pueda determinar libremente si quiere ser patrono o trabajador.

La economía no es el análisis de los procesos, sino la “programación estratégica de la actividad de los individuos” (Foucault, 2007, p.261). Para los neoliberales, el análisis del trabajo no se centra en la relación de enajenación de la fuerza de trabajo, ni en la venta de trabajo; sino en el cálculo de la productividad del trabajador en función de los recursos que utiliza, por ello, el trabajador debe aumentar las horas de trabajo para ser más productivo, destruyendo las conquistas sociales en la materia: “el salario no es el precio de la venta de su fuerza de trabajo, es un ingreso” (Foucault, 2007, p.262); patrón y trabajador invierten en la producción, el trabajador invierte su *capital humano*. El sujeto-empresa es la extensión hasta los espacios más domésticos de la relación oferta-demanda sustituida por la competencia. El mercado es entonces el criterio

fundamental de inteligibilidad de las relaciones sociales; criterio de medición de la gubernamentalidad; todo se mide en relación de costos. Esta es la forma de la justicia.

7. Arqueología de los Derechos Humanos

Estudiar los procesos judiciales desde la antropología implica el estudio de lo que hacen los actores que intervienen los mismos, comprendiendo que la práctica trasciende los espacios concretos del ejercicio judicial (Juárez, 2017); es decir, el proceso jurídico va más allá de los muros ocupados por los iniciados y autorizados para *trabajar* en función de generar –teóricamente– procesos de equilibrio en la sociedad, cuando se ha producido algún tipo de quiebre, por la acción de alguna persona o grupos de personas, y dichas acciones se consideran como susceptibles de sanción dentro de un grupo social determinado. Esta afirmación la asumimos como un criterio de tipo general, es decir, debe servir para la comprensión de todos los sistemas jurídicos: occidentales y no occidentales, de autocomposición y de heterocomposición, punitivos y reconstructivos, etcétera. Esta afirmación diversifica los objetos y amplía el margen de elementos que se deben estudiar, en este sentido, el escenario del ritual judicial es importante y fundamental, pero ello no niega que en otros espacios también podamos observar elementos concatenados con este espacio específico. Pero el espacio de lo jurídico tiene peculiaridades propias que también se deben resaltar; no puede haber una comprensión del mismo que lo intente difuminar en el resto de los ámbitos de la vida social, pues eso significaría que el objeto como tal no existe. La orientación debe ser dialéctica entre lo general y lo particular, pero siempre desde dimensiones precisas, porque esa dialéctica tiene que reflejarse en miradas específicas que construyamos.

Entre los muchos elementos que pueden componer la esfera de lo jurídico, la *decisión* pasa a ser un elemento central, porque acudiendo a la definición clásica de *trabajo*, en la decisión es donde se puede observar la transformación que se realiza a través del proceso judicial. Esta decisión es expresada en diversas culturas humanas de distintas maneras, para no abundar en el espacio, marcamos las dos formas globales mediante las cuales se expresa la decisión, y entre las cuales se pueden agrupar distintas formas específicas: expresión oral y expresión escrita. En Occidente domina la decisión expresada en términos escritos, esta tradición tiene sus inicios en la redacción de testamentos (Niño, 2008). El análisis antropológico de lo jurídico ha puesto la mirada históricamente en las tradiciones no occidentales, por diversos motivos que no pretendemos abordar en este momento, pero esto ha significado que los textos judiciales en Occidente se consideren como elementos que están fuera de alcance para el análisis cultural.

Si estudiamos el proceso judicial como un ritual, la acción está enmarcada en el campo de la antropología social, y especialmente de la etnografía, es decir, comprender la participación de los sujetos en determinados ritos, a partir de la ubicación del investigador dentro de los procedimientos de los mismos. Estudiar la decisión, y particularmente la decisión en Occidente, es un ejercicio más cercano a la *arqueología*, porque no se está presente en los momentos del ejercicio ritual, sino que se observa en un texto, la huella de aquél en la elaboración *artefactual*. No queremos decir que se trata exclusivamente de un análisis lingüístico, o un análisis del discurso –que sí lo es–, pero que lo trasciende. Proponemos el análisis

de un objeto cultural que es el resultado de un proceso social determinado, tratando de descifrar las leyes culturales que permiten su emergencia, las cuales están reflejadas en dicho objeto; pero entendiendo que el objeto empírico que se analiza no es el fenómeno, sino que el fenómeno son las “regularidades esenciales de los procesos sociales que tienen carácter histórico en sociedades concretas” (Vargas, 1990). No se trata de hacer una reproducción de ideas desde una determinada cronología que se presenta como neutral, sino de entender cómo se organiza la vida humana en dichos objetos, esta arqueología y la historia de las ideas tienen puntos irreconciliables (Foucault, 2008).

7.1. Fundamentos para una arqueología

Nos orientamos a comprender los factores que presionan para que una sentencia sea producida de una forma determinada. La *decisión* en la sede judicial está contenida en este tipo de documento, por lo tanto se debe observar en las mismas: “las condiciones a que están sometidos los elementos [...] objetos, modalidad de enunciación, conceptos, elecciones temáticas [...] condiciones de existencia (pero también de coexistencia, de conservación, de modificación y de desaparición)” (Foucault, 2008, p.55). El objetivo táctico es acceder a los principios de *regularidad* que rigen la producción de determinados enunciados, para conocer *en el uso de códigos*, la manera como se asocian significantes y significados, es decir, *significaciones*. No se trata de búsquedas de verdades, porque esta última no permite comprender las contradicciones que están a lo interno de los procesos de significación. En este sentido, asumimos que “la dialéctica es una estrategia de superación contradictoria de las contradicciones, y no un ente pacificador”

(González de Ávila, 2002 p. 13). De acuerdo con ello, las sentencias de tribunales no son para nosotros monumentos o testamentos, sino producciones humanas históricas y contingentes (Chacón, 2014).

Cuando decimos *códigos* dentro o cerca del mundo de lo jurídico, se puede interpretar que hacemos referencia a los códigos como un tipo de norma. Para nosotros código se refiere a determinadas maneras que se despliegan para que los sujetos podamos hacer uso del mundo humano en el cual nos desenvolvemos, pero que a la vez, a pesar de los distintos posibles usos, de los distintos usos, pueda existir conmensurabilidad. En este sentido, cuando hablamos de análisis de sentencias, estamos haciendo referencia al estudio de un discurso normativo que está expresado en un lenguaje de tipo institucional, entendiendo que en este caso el lenguaje funciona como el medio, pero a la vez como la norma, y bilateralmente la norma como un lenguaje, por lo tanto, a las sentencias se pueden estudiar utilizando las mismas herramientas para el estudio de las estructuras del lenguaje (González, 2004). Porque las sentencias están contenidas de las normas del derecho y de las leyes, sin lugar a dudas, pero también están contenidas de las normas del lenguaje. Teniendo en cuenta que se trata del análisis de un *discurso disciplinado*, es decir un “conjunto de reglas y signos lingüísticos relevantes para la actividad jurídica” (Schreckenberger, 1987, p. 23).

Por lo tanto, las sentencias están contenidas formalmente de elementos que provienen del mundo de lo social, al tomar elementos semánticos y semióticos que provienen del lenguaje en general, pero las sentencias como el resultado de un área específica del conocimiento y del poder se presentan como distantes del

lenguaje social, para generar significaciones de acuerdo a esquemas que le son propios: aspectos de formalización y axiológicos son los que le permiten particularizar este tipo de texto. Pero los significados que se construyen dentro de la esfera jurídica, tienen que tener un tipo de conmensurabilidad en el resto de las esferas de la vida humana, para que puedan tener una efectividad en cuanto a su componente teleológico (Correas, 1993), esto implica la interconexión de este lenguaje con otros (Schreckenberger, 1987). A lo interno del lenguaje normativo, la principal característica del código semiótico que lo constituye, es que las significaciones se desenvuelven alrededor de *preceptos jurídicos*. El carácter modal de lo que se expresa, y el *valor*, es decir, la relación de las distintas significaciones (Barthes, 1990), son los aspectos básicos que nos indican la manera como se ordena la relación entre el lenguaje jurídico y el lenguaje social.

El tipo de análisis que estamos planteando tiene como característica central, que se construye en relación a dos planos que se cruzan. En uno se ubican los elementos que permiten el despliegue del otro, aquí radica lo *esencial*, de acuerdo a relaciones de oposición y delimitación entre las unidades que lo contienen. El otro plano es la expresión del anterior, es la manifestación concreta del funcionamiento del anterior, en este plano la significación se convierte en comunicación, las significaciones cumplen su papel de *mediación* entre todas las esferas en las cuales está inserto el ser humano (González del Ávila, 2002). El primer plano es el semiótico mientras que el segundo es el semántico, en la relación entre ambos se configura el código, no como un aspecto previo, sino que se despliega junto con estos. Las sentencias están constituidas por la interacción

entre una semántica y una semiótica general, y una semántica y semiótica jurídica, el resultado de estas es el derecho. Dicho de otra manera:

un nivel profundo, donde la existencia de la norma como regla relacional pura, o (lo que viene a ser lo mismo) como pura regla de la sintaxis, determina su universalidad; y un nivel más superficial, en el cual la norma se manifiesta parcialmente a través de estructuras de la lengua del derecho stricto sensu, quedando entendido que una sociedad podrá tematizar “jurídicamente” lo que pondrá por el contrario sobre otro plano, en función de la diversidad de los sistemas de categorización semántica propios de las diferentes culturas (Landowski, 1990, p. 32)

El objeto, contenido de un plano semiótico y un plano semántico debe cumplir con la *función semiótica*, es decir, que pueda sustituir significativamente otro objeto. La sentencia sustituye la violencia, mejor dicho, sustituye una violencia por otra. Los especialistas del Derecho dirán: sustituir una violencia ilegítima por una legítima; pero esto no es más que la ideología que acompaña al derecho. Nosotros diremos con Oscar Correas (2003), una violencia directa por una violencia mediada por las palabras, en donde las palabras funcionan de manera directiva. El camino que vamos trazando apunta a comprender las sentencias como *objetos culturales*, es decir, que las mismas son el resultado de una construcción cultural particular y que en ellas se expresan los contextos que han permitido su emergencia. Como objetos culturales, implican la transmisión (interna y externa) de información (distinta a comunicación, porque esta última requiere de un intérprete receptor, mientras que la información solamente requiere de un intérprete emisor) y de comunicación. Formular las sentencias de esta manera significa entender que ellas expresan las condiciones de un contexto determinado (Eco, 2000), mucho más que condiciones de veracidad. Cuando se propone que las sentencias expresan *verdad* se produce una *falacia referencial*, porque se

propone-impone una relación directa, unilineal y unívoca entre un conjunto de enunciados particulares y un referente externo al propio sistema semiótico de la sentencia.

Pero las sentencias también se deben entender como “una dimensión material que sirve a los procesos de significación y comunicación, un producto de manufactura humana entre los demás productos de un universo humano o humanizado” (Eco, 1990). Es decir, como una presencia o un registro, en este sentido, este registro puede ser entendido de dos maneras: a) aislando las sentencias, considerándolas autosuficientes, limitando el significado solamente a su expresión concreta, pero esto no corresponde a una limitación en la condición material del objeto, sino al límite en la concepción del mismo, por prestarle atención solamente al mensaje, sin hacer teoría del sujeto o del entorno; de acuerdo con esta visión “cada situación textual sugiere un número de interpretaciones restringido [...] un intento de eludir embarazosas preguntas relacionadas entre la historia y el fundamento último de la producción narrativa y textual”(González de Ávila, 2002) . b) Vinculándolas: los contenidos se relacionan con los aspectos que están fuera de la sentencia, reconociendo que el lenguaje de la sentencia no está aislado del resto del lenguaje social; si el texto se limita a sí mismo, se limitan sus potencialidades como objeto, por ello se requiere de una “teoría de continuidad entre el texto y el contexto” (González de Ávila, 2002, p.24).

Las circunstancias de aparición de las sentencias superan a estas, las condiciones que la producen corresponden a fenómenos que no están regulados por los factores que reglamentan su interioridad como texto. Lo que el texto

expresa no es a-histórico, es el resultado de procesos sociales determinados. No son entidades puras, sino todo lo contrario *impuras*, esto no le disminuye las cualidades al objeto, sino que lo reivindica de una forma más integral, reconociéndole sus determinaciones sociohistóricas. El sentido que está contenido en las significaciones de las sentencias es una construcción social, pero a la vez, los hechos sociales son productores de sentido, por lo tanto, las sentencias posibilitan otros sentidos. En ambos casos no hay inmanencia, el sentido no está adherido de forma exclusiva a signos determinados (González de Ávila, 2002), porque la sentencia es parte de la realidad, resultado de la misma y su modificadora, o perpetuadora.

Estudiar las sentencias como textos independientes de los contextos deriva en la “mutilación textual” porque implica anclar la mirada en puntos formales que le sustraen al objeto sus potencialidades, estas mutilaciones parten del principio de pertinencia, es decir, que solamente se escoge a los suficientes y necesarios para la construcción *textual* del texto. Como resultado de esta descomposición, el objeto no puede volver a tener una unidad de significación; es decir, luego de este proceso de desmembramiento, es imposible construir nuevamente una unidad que mantenga el significado. Además de ello, el principio de pertinencia separa lo incluido y lo excluido, lo significativo y lo insignificante; lo que representa un problema para el análisis integral del texto, porque ¿cuál es la pertinencia de la pertinencia? La sentencia como cualquier texto “porta en sí misma los principios de su propia clausura” (Bertrand y Hernández, 1987, p.15), sin embargo, que el

texto desde el punto de vista material posea esta importantísima característica, no significa que en ese principio y fin no se expresen otros procesos.

La sentencia no se puede entender como un todo sin unidades, porque hay elementos que la componen, y a partir de las relaciones de los mismos es que podemos entender las significaciones que se presentan en ella. Las posiciones entre las unidades, las podemos identificar de dos maneras: a) unas responden a contrariedades de carácter “cualitativo”, porque se producen a partir de la relación entre elementos que comportan aspectos disímiles desde el punto de vista de las propiedades que contienen, pueden contener contrariedades en el sentido pero no en la estructura; b) el otro tipo de oposición es de carácter “privativo”, este tipo de relación si es contradictoria porque es de carácter estructural, ya que unas unidades requieren de la *privación* de otras para poder desarrollar su proceso de significación (Bertrand y Hernández, 1987). Además, se debe tener en cuenta que existen contradicciones en el plano de las proposiciones que no afectan al enunciado, mientras que otras son de carácter crítico, en virtud de que *atacan* la propia “aceptabilidad” de la formación (Foucault, 2008). De esta manera, se propone el regreso a las sentencias buscando las contradicciones que contienen, las cuales se pueden presentar por medio de *difracciones*, es decir, por medio de la comparación de elementos que son distintos, pero que pueden ser comparados para poder determinar las diferencias, ese sería su punto común. La observación y el reconocimiento de los contradictorios no implica la aplicación de una mirada existencialista, pues lo que se quiere conocer es la *formación discursiva* que permite y requiere de la presencia de esos contradictorios, los cuales nos hablan

de la *formación*. Se debe observar la lejanía o cercanía entre los elementos que se contradicen: “es hacer desaparecer y reaparecer las contradicciones; es, mostrar el juego que en él llevan a cabo; es manifestar cómo puede expresarlas, darles cuerpo, o prestarles una fugitiva apariencia” (Foucault, 2008, p.198).

No se trata de la enumeración de contradicciones, sino comprender a partir de ellas las relaciones que permiten su aparición. De las sentencias se debe recoger la sintaxis como materialidad del significado, porque solamente se conoce aquello que somos capaces de enunciar (Magariños, 2008). En el *corpus* de información semiótica se registran los enunciados que se consideren vigentes para la significación, siendo que la vigencia de los elementos que se enuncian en un texto está asociada a su uso; por lo tanto, la enunciación dota de vigencia a los enunciados: un claro ejemplo de la relación entre estructura y coyuntura. A pesar de que en los diversos textos, pero en general, en todo tipo de *corpus* de significación (visuales, auditivos, etcétera) están presentes estructuras que corresponden a las leyes del lenguaje, la producción particular de un texto tiene características singulares, en la medida en que obedecen al uso que se hace de dichas reglas lingüísticas: en el uso se expresa la significación, porque se refleja la manera en que se disponen los códigos y las codificaciones.

Las sentencias hablan sobre sujetos, pero los mismos no se pueden entender como *datos de una realidad empírica*, sino como una construcción, es decir, que esos sujetos de los cuales se habla en las sentencias se configuran con las mismas. Sin embargo, el procedimiento es más complejo de lo que parece, porque además de ello, es necesario distinguir entre lo que dice el sujeto-autor y

lo que dice el discurso en la enunciación particular del sujeto. Siendo que la sentencia es una expresión –como todo texto– de la dialéctica entre las posibilidades de creación y los límites de la misma, donde la actualización y vigencia de unos contenidos y unas significaciones particulares han significado el olvido de otras (Eco, 2009). Cada posibilidad combinatoria produce un sentido particular el cual está configurado por las reglas utilizadas para incluir criterios en la conformación de enunciados; a la vez, los componentes del enunciado y este mismo obtiene sentido en la medida en que se oponen a otros semejantes (Barthes, 1990). Esto significa: trabajo sobre el *continuum* para producir señales, trabajo en la articulación de las unidades de expresión, en la correlación de un nuevo conjunto con otro, trabajo en la interpretación, en el cambio de códigos, en la interpretación inferencial y en la verificación, trabajo en el control de la expresión y en la de-codificación de la misma (Eco, 2009).

Los significados y las significaciones no se conciben fosilizados en normas formales estrictas de carácter paradigmático y/o sintagmático de acuerdo a la estructura gramatical, porque las relaciones de significación quedan influenciadas por la función significativa: “la relación de una frase con su sentido, puede asignarse en el interior de una relación enunciativa determinada y bien estabilizada” (Foucault, 2008, p. 119). La frase se puede aislar y observar como singular desde el punto de vista morfológico, sin embargo, cuando se produce este aislamiento no puede haber reconocimiento de la *función enunciativa*, porque esta depende de las relaciones de la *formación*; una frase puede ejemplificar el enunciado como producción particular del mismo, pero esto obedece a un recorte

metodológico, porque lo enunciativo sobrepasa la expresión. No obstante, el análisis de los enunciados solamente es posible a través de frases que han sido enunciadas: en la frase se revela la presencia del enunciado, siendo que este “no se identifica a un fragmento de materia; pero varía con un régimen complejo de instituciones materiales” (Foucault, 2008, p.120). Estudiar la función enunciativa consiste en comprender cómo se construyen las significaciones, la descripción de las *formaciones* no tiene como núcleo las frases que dice el sujeto, sino la enunciación en la formulación de frases. Por lo tanto, el *correlato* del enunciado no corresponde a aspectos *verificables* desde un punto de vista empírico, sino como “un conjunto de dominios en lo que tales relaciones pueden ser asignadas” (Foucault, 2008, p. 135). Por *formulación* se entiende el acto subjetivo de construcción de frases; por *frase* o *proposición* el conjunto de signos que están asociados de acuerdo a reglas gramaticales que producen su significado primario. La importancia de las frases es que nos permite conocer la:

modalidad de existencia propia de este conjunto de signos: modalidad que le permite ser algo más que una serie de trazos, algo más que una sucesión de marcas sobre una sustancia, algo más que un objeto cualquiera fabricado por un ser humano; modalidad que le permite estar en relación con un dominio de objetos, prescribir una posición definida a todo sujeto posible, estar situado entre otras actuaciones verbales, estar dotado en fin de una materialidad repetible (Foucault, 2008, p.140)

El análisis no consiste en buscar elementos ocultos, en una especie de guerra de sospechas, sino estructuras de significación que trascienden la expresión material de las frases, sin denigrar de los aspectos lingüísticos y semánticos, sino para poder comprender su existencia; las expresiones no reflejan totalmente lo que dicen, porque se producen a través de una limitación espacio-

temporal del enunciado, por lo tanto se trata del estudio fronterizo entre lo dicho y lo no dicho, teniendo en cuenta que los significados ocupan sus propios lugares y no los de otros, pero son desplazados por los sentidos que se despliegan con ellos. Esto no quiere decir que se imponga sobre lo lingüístico los efectos de otro sistema, sino comprender plenamente el despliegue de este. Los enunciados se actualizan de acuerdo a procedimientos que reglamentan su enunciabilidad, estas reglas se ponen en movimiento en la enunciación, pero poco se ven afectadas por la expresión. No se trata de un fatalismo que niega los nuevos enunciados, sino más bien una invitación al análisis entre los límites y las posibilidades de transformación de los mismos, sobre todo porque las relaciones de enunciación son jerarquizadas. La enunciación es la dimensión formativa, es decir, el proceso de producción del enunciado, de esta manera, analizar la significación de un enunciado es, pues, describir su enunciación, es decir, “proponer una representación, con la ayuda de operadores y de procedimientos definidos, del surgimiento de ese enunciado en un contexto discursivo dado” (Foucault, 2008, p. 36).

Resumiendo: se trata de la observación de aspectos que se comprenden como *elementales*, bajo criterios de una teoría del lenguaje, rastreando operaciones enunciativas, las cuales marcan un enunciado determinado, de esta manera cuestionar aquellos *conceptos* que se presentan como *naturales* en el discurso; pero entendiendo que los componentes superiores del discurso “no se puede[n] descomponer” (Foucault, 2008, p.106). Los enunciados en su dimensión material pueden ser *constativos* (sólo describen) o *performativos* (no sólo describe

sino que también implica una acción al ser expresados) (Casetti, 1980); también pueden ser *prescriptivos* (prohíben, permiten y obligan) (Correas, 1993). Las nociones (no los conceptos) están incrustadas en cada *formación*, pero esto no se debe entender como procesos de tipo mentales, sino como un meta-nivel donde está reglamentada la actividad discursiva. Por lo tanto, cuando se estudia en su “individualidad singular un sistema de formación, [consiste en] caracterizar un discurso o un grupo de enunciados por la regularidad de una práctica” (Foucault, 2008, p. 97). Ello implica, muy sintéticamente: concebir el discurso como el resultado de una concreta acción humana.

Cualquier texto normativo y las sentencias en particular, están determinadas por el sistema cultural que las produce, pueden ser susceptibles de transformación en *objetos de identidad*, es decir, que posean una significación especial en la construcción de identidades (García, 1996), por ello es que las sentencias significan en nuestra sociedad *monumentos* o *testamentos*, porque como objetos de identidad, funcionan para que rindamos culto (Chacón, 2014) Las sentencias están conformadas de palabras y frases, siendo que las primeras nos permiten conocer el significado y las segundas el sentido, pero no podemos obviar que es un discurso que organiza la vida humana bajo una técnica específica de *coacción* “dirige las relaciones transitivas entre personas físicas o morales, con exclusión de aquellas, reflexivas, que pueden establecerse consigo mismo” (Landwski, 1993, 338).

Es un discurso que se presenta como el medio ideal (apología al Estado) para la resolución de los conflictos, porque estos son abordados por una regla que

provee el Estado, y por ser este –teóricamente– una unidad-lógica, entonces se asume que lo que emana del mismo es lógico y por lo tanto racional (Bobbio, 2006). Discurso modélico a partir del cual se juzgan los comportamientos humanos que se inserta en otros discursos, porque al ser el *modelo* debe tener correlatos en otros escenarios (Correas, 1993). Pero vale la pena destacar que no todo discurso normativo amenaza con la violencia, sin embargo, esos otros discursos generalmente se encuentran ubicados en las periferias del Estado; a la vez, no todos los discursos que organizan la violencia corresponden al derecho, aunque entre unos y otros eventualmente puede haber una relación de reciprocidad, como sucede en el caso de la relación de *micropoderes* y *macropoderes* (Herrera, 2007), ejemplo de ello: el discurso machista.

La amenaza con la violencia deriva de que la misma este plenamente incluida en las competencias del que la enuncia, y por la correspondiente vinculación con normas anteriores a la enunciación contingente. Este es un proceso tautológico entre el consenso y el temor, pero aquí no se debe entender como una relación directa entre el discurso y la realidad porque una “cosa son los discursos y otra cosa es el mundo del que los discursos hablan o al cual creen referirse” (Correas, 1993, p.45), lo contrario sería una *falacia referencial*. Esto quiere decir que entre el discurso normativo y las relaciones sociales existe un quiebre, por lo tanto, no se puede pensar en relaciones de interdependencia entre ambos, sino que las posibles relaciones se realizan a través de una adjudicación que se hace en la enunciación, de acuerdo a los distintos usuarios: legisladores, jueces, juristas, apologetas, ciudadanos y funcionarios. Dicho de otra forma: no es

un discurso que amenaza directamente con la violencia, sino un discurso que *proyecta* la amenaza con la violencia. Es necesario diferenciar entre el discurso del derecho el cual es producido por un funcionario, amenaza con la violencia y posee una legitimidad generalizada por ser producido por dicho funcionario; y el discurso jurídico que acompaña al anterior, como un discurso de *buenas intenciones*, el cual puede ser producido por la generalidad de los sujetos. Del juez a la sociedad, discurso del derecho; de la sociedad al juez, discurso jurídico (Correas, 1993). En ambos casos, estos discursos necesitan reconocimiento de su existencia a través del uso para que puedan desplegarse, como lo advertía Simón Rodríguez en 1843 (Rodríguez, 2013): los decretos necesitan de su interpretación y aplicación.

Discurso jurídico y discurso del derecho forman parte del *discurso normativo*, que además de los dos anteriores contiene el sentido ideológico del discurso del derecho, es decir, lo que informa más allá de lo que se prescribe. La ideología la comprendemos aquí como la relación de univocidad que se construye entre el sentido ideológico, el discurso jurídico y el discurso del derecho. El discurso normativo es *formativo*, es el que permite el despliegue de los otros; este discurso es fundamentalmente mitológico, parte de la negación del mito que lo contiene y es precisamente ahí donde radica el mito, pero también por la negación de las cualidades de *otros* y de la imposición de sus criterios autorreferenciales sobre lo que identifica como salvajes (Fitzpatrick, 1998).

Las sentencias se presentan como objetos exclusivos del mundo jurídico (Pardo, 1992), de esta manera se les aísla y quedan a merced de los únicos

autorizados para comprenderlas, el resto solamente podemos contemplar, pero como ya lo hemos advertido, al contener reglas propias del lenguaje social, entonces son susceptibles de ser analizadas con las herramientas para el estudio de cualquier enunciación, “porque en todos estos textos, las estrategias o recursos que maneja el hablante son los mismos, lo que varían son las frecuencias y las distintas alternancias o combinaciones” (Pardo, 1992, P.31). Las sentencias –por ser textos escritos–, tienen características que corresponden a la mayoría de los textos: 1) tienen posibilidades de corrección, 2) se trata de una larga construcción de enunciados, y 3) tiene un amplio uso de conectores. No obstante, una característica particular de las sentencias –la cual las singulariza–, es que se trata de un texto de carácter burocrático, y *oscuro para el ciudadano* (Pardo, 1992). Pero estas dos últimas características no son exclusivas del texto normativo, porque existen otros que también son burocráticos y oscuros para la gran mayoría de las personas. Por lo tanto, la singularidad de aquel, es la combinación entre oscuridad y burocracia en la prescripción y control de la fuerza, es decir, que amenaza con la violencia (Correas, 1993).

Lo que se llama lo “jurídico”, no es solamente, en efecto, un corpus – incluso muy vasto– de expresiones lingüísticas (el discurso de la ley y de la jurisprudencia), sino que es también todo un haz de instituciones y de actores, de situaciones y de decisiones, de hecho y de actos “jurídicos” cuya comprensión, en tanto que sistema globalmente significativa, demanda la construcción de modelos que podrían ser estrictamente “textuales”, o lingüísticos (Landowski, 1993, p. 330)

El texto judicial, por ser un texto de carácter institucional es un texto de poder, es decir, que habla sobre la organización jerárquica las relaciones sociales; por ello, la semiótica de la sentencia debe dar cuenta de este fenómeno,

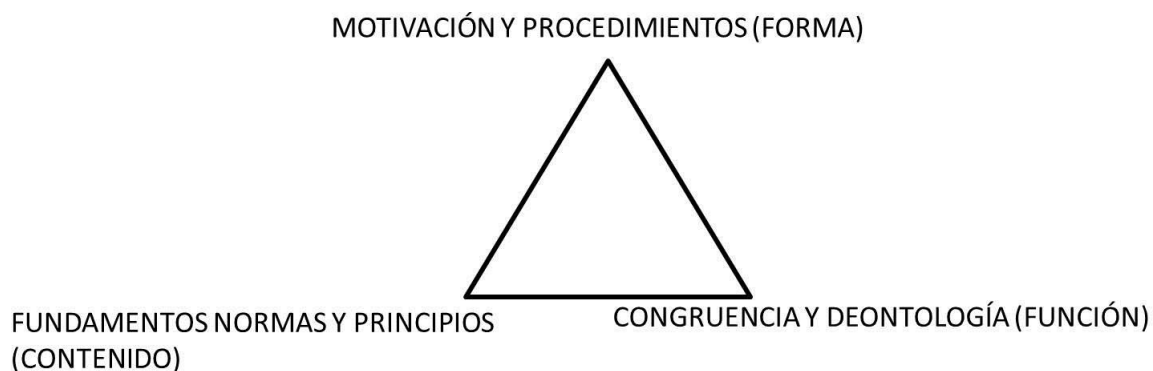
observando: a) relaciones de reciprocidad (simetría); b) relaciones de complementariedad; y c) la combinación de ambas (Pardo, 1992). Sin embargo, las instituciones judiciales no demuestran las relaciones entre sus miembros, ni tampoco las relaciones con el resto de la sociedad; ya que desde el punto de vista de la organización social del poder, solamente son explícitas las relaciones de poder formal-institucionalizadas. Desde el punto de vista del procedimiento, las relaciones autorizadas en un juicio son: a) entre los jueces y las partes, y b) entre los jueces y los expertos (Pardo, 1992); es decir, quien puede relacionarse directamente es el juez, pero los *otros* no; por ello, en la observación de las sentencias se requiere comprender cómo el sujeto-juez, construye relaciones con los otros sujetos. Se debe atender a los *modos de relación*, es decir, la manera en que se expresan las relaciones judiciales. Un modo de relación es *convencional* porque corresponde a una expresión de acuerdo a criterios generales sobre el uso del lenguaje; al contrario es *no convencional* cuando está más allá del uso acordado, y como tal tiene mayor fuerza comunicativa.

El hecho de que la sentencia esté escrita disminuye la posibilidad de oír las voces del actor y de la demandada. Lo que ellos dijeron casi nunca lo oímos, o lo vemos citado con comillas en un estilo directo, y muchas veces, la mayoría solo sabemos lo que sucede a través de las dos primeras emisiones de una sentencia donde el juez preopinante nos cuenta brevemente qué pasó con la primera instancia y qué hicieron las partes, si apelaron, como es obvio, dado que es una segunda instancia (Pardo, 1992, p. 63)

7.2. Arqueología de sentencias

Funcionalmente las sentencias deben ser *congruentes*, es decir, que exista proporcionalidad entre el desarrollo procesal y lo que fue planteado por las partes.

Desde el análisis formal deben estar *motivadas*, es decir, que por medio de la técnica del discurso se disminuya la posibilidad de arbitrariedad. Por último, deben ser *fundamentadas*, o dicho de otra forma: sus contenidos debe estar desarrollados en función de racionamientos sobre preceptos jurídicos (García, 2004). Este es el *triángulo artefactual* de las sentencias: la congruencia corresponde a la función, la forma a la motivación y el contenido a la fundamentación, esta es la composición de la sentencia como un objeto cultural. La arqueología de las sentencias se desempeña en este plano, es decir, observando en sentido vertical y horizontal las distintas formulaciones triangulares, o dicho de otra forma, cómo se dispone la función, la forma, el contenido y las relaciones entre ellos.



Pero esto no trata de la imposición de aspectos extrajurídicos a las sentencias, sino retomar los elementos constitutivos de las mismas para ponerlos en otra dimensión de análisis, es decir, observar los aspectos formales y materiales de las sentencias: que las mismas cumplan con los procedimientos, los cuales deben ser universales para las partes; pero que además cumplan con los criterios axiológicos del sistema jurídico donde se producen (Gil, 2004). Asumimos

entonces la perspectiva que comprende a las sentencias como un tipo de *discurso práctico general*, porque tiene un sentido práctico en la sociedad (Rojas, 2012). Las sentencias no dependen en exclusivo del juez que las produce, sino de un conjunto de reglas (lingüísticas y normativas): reglas de la razón/de la racionalidad imperante (equivalencia entre las partes); carga argumentativa/reglas de argumentación; transferencia, para que significaciones y enunciaciones de distintas esferas puedan entrar a la esfera jurídica.

El uso exclusivo de las normas lingüísticas, no provee de la suficiente claridad para una decisión de carácter judicial, por ello es necesaria la normatividad jurídica para disminuir la posibilidad de contradicciones en la enunciación; para que la decisión judicial tenga la menor probabilidad de ininteligibilidad sobre lo que el juez ha resuelto de acuerdo al sistema normativo; pero de vuelta, esto no lo separa totalmente de su condición de “caso especial del discurso práctico” (Rojas, 2012, p. 168), el cual está compuesto por procedimientos del discurso práctico general y por reglas específicas del discurso jurídico (lo podemos pensar como normas arqueológicas del discurso normativo): a) se trata de un *discurso práctico general*, por lo tanto, esta condición no corresponde al ámbito institucionalizado, sino al conjunto de reglas que le dan coherencia al discurso desde el punto de vista discursivo; b) la creación del derecho, si corresponde a ámbitos institucionalizados, y guarda relación con los procedimientos necesarios para que el discurso político en la esfera legislativa, pueda pasar al discurso normativo propiamente dicho, con criterios de racionalidad; c) el discurso jurídico, por su parte, el cual no es institucionalizado

consiste en el debate sobre el límite de la “prescripciones normativas”, es decir, lo que está permitido, ordenado y prohibido en las normas; d) por último, el procedimiento judicial de carácter institucionalizado implica el análisis sobre la norma más racional de acuerdo al sistema jurídico (Rojas, 2012).

El triángulo artefactual de las sentencias termina de completarse agregándole: a) los procedimientos; b) las normas y los principios, y c) la deontología. De esta manera cada vértice del triángulo está compuesto por: a) forma: motivación y procedimientos; b) contenido: fundamentación, normas y principios; y c) función: congruencia y deontología. Sobre procedimientos, normas y principios consideramos que no es necesario detenernos, pero sí en la función. La misma está radicada en las fronteras de lo judicial, es la que se expande desde la esfera jurídica hacia la sociedad, esta va a resultar de la manera como se relacionen la forma y el contenido, de acuerdo a determinadas formas y determinados contenidos, pero también, de acuerdo a determinadas maneras de relación entre estas dos (horizontalidad, verticalidad, de cercanía y separación, de tensión y distensión). El triángulo se va a organizar de acuerdo a: las norma del discurso práctico general y a las normas del discurso del derecho, y estos dos van a corresponder a una formación discursiva particular, histórica.

La metáfora del triángulo nos permite visualizar que cuando alguno de sus vértices es modificado, su posición cambia, por lo tanto, la constitución del triángulo (ángulos, catetos, hipotenusa) van a cambiar con dicha transformación, alterando los ángulos, los catetos, la hipotenusa; pero además, nos permite comprender que si se pretende modificar los vértices, sin tomar en cuenta las

relaciones entre estos –es decir, los catetos y la hipotenusa–, la nueva figura no será de un triángulo, porque este proceso trae como resultado un no-triángulo, por romper con las reglas de la geometría, en nuestro caso, las reglas del discurso práctico general y las reglas del discurso del derecho. Concibiendo las sentencias de esta manera, podemos desarrollar una matriz analítica en la cual podamos ver la transformación de las mismas en un continuo que tiene en un extremo forma, contenido, función y la relación entre estas tres comportándose de forma recíproca; mientras que en el otro extremo están ubicados forma, contenido, función y la relación entre estas tres comportándose de manera asimétrica. Entre estos dos extremos distintos comportamientos que puedan privilegiar alguno de los componentes por encima de otros. La utilización de esta metodología nos permite comprender la política judicial.



Cada tipo de triángulo cada posición de triángulo, cada disposición de sus elementos, representa la posibilidad de organización de una sentencia según su forma, función y contenido. Pero además, si algunos de estos tres deja de tener correlación con los otros, sería un no-triángulo, para el caso del texto judicial sería una **no-sentencia**.

a) Justificaciones

Pero el estudio de este triángulo artefactual no se puede hacer de manera directa, porque él se presenta por medio de otros elementos que si pueden ser observados de manera empírica. En las sentencias encontramos *justificaciones*, recorridos que van desde premisas mayores, que tratan de abstracciones jurídicas sobre hechos sociales, a una premisa menor que versa sobre el tratamiento de un hecho social concreto, el cual se reconoce y se trata en función de la primera premisa. Cuando la premisa menor está debidamente subsumida dentro de la primera premisa se puede llegar a la conclusión, este procedimiento constituye el lado activo del derecho (Rojas, 2012). Las *justificaciones* son bilaterales en cuanto implican silogismos, es decir procedimientos formales para disminuir la arbitrariedad, pero a la vez tienen que demostrar “la verdad del contenido de las premisas” (Rojas, 2012, p. 200); esto no es más que la justificación interna y externa. Podemos advertir que la justificación interna es la que puede ser susceptible de la corrección formal, mientras que la corrección material corresponde a la justificación externa.

El meollo de la decisión judicial se encuentra en el establecimiento de la premisa mayor y de la menor, esto es, en la justificación externa. Y es precisamente en este procedimiento donde se devela la imposibilidad de que el derecho sea una ciencia en sentido estricto; pues en el establecimiento de estas premisas, el juez, por lo general, <<tiene que hacer una elección entre las interpretaciones semánticamente posibles>>; razón por la cual, en la mayoría de las decisiones jurídicas, siempre estarán presentes factores extra-jurídicos (políticos, económicos, sociales, etc.) (Gil, 2004, p.15)

Para el *positivismo ideológico* la única forma “válida para la aplicación de la ley” es a través la construcción de silogismos, lo que implica la exclusión de

elementos extrajurídicos en el juicio, porque –hipotéticamente-, los jueces no se impregnan de elementos valorativos al momento de tomar sus decisiones. El problema en este aspecto no es la fórmula del silogismo en sí, sino pretender que a través de este el juez puede aislarse totalmente del contexto social en el cual se ubica, pues ningún ejercicio de enunciación corresponde solamente a una posición individual, sino que en el mismo lo social atraviesa de determinadas maneras. La propuesta que formulamos puede ser vista a lo mucho, como un esfuerzo intelectual, pero sin vínculo con la administración real de lo jurídico. Esta inobservancia de la posibilidad interdisciplinaria en la reflexión sobre el derecho está relacionada con el hecho de que desde nuestra posición, no contamos con la posibilidad de control de la fuerza (léase, de las instancias de represión de la sociedad). Pero que no contemos con dicho control de la fuerza no quiere decir que adolezcamos de objetividad, ya que esta última proviene de la reflexión y no del control. Podemos afirmar que la ausencia de mecanismos de represión lejos de afectar nuestra objetividad, nos dota de la misma; en un sentido inverso, la presencia de mecanismos de represión disminuye la posibilidad objetividad. Tal vez por ello es que Simón Rodríguez, ya en la primera mitad del siglo XIX criticaba que los nacientes Estados latinoamericanos obviarán los datos para tomar sus decisiones (Rodríguez, 2013). Desde entonces los Estados latinoamericanos, se han enfocado en el control y no en la observación, saber y poder desplegados sobre la sociedad:

es necesario advertir que pese a la importancia de comprender al “lenguaje jurídico” como un conjunto de signos referidos al “derecho” que forman una unidad cultural particular, en la dogmática jurídica se procedió a negar el carácter social-histórico del lenguaje que forma lo jurídico. Por

ello, se privilegió la enseñanza de una “lógica jurídica” considerando al derecho como una física de las relaciones humanas, en lugar de reconocer que la especialización del derecho es efecto propio de la semiosis particular regida por códigos sociales del campo jurídico (Casagrande, 2011, p. 208).

Como las justificaciones no son ecuaciones matemáticas, sino que las mismas corresponden a un intento de neutralización del efecto de las dimensiones sincrónicas y diacrónicas de la sociedad sobre la esfera jurídica, las mismas realmente funcionan como una medida de presión sobre las *interpretaciones*, es decir, las interpretaciones están presentes en las sentencias filtradas por la técnica de la justificación. En las sentencias se expresan enunciados relacionados con una dinámica socio-institucional que se denomina *juicio*; sin embargo, es un error asumir que existe una correspondencia directa entre una y otro, pues en la primera solamente se refleja un ángulo del *ritual* judicial. En las sentencias encontramos expresiones lingüísticas (semánticas y jurídicas) que el sujeto-juez ha considerado significativas para su decisión; sin embargo, en el propio juicio suceden hechos (en el sentido más amplio de este término) que escapan de esta selección (Pardo, 1992).

b) Interpretaciones

Las interpretaciones presentes en el texto producido en la instancia judicial se conforman de una triada donde interactúan: la *precomprensión*, la *interpretación*, y la *aplicación*. La *precomprensión* consiste en el recorrido histórico del juez –como sujeto que se debe enfrentar a un conjunto de elementos para ser interpretados–; al respecto, las corrientes del derecho y la formación social son determinantes en la enunciación. La interpretación es el reconocimiento de una

tradición (derecho convencional y consuetudinario) y un posicionamiento subjetivo con respecto a la misma. Por su parte, la *aplicación* consiste en la *actualización* de un texto determinado, al momento en cual el juez-intérprete está realizando su proceso hermenéutico. En este sentido, es importante tener en cuenta que la *precomprensión* presente en el autor del texto que se interpreta, no es la misma que pesa en el momento de la aplicación de dicho texto; por lo tanto, desde el punto de vista sociohistórico, son momentos de interpretación distintos (Gil, 2004).

Pero el juez además de interpretar leyes, sentencias u otro tipo de producción institucional, también interpreta hechos; los cuales son vistos en la sede judicial: a) como hechos externos, autónomos de la observación que el juez realiza; b) como hechos que se conciben determinados por las competencias del juez; o c) como la interacción entre la autonomía del hecho, y la influencia de los prejuicios de quien observa (Gil, 2004). En todo caso, como sentido e interpretación están íntimamente vinculados, podemos decir que en términos generales existen dos sentidos; o mejor dicho, dos partes de un mismo sentido, que influyen en las interpretaciones del juez: a) en el momento legislativo, cuando se argumenta que la existencia de la norma posibilita el abordaje de los conflictos sociales; b) otra, cuando en el escenario jurisdiccional, se propone que la existencia de la norma no es suficiente, sino que esa norma requiere ser aplicada (Atienza, 2001). En resumidas cuentas, los hechos no se pueden entender como aquellos que provienen de la realidad, sino más bien como aquellos que construyen la realidad (Magariños, 2008), y se construyen con la misma.

Las jurisprudencias y los hechos como tales, no son entidades *a priori* sino que requieren de la participación activa del juez (Trujillo, 2004), esto es, su *interpretación*; derivando de ello *enunciados interpretativos* (Atienza, 2001) (en este aspecto, el término enunciado sirve en sus dos acepciones). Las interpretaciones se pueden entender en dos sentidos: como el proceso que se realiza, es decir la actividad de interpretar; pero también como el resultado de dicho proceso. Cuando desde el derecho se interpreta un hecho, se le está sometiendo a un proceso condicionado por un “esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica”(Guatini, 1999, p. 2). En términos sencillos, interpretar es otorgar un significado determinado a un objeto, en el caso jurídico, adjudicar significados a hechos de acuerdo a determinados procedimientos, reglas y principios, pero dialécticamente este proceso también le confiere significados al sistema jurídico. En cuanto a la interpretación, las normas pueden ser concebidas de dos maneras: se pueden entender como norma al texto normativo, o al resultado del proceso interpretativo de los significados que contienen dichos textos.

De igual forma sucede con la propia interpretación jurídica, porque es comprendida de forma binaria: en sentido restringido o en sentido ampliado. El concepto restringido de la interpretación jurídica, concibe que aquella solamente se requiere cuando el texto normativo es oscuro y por lo tanto puede generar confusiones en su aplicación. La concepción amplia considera que en todo proceso de aplicación del texto jurídico existe interpretación; ya sea *oscuro* o *claro*, el juez construye y asigna significaciones y se orienta a la aplicación de la norma

en relación al hecho social que aborda. Pero en términos jurídicos, es necesario distinguir entre interpretación y aplicación, porque todos podemos hacer interpretaciones de las leyes, y en particular, todos los que hacen parte de un juicio deben interpretar las leyes para poder participar dentro del mismo. Sin embargo, solamente el juez puede aplicar la ley, porque es el único facultado para ello (Guastini, 1991).

Pero en el caso del análisis de los textos jurídicos, es necesario advertir que el concepto de interpretación no está asociado exclusivamente a procesos cognitivos o culturales, como sucede con otros objetos, porque la interpretación jurídica está anclada fuertemente en procedimientos y normas. Dentro del ámbito de la disciplina jurídica existen debates acerca de qué significa interpretar: a) desde el punto de vista cognitivo o formal se asume que se trata de buscar los significados verdaderos, asumiendo que el sistema jurídico es cerrado completo y sin lagunas; en esta perspectiva, la norma preexistente determina la interpretación, pues el juez solamente se dedica a buscar dogmáticamente el significado que está contenido en la norma de manera autónoma; b) por otra parte, existe una concepción que coloca a la interpretación dependiendo de la relación entre sujeto y norma, lo que implica concebir a la misma como “valoración y decisión”. Se parte de que las normas no son preexistentes, sino que son el resultado del proceso interpretativo; esta posición tiene como debilidad que puede derivar en un relativismo extremo que desdibuja los límites objetivos de la disciplina jurídica. Existen otras dos posturas, una intermedia, la cual combina a las anteriores; y otra que asume que las tres posturas anteriores descuidan que

existen diversas y múltiples formas interpretativas que están determinadas por reglas propias (Guastini, 1999).

Se pueden distinguir tres figuras discursivas distintas en la interpretación: la primera correspondiente a significados que el juez le atribuye a las fuentes del derecho; la segunda, “enunciados que constituyen argumentos para justificar la interpretación preescogida” (Guastini, 1999, p. 10); y por último, *enunciados interpretativos*, los cuales utiliza el juez para atribuirle significados particulares al texto normativo (a) la interpretación estricta y directa que se realiza sobre un texto normativo, y b) la interpretación indirecta, la cual versa sobre la interpretación que hacen otros de dicho texto. En los procesos interpretativos asociados a los documentos de carácter legal, existen variedad de intérpretes, de acuerdo a si estos se ubican en el ámbito legislativo, oficial, judicial o doctrinal. En nuestro caso, nos centraremos en el intérprete en el ámbito judicial; para el cual existe una condicionante en las interpretaciones que debe realizar, pues este no solamente interpreta, sino que además también debe aplicar la ley; en este sentido, aplicar el derecho “requiere, juntas, la interpretación de las fuentes y la calificación del supuesto hecho. A su vez, la calificación del supuesto hecho presupone la verificación de los hechos de la causas” (Guastini, 1999, p. 21).

c) Argumentaciones

Las sentencias son textos que particularmente están compuestas de argumentaciones, de hecho, solamente una parte de la sentencia está libre de argumentaciones, o mejor dicho, del proceso argumentativo: las decisiones. La

argumentación es el proceso de desarrollo de la justificación, es decir, en la argumentación vemos cómo se filtran o se intentan filtrar las interpretaciones. Las argumentaciones se pueden entender de diversas formas, pero por problemas de espacio, haremos referencia solamente a la manera que asumimos en esta propuesta: la argumentación implica el establecimiento de posiciones con respecto a un problema determinado, sobre el cual no se *dicen* solamente argumentos; y que se trata de un *flujo* información que en vez de parecerse a una línea, se parece más a un tejido (Atienza, 2003). Nosotros agregamos, –para continuar con la metáfora–: como todo tejido, también es *teñido*. El proceso de argumentación es muy complejo para pensarlo solamente como un proceso lineal-unívoco. Las argumentaciones pueden ser contrarias o pueden ratificar, pero siempre las mismas están compuestas materialmente de elementos lingüísticos, por lo tanto, no están compuestas únicamente por razones, sino también por cualquier otro tipo de expresión lingüística (Atienza, 2003).

Podemos decir –de acuerdo con Atienza–, que cuando un problema se plantea de manera judicial, se realiza trazando relaciones binarias entre el hecho y los parámetros de lo normativo, este proceso se realiza a través de las razones que permiten interpretar el hecho y los argumentos positivos y negativos que lo definen. De la interacción entre los elementos anteriores surge la solución al problema y la justificación de la decisión que el juez toma en función del mismo. En otras palabras, la argumentación es el proceso de reconocimiento de problemas sociales a partir de determinados procedimientos, los cuales no son solamente formales, sino que los mismos están íntimamente relacionados con el

problema que se aborda. Esto es: sin razonamientos adecuados, el problema no es tal; y sin problema, no es necesaria una decisión de carácter jurídica. Por ello, lo importante de comprender que los aspectos formales son mucho más que meros procedimientos, porque allí es donde radica la posibilidad de juridicidad. En función de ello, para analizar las motivaciones de una sentencia es necesario comprender los siguientes elementos:

La narración, los hechos del caso. O sea, lo que ha sucedido en el mundo social e institucional y que ha llevado al planteamiento de un problema jurídico.// El problema o los problemas jurídicos de donde arranca la argumentación. Esto es, la traducción de lo anterior al código (normalmente binario) característico de la resolución judicial de los conflictos [...] 3) Las cuestiones y subcuestiones de las que depende la solución del problema [...] 4) Las respuestas a esas cuestiones [...] Las razones en las que se basan las anteriores respuestas. Aquí es importante distinguir entre las *rationes decidendi* y los *obiter dicta*, es decir, entre las razones que el juez o el tribunal consideraron esenciales para conformar las premisas (normativas y/o fácticas) de la justificación interna; y otra serie de razones, de argumentos, que aparecen en la motivación, pero que jugaron ese papel. Es una tarea difícil y típicamente interpretativa: los jueces no señalan explícitamente (o no lo hacen siempre) qué enunciados de sus sentencias tienen esas características; y aunque lo hicieran, las palabras utilizadas para ello podrían entenderse de más de una forma. // 6) La solución del problema [...] 7) La decisión (Atienza, 2003, p. 430-431)

A lo interno del proceso argumentativo, podemos encontrar *tensiones* de varios tipos. Una de ellas es la *intradiscursiva*, la cual consiste en la argumentación que hace el sujeto-emisor sobre un mismo tema en un mismo contexto, es la manera en la cual el discurso toma elementos externos y los introduce en su interior, o exterioriza y expulsa los propios, es un proceso de metamorfosis constante a través del cual, el discurso se revitaliza (es un proceso abstracto); la *intertextual*, cuando varios sujetos-emisores argumentan sobre el mismo contexto, por ejemplo, cuando las sentencias son emitidas por un tribunal

colegiado –consiste en marcas anafóricas–, también es la manera en que están presentes otros textos (pero de manera inadvertida) en el texto que se analiza (Pardo, 1992).

Las tensiones pueden ser *de igual fuerza*, cuando se presentan dos argumentos que tienen la misma fuerza comunicativa; y *de más fuerza*, porque unos recursos semánticos tienen más fuerza que otros. El análisis de estas tensiones nos ofrecerá elementos para caracterizar si en la sentencia, se presentan relaciones de simetría o complementariedad, teniendo en cuenta que “un texto dialogado [es] lingüísticamente correcto [cuando] todas sus interacciones lo sean también, y para que una relación sea lingüísticamente simétrica los textos dialogados no solo deben ser simétricos sino también corteses” (Pardo, 1992, p. 61): entre menos tensión, menos asimetría hay en un texto. Por otra parte, una *interacción lingüística es complementaria*, cuando la zona de tensión del sujeto-emisor es más fuerte, cuando existe alternancia entre hablantes como productores de zonas de tensión. Si no hay alternancia, estamos en presencia de complementariedad rígida, lo cual es un problema. En el caso de las sentencias, la presencia de las partes está mediatizada por el juez, por lo tanto, el análisis lingüístico es sobre lo que este sujeto dice sobre las partes; pero entendiendo que el propio juez se construye a través de la sentencia.

Un buen argumento, una buena fundamentación judicial, significa, pues, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido –deductivo o no–; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuade de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que

cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad (Atienza, 2003, p. 549)

Sin embargo, es necesario aclarar que la validez de un argumento no se puede determinar a partir del criterio de que sea compartido por la mayoría, como pudiera interpretarse erróneamente de la última parte de la cita anterior; para evitar confusiones, podríamos decir que tiene validez democrática, en cuanto contiene ciertos aspectos que han sido fijados convencionalmente. Además de ello, hay que tener cuidado con realizar valoraciones relacionadas a la calidad de los argumentos en el ámbito jurídico, pues, este es un problema de indeterminación. Una controversia jurídica puede tener varias soluciones, por lo tanto, valorar la calidad de una en particular es un exabrupto metodológico. Esto no quiere decir que no existan elementos de carácter objetivo que conformen el binomio argumentación-decisión, se trata más bien de aducir que en el tema de análisis, no se puede establecer criterios de evaluación que giren alrededor de las tensiones entre verdad-falsedad. Se puede decir, que el proceso de construcción de objetividad, consiste en la manera como el juez toma de todas las opciones posibles, unas opciones en particular y excluye otras (Atienz, 2003). Y es en este aspecto fundamental que el texto normativo adquiere importancia semiótica.

Sobre una decisión judicial puede existir disenso, esto no mina la objetividad de la misma, pues objetividad y consenso no son directamente proporcionales, el tipo de consenso que requiere una sentencia es de carácter racional y no fáctico, es decir: las sentencias requieren de un consenso que está asociado a objetivos-valores, y no un consenso referido a las posiciones de otros sobre dicha producción en particular. Al respecto, se puede señalar que los

juristas generalmente objetan las sentencias por problemas centrados en los siguientes criterios: 1) carencia de motivación; 2) motivación limitada o confusa; 3) porque en la decisión se ignora el derecho vigente; 4) porque desarrolla juicios *a priori*; 5) porque no se basa en criterios universales; 6) porque carece de coherencia; o, 6) porque contradice normas de carácter moral (Atienza, 2003).

d) Decisiones

El juez toma decisiones siempre en términos “bivalentes”: si se es culpable o no, si es procedimental o no, si es legal o ilegal, si es constitucional o inconstitucional, entre otros; las argumentaciones y decisiones sobre estos aspectos pueden variar. Pero en este caso, para evitar el relativismo que puede generar dichas variaciones, es necesario distinguir la argumentación en dos momentos-aspectos distintos: a) la argumentación como el proceso de construcción de argumentos; b) la argumentación como el resultado de ese proceso. En el primer caso, se pueden presentar contradicciones internas (como ya lo vimos), pues una argumentación procesualmente se puede construir entre tesis que se oponen, de hecho debería ser así para evitar imposiciones ideológicas; pero en el segundo momento, como conclusión, no pueden existir contradicciones, si se pretende que la misma sea racional. Por lo tanto, la decisión, debe estar formulada de tal manera, que en sentido decadente, la premisa mayor se pueda aplicar a todos los hechos; pero a la vez, en sentido ascendente, que todos los hechos fácticos correspondan a una clase de hechos que pueden ser subsumidos por la premisa mayor (Atienza, 2003).

que una norma (o un conjunto de normas) es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios y valores: lo del ordenamiento [...] con los principios y valores interpretados de una cierta manera: de la forma que los hace más coherentes en relación con una cierta filosofía moral y política [...] La coherencia narrativa es lo que permite considerar como probado un determinado hecho, una hipótesis fáctica, porque eso es lo que mejor encaja con una serie de hechos probatorios y con las leyes científicas, relaciones de causalidad, máximas de experiencia, etc., que nos permiten explicar el mundo (Atienza, 2003, p.556)

Pero otro aspecto que redundando en la objetividad de la decisión es la “adecuación de las consecuencias”, es decir, que en la misma se tome en cuenta las consecuencias que se van a producir, las cuales deben estar relacionadas con los hechos que se abordan y con los procedimientos legales mediante los cuales dichos hechos se han abordado: el derecho está asociado a una finalidad social, porque “el sentido del derecho no es inmanente al derecho” (Trujillo, 2004, p. 443). Pero en la decisión, la moral también tiene sus implicaciones: a) porque el juez no puede decidir contra cuestiones de carácter moral; b) porque los razonamientos del juez están limitados de acuerdo a la posición institucional y social que ocupa; c) porque el juez requiere acudir a cierto discurso moral, para ser más persuasivo; y d) porque si la decisión está vinculada a lo que la mayoría piensa, la misma va a tener mayor legitimación. Cuando un juez decide recurrir al *descubrimiento* o *creación* de la normatividad, esto se ampara en un tipo de moral, y dicha moral está justificada en cuanto permite al juez seguir criterios jurídicos (Atienza, 2003).

e) Interacciones semióticas:

- La interpretación es la construcción de significaciones alrededor de lo jurídico esto es: 1) la relación entre reglas y principios (visión normativa); 2) cuáles fuentes del derecho se toman; pero desde el punto de vista

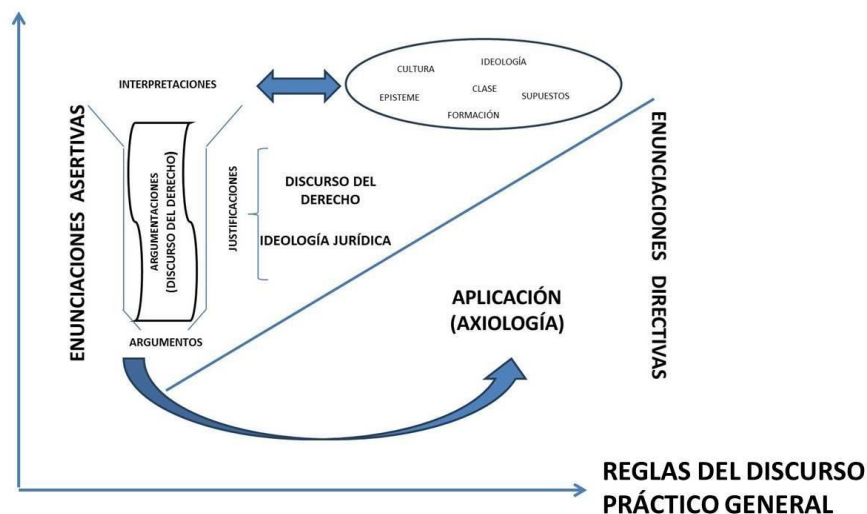
arqueológico, también trata de la 3) concepción de derecho que priva en dichas significaciones. En este aspecto, se podría señalar que falta hacer referencia a que también 4) se realizan interpretaciones de hechos; y 5) interpretaciones de lo justo. Para describirlas se debe recurrir a premisas jurídicas y metajurídicas.

- Las justificaciones consisten en el desarrollo de las reglas y principios que se hacen vigentes en dicho despliegue; es el modo de desarrollo de la interpretación; la concentración, condensación y filtro de las interpretaciones a través del mecanismo del derecho. Para describirlas, se debe recurrir a premisas jurídicas.
- Las argumentaciones son el desarrollo de las justificaciones, su cara formal. Para describirlas se debe recurrir a premisas lingüísticas y lógicas.
- La decisión es la aplicación, el desenlace de la interpretación mediada por la justificación y expresada en argumentos. Para describirla se debe recurrir a premisas axiomáticas.

En este esquema de análisis que estamos construyendo, proponemos que la sentencia como unidad, está conformada por un lado de la enunciación entre justificaciones e interpretaciones, las cuales se encuentran articuladas por medio de la argumentación; del otro lado se encuentra la aplicación que es la decisión, la cual salta de la esfera normativa para ser impuesta en la vida socio-institucional. De esta forma, cada sentencia emitida por un tribunal, corresponde a un enunciado (en su acepción liberada y no sometida a la idea de frase); el estudio de esta enunciación significa asumir una tarea en la cual se vislumbren las

conexiones y desconexiones, las posiciones, disposiciones y oposiciones entre las justificaciones, interpretaciones, argumentaciones y decisiones de una sentencia; pero a la vez, de la articulación de estas en particular con otras sentencias; para así poder obtener información acerca de la *formación discursiva*. Pero lo anterior no se puede entender como negación a la existencia de enunciaciones en la aplicación, sino que: una está orientada a enunciar para decidir, mientras que en la otra se aplica el contenido de lo enunciado. Para evitar confusiones, de ahora en adelante denominaremos a la interpretación-justificación-argumentación como *enunciación asertiva*, ya que son afirmaciones con certezas que teóricamente provienen de la razón (García Máynez, 2003). A la decisión-aplicación, la llamaremos en lo que sigue *enunciación directiva*, porque están orientadas al tratamiento de los sujetos con respecto de su comportamiento. Con Fendinar de Saussure como telón de fondo, podemos decir que la sentencia es una entidad compuesta por estas dos caras: enunciación asertiva y enunciación directiva.

REGLAS DEL DISCURSO DEL DERECHO



El estudio de la relación entre las enunciaciones afirmativas y las enunciaciones directivas, nos permite comprender la articulación significativa de la sentencia, nos permite comprender la enunciación que la conforma. Formular las sentencias de esta manera, nos permite comprender la leyes que están presente en su emergencia, leyes no alojadas en aspectos propios de la esfera jurídica, sino codificaciones más profundas que responden a dinámicas culturales, ideológicas y/o epistemológicas. Estudiar este fenómeno, de la manera que lo hemos propuesto, permite tener herramientas y datos más sólidos para poder penetrar en la esfera jurídica y demostrar que en la misma no hay una certeza rígida producto de la construcción de razonamientos que pueden escapar de las presiones sociales. Pero en este momento de cierre es necesario decir: no se trata solamente de estudiar las sentencias, sus contenidos, formas y funciones desde una perspectiva que pretendiendo comprenderlas de una manera crítica, las convierta también en un instrumento. Es decir, no es suficiente estudiar las relaciones entre las enunciaciones afirmativas y directivas, sin hacer una teoría del contexto que permite esa producción artefactual. El Estado tiene diversas vías para atender los asuntos que se presentan en la sociedad, una de ellas son los procesos judiciales, en función de ello, hay una pregunta originaria: ¿por qué la sentencia y no otro instrumento estatal? Responder esta pregunta es fundamental para poder analizar críticamente las sentencias, utilizando el modelo semiótico que hemos tratado de construir, la respuesta a esta pregunta se ubica dentro y fuera de las sentencias. Es decir, preguntarse por la organización de la sentencia, sin preguntarse por la emergencia de la misma es una tarea incompleta, por ello la importancia de comprender las sentencias como un meta-lenguaje.

8. ENSAYO

I

La disciplina moderna ha estado cuidándose de la contaminación, de la inserción de objetos “extraños” dentro de sus objetos “totales”; para evitar la contaminación, o eliminar a esta, la homogeneidad se convirtió en una idea central en la cual es fin y medio a la vez, es decir, una tautología que nos coloca en una búsqueda perpetua de carácter circular, en la cual nos eclipsamos temporal y espacialmente. Sobre esto, podemos decir que la contaminación no proviene de la presencia de “extraños” sino de una especie de esquizofrenia por la unidad, por ello apuntamos a decir que la profanación proviene de la concepción de pureza que invisibiliza la heterogeneidad presente en la diversidad y al mismo tiempo en la singularidad. En lo que sigue vamos a tratar de hilvanar los elementos que están presentes en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera heterogénea, pero que son presentados como si *todo fuera lo mismo*. Veremos que la pureza sirve como una estrategia doblemente articulada, por un lado presenta un objeto supuestamente puro, que necesariamente debe ser tratado con el rigor de lo iniciados en el conocimiento de dicha pureza; pero por otro lado, esa supuesta pureza funciona como un dispositivo aislante entre sociedad e instituciones. Hablaremos entonces de un *código de pureza* en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que propone a las mismas como objetos contenidos de pura justicia y de

justicia pura. Nosotros apuntaremos a observar las impurezas contenidas en la homogeneidad. Pero desde este momento lo debemos advertir, aunque redundemos: esta hipotética pureza funciona como un código que configura el despliegue de interpretaciones que se desarrollan con y a partir de las sentencias, que también es un código de aislamiento entre lo que dicen y hacen los jueces, y el resto de la sociedad. Como conclusión adelantada: *se trata de una codificación de la estructuración social en términos de justicia.*

Cuando en las sentencias se escribe que la acción de agentes del Estado contra personas, corresponde a la violación de artículos de normas de carácter internacional, antes de definir que dichas vulneraciones corresponde a acciones de grupos de personas que controlan las instituciones, sobre otras personas; es la manifestación de la concepción que privilegia las vulneraciones como problemas de carácter técnicos-procedimentales en vez de sociales. Es una constante en las sentencias, la significación de las vulneraciones como violaciones al entramado legal, lo que significa comprender a los derechos humanos como el derecho administrativo del derecho internacional; pero además, comprender que las violaciones no son tales por ir en contra de la sociedad, sino por transgredir lo que convencionalmente se ha definido como derecho y vulneración. La normativa internacional se comprende entonces como normas de recto comportamiento para los Estados, en vez de comprendérseles como reglas de organización. La consecuencia de ello es que la injusticia se comprende solamente como un aspecto de carácter individual: la vulneración es un acto individual (por víctima y victimario), la sociedad no tiene derechos, como quedó muy bien reflejado en el

caso de los saramakas contra Suriname. Por ser los individuos, las instancias orgánicas, los únicos que pueden llegar a un debate racional, y esto no se trata de un debate meramente filosófico o cultural, sino que podría afectar notoriamente la manera como se realiza los cálculos, pues los saramakas tienen otra forma de administrar la sucesión de bienes de una generación a otra. Por lo tanto, asumiendo incluso una postura conservadora, en donde el cálculo matemático se tomara como una forma realmente pura, se debería entender que los saramakas también tienen su propia *matemática*.

la tierra no se tiene en propiedad individual y los bienes de uso personal son el único patrimonio de las personas, y –por lo tanto– donde lo que se recibe por la vía hereditaria tiene poco valor material, la eventualidad – poco común– de una indemnización del tipo que se plantea en la sentencia que nos ocupa, debe llevar a una seria reflexión sobre la manera en que los bienes esenciales para la vida cotidiana son obtenidos y repartidos. (Molestina, 1998, p. 123)

Nuestro proyecto arqueológico se ha enfocado en decir que los fenómenos no son los objetos empíricos, sino la manera como se ordena y se expresan los fenómenos en dichos objetos. De esta manera, hemos observado en las sentencias una regularidad expresada en la relación formal vulneración/reparación, pero que en términos materiales significa agresión contra la persona/indemnización pecuniaria. De esta manera, en las sentencias hay una configuración de la historia en la cual el devenir no es más que la proyección del pasado en ellas mismas, pero esto es comprensible cuando entendemos que el marco reflexivo es mucho más amplio que el expresado en dichos documentos; pero que a la vez, contiene dicha expresión. Esta regularidad significa, de acuerdo

a lo que hemos venido construyendo: la concreción en el texto de los fenómenos que dominan en un período histórico, y dicha regularidad permite explicar dicho período, porque dan cuenta de aquel, el período que estamos estudiando se distingue por: la doble figura estatal de extensión y negación superlativa en codificación de competencia. Para romper con la pureza debemos preguntarnos ¿cuál es el discurso anterior que permite que en las sentencias emerja la regularidad que acabamos de puntualizar? Esta pregunta la podemos responder poniendo atención a la heterogeneidad, la cual la hemos organizado en: información, deontología, normas y principios, contrariedades, tensiones, contradicciones; y por último, olvido y presencia.

En contrasentido a los planteamientos que generalmente se presentan sobre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nosotros no nos vamos a esforzar en proponer una aparente naturaleza pura de las mismas; como si dichos objetos estuvieran compuestos solamente por razonamientos de carácter jurídicos. Pero asumir esta postura requiere de un mayor esfuerzo, porque implica la desnaturalización del texto sentencia, un enorme trabajo epistemológico para poder salirse del terreno de las opiniones y convertir estas en objeto de análisis. De acuerdo con lo que hemos venido trabajando, cambiar de la pureza a la impureza significa conocer por lo menos tres tipos de apariencias: la de movilidad, la de pluralidad y la de temporalidad. De esta manera, las sentencias no son para nosotros el hecho histórico, sino más bien el objeto mediante el cual conocemos desde una perspectiva determinada hechos históricos, por lo tanto, es un texto impuro, porque esta contenido del contexto

histórico en el cual emerge. Nuestra comprensión de lo sucedido con los derechos humanos durante el período analizado, no depende de manera exagerada del texto, sino que depende de la comprensión que las personas en sociedad eventualmente puedan hacer de dichas sentencias.

Debemos trascender los aspectos formales de la materialidad inmediata de las sentencias, porque quedarnos con la misma, implicaría una tarea titánica, imposible de ejecutar en un ejercicio como el que realizamos; es decir, no nos podemos limitar a un análisis de los significados semánticos que están presentes en las sentencias, porque eso implicaría un conjunto de desgajamientos de cada sentencia, en un número bastante complejo e inaprensible de oraciones y frases. Presentamos un estudio integrador de las significaciones que se forjan en estos textos, significaciones que están en un plano semiótico pero que no son etéreos, porque tienen vida material a través de las oraciones y frases. De esta forma, no vamos a presentar en lo que sigue un desgajo de unidades mínimas, sino más bien flujos de significación.

La exposición de elementos que constituyen las sentencias, y la interpretación o apología de los mismos, está condicionado por el discurso de la pureza; es decir, que las sentencias se han construido solamente bajo los procedimientos del derecho, lo que dota de objetividad a dichos textos, y por lo tanto a los sujetos que se construyen con los mismos. Y es este punto el que vamos a discutir de ahora en adelante, porque como veremos, las sentencias no son ejemplos de pulcritud, sino todo lo contrario, de un aglomerado heterogéneo de elementos que llegan “extraños” de otros ámbitos. Pero observar la impureza

no es algo sencillo, porque el texto pide que se le vea puro, y se construye un código para que se realice la lectura de dicha homogeneidad aséptica. En el uso se expresa la significación, porque se refleja la manera en que se disponen las estructuras; nos corresponde reflexionar sobre el uso de los derechos humanos en la Corte Interamericana.

La configuración procesal de las sentencias revela un aspecto interesante en cuanto a la dinámica del derecho internacional en el ámbito de la jurisdicción sobre la que escribimos: a diferencia de los procesos penales en los ámbitos nacionales, donde la carga de la prueba recae en el demandante; en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos esto no es necesariamente así. Por la propia naturaleza de las violaciones de derechos humanos, las pruebas pueden estar bajo el control absoluto de los demandados (los Estados). La Corte significó entonces, que se trata de un proceso que tiene que atender a la naturaleza de los hechos que aborda. La defensa de los Estados no puede descansar en la falta de aquellas, porque su ausencia en el juicio no obedece a carencias por parte de las víctimas, sino a la imposibilidad de que las personas puedan sustraer las pruebas de la vulneración que han cometido sus victimarios. Se presenta al Sistema Interamericano como vinculado al resto del derecho internacional y al derecho interno de los países, porque para su existencia necesita el reconocimiento de los estados, pero a la vez, la referencia principal para la Corte son los Estados. Por ser un organismo meta estatal, en el caso de *Gangaram Panday versus Surinam*, la Corte recurrió a organismos de investigación judicial en Venezuela y Costa Rica, para determinar la ocurrencia de vulneraciones sobre esta persona, sobre

este aspecto es obligatorio decir, que la Corte recurrió al Cuerpo Técnico de Policía Judicial en Venezuela (PTJ, hoy día CICPC: Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas), para que valorara sobre la vulneraciones de derechos por parte de un Estado, aun cuando la PTJ ha sido responsable de un continuo de vulneraciones en Venezuela (Defensoría del Pueblo, 2012).

Un problema fundamental planteado en el desarrollo de esta investigación ha sido el siguiente: proponer reflexiones no tradicionales sobre un objeto que particularmente se presenta con una existencia propia, autónoma del resto de las cosas humanas. Como hemos intentado construir una historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos corresponde hablar en un sentido también histórico, y sobre ello es necesario advertir que en las sentencias se puede leer a un objeto que se presenta históricamente como autónomo, pero dicha autonomía se explica históricamente también de manera circular, como en el caso de homogeneidad; las sentencias se presentan como si se tratara del abordaje de una problemática empírica que está fuera, a la cual se acude a dominarla. Hasta el momento se ha planteado, con la mayor rigurosidad que podemos alcanzar, algunos debates que se han extraído de otros aportes, de otras reflexiones, de otros lugares; construyendo un marco referencial que nos permitiera recorrer otro camino, distinto al que se marca cuando se trata de investigaciones en materia de derechos humanos; retomando al maestro Enrique González Ruíz, se ha tratado de construir un *pensamiento frontera*. Esperamos que ese marco referencial sea suficiente para lo que a continuación se presenta. Ante cualquier objeción previa sobre nuestros apuntes, afirmamos

interactivamente que los derechos humanos no *son en sí sino por medio de sí*, pero de ello ya se ha hablado más arriba.

II

En las sentencias que hemos analizado, dominó un criterio con el cual se fundamenta la transacción de equivalencia entre la violación de los derechos y la restitución de los mismos dominada por el dinero; es decir, la Corte legitimó en sus decisiones que los derechos tienen un costo. Sin embargo, cuando nosotros observamos los análisis que se realizan de las sentencias de dicha Corte, notamos que las valoraciones que se realizan sobre el comportamiento de dicha instancia de derechos humanos, son observaciones que establecen que cualquier problemática de las sentencias está relacionada con el cumplimiento de las mismas por parte de los Estado; ha sido escaso el material que hemos encontrado, en el cual se reflexione sobre los problemas de las sentencias en cuanto a su composición y despliegue, es decir, hay una mirada que se impone, la cual ubica los problemas solamente afuera de las sentencias. Para nosotros, las sentencias es el *problema*, porque en las mismas se reflejan cómo los jueces de la Corte han utilizado determinados referentes. Este tipo de tribunales se publicitan como un logro de la humanidad, en cuanto se proponen como espacios en los cuales la persona está protegida en sus derechos a pesar del accionar del Estado que condensa la sociedad a la cual pertenece (Silva, 2007). El resultado del

trabajo de los jueces, es decir, las sentencias se presentan como objetos de adoración, como monumentos y testamentos.

Las víctimas se presentan primero como sujetos pasivos, a los cuales se les debe restituir un derecho, pero si el derecho es facultad, entonces esa restitución significa que otro va compensar lo que es propio de los sujetos, por lo tanto ¿cómo se puede hablar de facultad si su sustancia es exógena? La heterocomposición anula la autocomposición: la libertad se otorga. Los casos llegaban a la Corte exclusivamente por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵, las víctimas no se consideraban suficientemente activas como para presentar por sí mismas sus casos ante el Sistema Interamericano, este mismo ente se encargaba de todo el recorrido de las controversias. Posteriormente, estas víctimas pasivas se reconstituyen desde esta instancia exterior como sujetos empresarios -al cual describiremos más adelante-. El individuo se puede elegir y relacionarse en función del dinero; y el individuo-Estado es un sujeto que debe demostrar permanentemente que cumplió con procedimientos, es un sujeto procedimental, básicamente. En definitiva, funciona el principio de libertad negativa, pero en un sentido de competencia. De esta forma, hay cierta lógica que comprende las libertades de los individuos y de los Estados como similares, y esto se refleja en la reparación pecuniaria.

A pesar de cualquier debate con especialistas de la ciencia jurídica, podemos decir que las sentencias describen un proceso que se puede sintetizar

⁵ El primer reglamento de la Corte entró en vigencia el 30 de junio de 1980 y fue reformado el 18 de enero de 1991

de la siguiente forma: las violaciones de derechos humanos pueden implicar procesos contenciosos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no haya alcanzado resolver por la vía amistosa el problema –si los casos pueden llegar a la Comisión–; la Corte toma una decisión sobre la denuncia, relacionada con la determinación de la responsabilidad del Estado en función del hecho denunciado; la Corte establecerá la obligación del Estado de reparar el daño causado. Todo esto queda sintetizado en la frase “justa indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas”.

Los sujetos que se presentan en las sentencias de la Corte Interamericana son individuos: las víctimas, los Estados, la Comisión; la Corte es la única que se refiere en términos de colectivo o por lo menos como un agregado de individuos. Pero esta es una Corte que decide a partir de los derechos de aquellos individuos, derechos humanos en el caso de las personas; derechos de los Estados en el Derecho internacional. En la sentencia del 13 de julio del año 1981, se hace referencia a la Convención Interamericana, cuando se establece que los límites entre los cuales se debe desarrollar las sentencias, son los aspectos en los cuales los Estados han “consentido responsabilizarse internacionalmente”. Sin embargo, también se expresa que los tratados internacionales deben ser interpretados en función de su objeto y fin, siendo que objeto y fin en materia de derechos humanos es su protección. En estas sentencias el Sistema Interamericano se define como un sistema “coadyuvante y complementario” de la justicia estatal. La Corte no se significa como un sistema penal sino como un sistema de amparo. La Corte

construye las sentencias a partir de los artículos de la Convención, al respecto es importante traer lo que se escribió en las sentencias sobre el artículo 1.1:

dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos prescritos por la misma Convención

Al individuo-Estado se le confieren deberes y prerrogativas propios de la relación entre Estados, además de la relación con los ciudadanos. Al respecto, se dice en las sentencias que si un Estado afirma que se han cumplido con los requisitos del derecho interno, le corresponde a la contraparte demostrar que no ha sido así, porque este tipo de denuncias no pueden tratarse con "ligereza". Pero también se establece que: "A diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado". Al respecto, se dice en las sentencias que los recursos internos no son importantes solamente en un sentido formal, sino también en un ámbito material; si un recurso no es idóneo para la protección o garantía de los derechos humanos, entonces no es necesario su agotamiento, porque se aplica el siguiente principio: "La norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o que su resultado sea manifiestamente absurdo o

irrazonable". Y en este sentido, se expresa en las sentencias que se puede determinar la violación por parte del Estado sin que se haya realizado la identificación del sujeto vulnerador en particular.

Es deber de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como se enuncia en las sentencias, es tratar equilibradamente a los individuos y al Estado, este es uno de los fines en dichos textos; pero como otro fin último –de los tratados en materia de derechos humanos–, debe ser la protección de los derechos de las personas, entonces dichos tratados deben ser interpretados en función de sus fines y objetos. Entre este aspecto y el anterior, formalmente no hay contradicción porque es la igualdad como individuos lo que permite un tratamiento equilibrado entre individuos y Estados (según la lógica de las sentencias). En el caso de que dentro de los Estados existan instrumentos legales para la protección de los derechos, estos deben ejecutarse de manera idónea y eficaz, de lo contrario significa que el Estado no provee realmente de recursos a sus soberanos. Pero la Corte manifestó y esa información es central, que las formalidades son distintas al desarrollo procesal de la causa, porque una se refiere a la activación de algunos instrumentos que solamente forman parte de todos los derechos procesales de las partes, mientras que la otra es precisamente dichos derechos procesales.

En las sentencias también se establece que la violación de alguno de los derechos protegidos por medio de la Convención implica la violación en sí de la Convención, y de esta forma, cuando se determina que un Estado ha cometido alguna violación de derechos está obligado a repararla, porque así lo establece el

tratado interamericano. Siendo que el fin último de la indemnización y de la reparación es la compensación a la víctima por el daño sufrido, y como ya hemos advertido, esto no se debe interpretar como una condena al Estado porque no se trata de una Corte de tipo penal. Pero dentro del deber contencioso de la Corte no puede interpretarse que esta realiza análisis de legislaciones en abstracto, sino cuando están vinculadas a una vulneración en concreto.

Ante las vulneraciones solamente se podía acudir a la Corte Interamericana de forma individual. Las víctimas podían acudir a instancias internacionales, cuando no se lograba solucionar el conflicto en el marco del derecho interno, y para entonces, los individuos podían accionar internacionalmente a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual presentó varios casos con inconsistencias de carácter procesal, con consecuencias para las víctimas durante el proceso contencioso. Al respecto, en las sentencias se nos informa que es de suma importancia la documentación de los hechos por parte de las víctimas o demandantes, ya que la determinación de la ocurrencia de una vulneración de derechos no pasa solamente por asuntos de carácter declarativos o comunicacionales, sino por aspectos de tipo procesales, con la rigurosidad que eso implica. Al respecto, a través de las sentencias podemos conocer también que en los países han existido asesores en materia de derechos humanos, que les han indicado a las víctimas que no acudieran al uso de los mecanismos internos de los países, porque estos no respondían a la ciudadanía; pero esto representa una contradicción con el principio de reconocimiento del derecho interno, por lo tanto, afectaba la propia dinámica del derecho internacional.

Pero a la vez, se presentan contrariedades privativas en las sentencias, cuando se señala que los Estados imponen trabas y alcabalas para el cumplimiento de los recursos internos, alegando al mismo tiempo, la necesidad del agotamiento de los mismos. Por ejemplo, en el caso de las desapariciones forzadas el recurso idóneo es el hábeas corpus, sin embargo, resulta inútil cuando la persona ha sido detenida clandestinamente, pues en este tipo de detenciones no existe registro alguno del suceso; sería pedirle algo legal a lo ilegal. Pero más allá de las desapariciones forzadas, la subordinación del habeas corpus a requisitos formales implica la negación del mismo porque se vuelve engorroso su ejercicio. También se refleja en las sentencias que para los Estados y por ende, para el sistema internacional compuesto por los Estados, el derecho interno de poblaciones indígenas es privativo con respecto al derecho estatal.

Las sentencias que hemos revisado nos informan de que han ocurrido vulneraciones de derechos humanos en América Latina, que la desaparición forzada junto con la aplicación de procedimientos en contra de las personas, de su “dignidad esencial”, para el período que estudiamos, fue una práctica recurrente por parte de los órganos que componen los Estados. La ocurrencia de este tipo de vulneración, la Corte la significó como el resultado de la inexistencia de procedimientos internos para prevenirla, o porque dichos procedimientos resultaban ineficientes; en todo caso, las sentencias también nos advierten que la desaparición forzada es un fenómeno histórico, pero su utilización de manera sistemática y con intensidad para producir terror e inseguridad en la población, es un aspecto muy reciente. No obstante, en las sentencias no se relacionan

claramente estos dos aspectos, es decir, no se produce una enunciación en la cual se advierte que la falta de procedimientos está relacionada con el período histórico, por ende, por un lado queda el problema técnico y por el otro el histórico-político-social.

La desaparición forzada se presenta como un tipo de vulneración que mantiene vinculación entre la vulneración en sí y la ineficacia de los instrumentos jurídicos y administrativos para proteger a las personas de dicha vulneración, porque la desaparición es la prueba en sí de que se necesita borrar todo rastro de la prueba del delito; siendo que este tipo de vulneración se vincula directamente con la violación de otros derechos reconocidos por la Convención: integridad personal, debido proceso, libertad, vida. En las sentencias revisadas, también se puede leer que los jueces que conformaban la Corte, estimaban que los derechos humanos y la seguridad de las naciones están íntimamente ligados, por lo tanto, la seguridad no puede fungir como excusa para legitimar la violación de derechos.

Se nos informa que los Estados asociaban -en la mayoría de los casos-, a las víctimas con la definición de “peligro”: subversivos o guerrilleros; siendo que estas asociaciones eran una estrategia de los Estados para legitimar el accionar contra las personas. Pero esta construcción negativa del otro no se limitaba solamente para la justificación de la vulneración, sino también para descalificarlos como sujetos del proceso contencioso a las víctimas o a sus testigos. Durante el proceso contencioso ante la Corte, se calificaba negativamente a la contra parte para afectar o incidir en el desarrollo procesal, buscando que los juicios se tornaran improcedentes.

El cumplimiento de los requisitos de admisión son necesarios para poder darle curso a las demandas, porque esto forma parte de las normas que rige el derecho en general y en particular el derecho internacional; siendo que la Convención Interamericana es el marco legal fundamental de referencia, porque el objeto de la misma es la protección de los derechos humanos, pero a la vez, es la regulación de todos los aspectos orgánicos para el cumplimiento de este objetivo; por ello debe cumplir con los aspectos procesales, tal cual como se estipulan en las normas -no las formalidades sino los aspectos procesales-; y en este sentido, la Corte debía debatir sobre sus competencias para poder admitir las demandas. Pero los jueces de la Corte escribieron en las sentencias que los requisitos que impone la Convención no pueden ser excusa para el incumplimiento de la misma, en materia de protección de los derechos humanos: la exigencia de requisitos que de antemano son imposibles cumplir, no concuerda con el objeto de proteger derechos, por lo tanto, se constituye en una contradicción de tipo privativa.

El cumplimiento de los aspectos procesales es importante para poder garantizar el derecho de las partes, por lo tanto, los individuos como los Estados tienen derechos en el sistema internacional de acuerdo a principios del derecho en este nivel, según se dice en las sentencias. Es un objetivo del sistema “garantizar la dignidad esencial del ser humano”, por lo tanto no se puede considerar que los recursos para garantizar la protección de los derechos humanos sean suficientes en su mera existencia formal, sino que se necesita que los mismos sean eficaces para que las personas a través de ellos se puedan proteger. En las sentencias se refleja que el principio de la protección de los derechos humanos, no puede

contraponer contra la falta de legislación en la materia dentro de los países; pero además como el principio es la protección de los derechos, entonces, si un recurso a lo interno de los Estados es inadecuado para dicha protección, entonces no se debe obligar a agotar dichos recursos.

Hasta este punto no podría generarse mayor debate, sin embargo, cuando observamos detalladamente el proceso de enunciación total (de acuerdo a lo que hemos construido, la relación entre los enunciados asertivos y directivos) salta a la vista un elemento inadvertido en las lecturas más directas. La Corte utilizó como referencia fundamental para el desarrollo de su accionar, un criterio de reparación del daño que no proviene precisamente de los derechos humanos, sino de otros ámbitos del derecho internacional, esto tiene sus consecuencias en la construcción de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es precisamente eso lo que nos convoca en este momento.

La construcción de una sentencia necesita del desarrollo de un proceso lógico, es decir, a partir de premisas mayores y la existencia de un hecho, se llega a conclusiones. Pero si asumimos que la única justificación que se desarrolla es una justificación de carácter jurídica, entonces no hemos comprendido el proceso ideológico que está presente en el tipo de texto jurídico que estamos analizando. Como la ideología es univocidad, entonces nosotros buscamos comprender de manera diversa y no unívoca ni unilineal para tratar de romper con dicho cerco. Lo ideológico es necesario comprenderlo en dos caminos interceptados mutuamente, la ideología que está presente y la manera ideológica en que se construye. De

esta forma, ambos aspectos se relacionan con la información que está presente en las sentencias, más allá de lo deontológico.

Desde el punto de vista deontológico, es claro que en las sentencias se revela un conjunto de aspectos, los cuales consideramos necesario enumerar: el deber de la Corte es la regulación de la Convención Americana, y en función de ello se debe cumplir los procedimientos para que el sistema jurídico pueda contener criterios de seguridad, en función de ello, para los Estados es un deber que la ciudadanía pueda acceder a los mecanismos internacionales. En este sentido, el deber del Sistema Interamericano es ser coadyuvante y complementario a la justicia estatal; por lo tanto, sus sentencias no se pueden interpretar como si se tratara de decisiones tipo penal; el deber es amparar a las personas.

Lo deontológico se manifiesta en la obligación de los Estados de responder a las víctimas cuando se ha logrado demostrar su responsabilidad en la violación de derechos. Una de las informaciones que están presentes en las sentencias y que no se percibe como tal, sino que pasa desapercibida, como si se tratara de un aspecto propio de la justicia y no de otra esfera de la vida humana, es la información que se relaciona con la reparación: la manera más óptima de reparar las violaciones de derechos humanos es concediéndole dinero a las víctimas de las mismas, o a sus familiares directos. De esta manera, se expresa que el deber de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es establecer un canon monetario por vulneración, y esto se plantea como un criterio de justicia, por lo tanto, como un criterio de universalidad.

III

De acuerdo con estas sentencias, cuando la vulneración de derechos concluyó o se manifestó en el asesinato de una persona, a esta última – obviamente- ya no se puede proteger; en ese sentido, no se puede cumplir sobre esa persona los objetivos fundamentales de la Convención, por lo tanto, la Corte ya no debe decidir sobre dicha protección, sino sobre la enmienda de las consecuencias que dicha vulneración ha producido; esto se traduce fundamentalmente en indemnización a los familiares de la víctima. Esto se transcribe literalmente como “reparación de la consecuencias” por “justa indemnización”. Esta sería la forma de restitución, la cual se configura en las sentencias como *compensación* a las víctimas y no como condena a los Estados; la misma corresponde al derecho internacional y no al derecho interno de los países.

Se puede leer que la Corte tomó como referencia la jurisprudencia internacional que estaba más allá de ese tribunal, por ejemplo, se incluyó el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para definir retardo procesal, en virtud de que el contexto latinoamericano no existía definiciones jurídicas al respecto. Pero también se manifestó que la jurisprudencia internacional ha establecido que la forma más “usual” para reparar el daño es a través de la indemnización comprendida a partir del *estándar de Chorzow*: porque es un principio de derecho internacional que la jurisprudencia ha tomado en cuenta: “toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte,

constituye la forma más usual de hacerlo”. Y en este sentido, emerge en las sentencias un *principio* de derecho internacional: *reparación plena o restitutio in integrum*, esto se significó como “compensación de los daños patrimoniales y extramatrimoniales incluyendo el daño moral”. A la vez, se tomó como referencia el artículo 63.1 de la Convención: “pago de una justa indemnización a la parte lesionada” o “el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”.

Pero en las mismas sentencias que se han descrito, los jueces de la Corte significaron: la interpretación del principio de *restitutio in integrum* es que dicha forma no debe ser considerada la única forma de reparación y que la misma no consiste en una reparación integral total, sino como “la solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida jurídicamente tutelada [...] un modo como puede ser reparado un ilícito internacional, pero no es la única forma como debe ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada”. Es decir, en un primer momento pareciera que es un principio extendido, pero luego se contrae. En todo caso, por una vía o por lo otra, cuando se pretende que la reparación jurídica tiene como referente directo la situación de las personas, se trata de una falacia referencial porque la sentencia no hace referencia a una situación social o humana, sino que es una construcción sobre la realidad.

Para poder tener un panorama cercano a lo integral, debemos recordar los artículos de la Convención Interamericana que utilizó la Corte para el desarrollo de sus sentencias. Al respecto, no vamos a repetir lo que ya se ha transcrito en el capítulo correspondiente, no vamos a enumerar nemotécnicamente los artículos, sino que nos dedicaremos a hacer referencia a los aspectos sustantivos de dichos artículos, en una muy apretada síntesis: la Corte tomó como referencia que los Estados que han suscrito la Convención se han comprometido en respetar los derechos y libertades establecidos en dicha Convención; y en este sentido, las personas tienen derecho a que se les respete su vida, siendo que este derecho debe ser protegido por la ley; de igual forma, que la integridad y la libertad personal también debe ser respetada por los Estados; en función de la protección y respeto de los derechos, los Estados deben realizar adaptaciones legislativas; los motivos por los cuales las personas sean detenidas, deben estar definidos legalmente, y en función de ello, nadie puede ser sometido a detenciones arbitrarias, y las personas detenidas deben contar con la información suficiente sobre su proceso, el cual debe ser desarrollado debidamente. En el continuo de las sentencias, podemos observar que la Corte también hace referencia a la obligación por parte de los Estados de proveer garantías judiciales a su población, especialmente en materia de protección judicial y cuando se suspende garantías constitucionales.

El resto de los aspectos de la Convención a los cuales la Corte hizo referencia, fueron los referentes a los procesos que se debían desarrollar ante la Corte y la Comisión para poder llevar los casos en la instancia internacional. De

esta manera, los artículos establecen los requisitos para que los casos puedan ser admitidos en la Comisión, los criterios de admisibilidad por parte de la misma y los procedimientos a desarrollar: solución amistosa, el informe que debe elaborar la Comisión, los tiempos. Los Estados por haber suscrito la Convención admiten la jurisdicción de la Corte; y además el deber de actuar de la Corte cuando se defina la responsabilidad del Estado en la vulneración de derechos humanos. Otras referencias están dirigidas a artículos de los Reglamentos de la Corte y de la Comisión: hasta que no se dé la sentencia en audiencia pública, la Corte debe desarrollar sus acciones en secreto, y no darle carácter informativo hasta que emita el documento oficial; por otra parte, la Comisión puede delegar sus funciones en sujetos particulares.

Encontramos que la reparación pecuniaria “sirve de orientación para establecer principios [...] no puede invocarse como criterio unívoco a seguir sino que debe analizarse cada caso particular”, pero este aspecto, el cual pudiera significar que en las sentencias se abrió una puerta a diversas formas de reparar, no versa sobre este criterio de diversidad, sino que más bien trata de una apariencia de movilidad, en la cual se dice esto, para afirmar que dentro de la reparación pecuniaria, pueden existir distintos tipos de cálculo. Lo que dicen las sentencias es que se pueden hacer diversos cálculos, siempre bajo la lógica de la reparación pecuniaria, por ello se trata de una apariencia de movilidad. La primera sentencia establece montos en moneda nacional y luego las otras sentencias establecen montos en dólares, para la protección de la reparación de las inflaciones nacionales; para el caso de los saramakas la Corte ordenó la creación

de una fundación para delinear el uso por parte de los indígenas, del monto establecido. Esta es la variedad que se reconoce en las sentencias. Una variedad concentrada en el dinero.

El *estándar de Chorzow* se presenta como un ente fosilizado en la cadena de sentido de las sentencias, el cual va a condicionar el resto de las significaciones que se producen. Vale la pena reflexionar sobre un mecanismo de reparación de daño en materia empresarial, que llega a ser el aspecto central que condiciona la construcción de unas sentencias en materia de derechos humanos, cómo pasó de un mundo a otro. Este estándar se presenta en las sentencias básicamente por la estrategia de tenacidad, es decir, llega a las sentencias, no por criterios de racionalidad, sino porque se impone porque es la lógica que ha ganado su sitio en un sentido evolucionista.

Se recoge como referencia extrajudicial, que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, también toma en cuenta el pago como forma de compensación. Pero los jueces de la Corte Interamericana también indicaron que las propias sentencias que ellos emiten constituyen en sí una medida de reparación, porque se trata de un reconocimiento formal de que un Estado ha vulnerado derechos humanos; esto constituye una reparación del daño moral, pero además, el daño moral también debe ser reparado a partir de criterios de *equidad*.

Ahora bien, cuando en las sentencias aparece el concepto de equidad, este se conecta directamente con un modo de cálculo de las reparaciones, las cuales

se centran en aspectos de carácter pecuniario; para ello se introduce la figura del *lucro cesante* y la figura del *daño emergente*, dos técnicas que se presentan en las sentencias como pertinentes para determinar la manera cómo serán los montos en los cuales concluye la reparación en forma de *restitutio in integrum*. Los jueces de la Corte incluyeron el lucro cesante como fórmula matemática que permite la construcción equitativa de la reparación a través del procedimiento en el cual se toma la edad de la muerte de la víctima, el salario que devengaban las víctimas al momento del asesinato o de la desaparición forzada, la edad de vida estimada en el país donde residía y una tasa de interés. Estos cuatro elementos son procesados en una fórmula de carácter matemático, el resultado de dicho procedimiento es un monto, el cual representa una reparación con criterios de equidad. El monto que resulta de la ecuación funciona como enunciado directivo para los Estados y para la propia Corte, para los Estados porque deben entregarles dichos montos a los familiares de las víctimas; para la Corte, porque debe supervisar dicha entrega. Sobre el monto es importante resaltar que en las sentencias se dice que una parte del mismo no se les entregaba a los familiares de las víctimas, porque hipotéticamente, esa parte correspondía a los gastos que la víctima hubiese tenido sobre sí misma si hubiese continuado con vida.

Se ha dejado sentado, y por lo tanto entra a formar parte de las significaciones que se construyen, que la reparación a los familiares de las víctimas es distinta que para la víctima, porque en el cálculo de *lucro cesante* se debe tener en cuenta que una víctima, en el caso de quedar con vida; va a ser afectada durante el resto de su recorrido biográfico, por la vulneración cometida en

su contra; sin embargo, en el caso de los hijos de las víctimas –por ejemplo-, estos, al cumplir la mayoría de edad pueden trabajar y obtener su propia fuentes de ingresos. De igual forma, en las sentencias se nos dice que en aquellos casos en los cuales las víctimas estén presas, no puede aplicarse este cálculo porque al estar detenidos, no eran individuos-trabajadores, por lo tanto, no había nada que determinar. En ambos casos, la enunciación directiva está determinada por la concepción del lucro cesante que solamente puede calcular la cantidad de dinero que la persona puede generar.

Para que exista el lucro cesante tiene que existir en contra cara el daño, el cual se cataloga de dos maneras desde el punto de vista jurídico: el daño patrimonial y el psicofísico; la historia de la reparación del daño discurre entre la concepción que comprende a las consecuencias como producto del infortunio, y la concepción que comprende al daño en relación con las responsabilidades. En términos genéricos, el debate histórico sobre el lucro cesante ha girado alrededor de la relación entre daño objetivo y subjetivo; es decir, las consecuencias que son visiblemente objetivas y sobre las cuales se puede calcular una indemnización igual objetiva sobre la cosa dañada; mientras que por el otro lado, el daño subjetivo corresponde a un horizonte más amplio, con mayores dificultades para su cálculo. Quienes generan el daño, en el caso de reconocerlo, apuntan hacia el daño objetivo, mientras que los vulnerados apuntan al daño objetivo y subjetivo de manera simultánea. El concepto de lucro cesante se va introduciendo en el derecho a través de la noción de interés, es decir, a partir de la comprensión de que

la cosa dañada no aportaba beneficios solamente en el momento del daño, sino que en el futuro también lo haría (Alarcón, 2003).

La diferencia entre daño emergente y lucro cesante es que el primero se constituye en la pérdida de un bien o facultad presente, mientras que el lucro cesante consiste en las consecuencias de ese bien en el futuro; dicho de otra forma: “la pérdida patrimonial y, consecuentemente, la disminución sufrida, y el de la falta de aumento del patrimonio, es decir, la ganancia que el acreedor o el damnificado habría podido percibir si no se hubiese dado el incumplimiento o hecho el ilícito” (Moisset de Epanés, et al., 2015, p.4). En todo caso, en estos cálculos un factor determinante desde el punto de vista jurídico es el tiempo, en este sentido, se establecen dos tipos de tiempos: el *actual*, que se constituye por un daño ya causado; y el tiempo *futuro* que implica las consecuencias de ese daño causado. Pero el *tiempo actual* no se puede determinar *a priori* desde el punto de vista del tiempo físico o del tiempo calendario, por ello, desde el punto de vista jurídico, para el cálculo se debe introducir en la ecuación un tiempo de tipo *ideal*, el cual se conforma desde el momento del daño hasta el momento de la decisión en tribunales sobre dicho daño. El tiempo *futuro* es el que sucederá a partir del cierre del litigio, pero en este sentido es preciso anotar que durante el desarrollo temporal entre el primer daño y la decisión judicial, pueden ocurrir otros daños, que se han denominado genéricamente como *daños futuros*. El lucro cesante tiene la cualidad, distinta al daño emergente, de que su naturaleza es hipotética, es decir, se desarrolla sobre las posibles consecuencias al daño patrimonial en el presente, pero este cálculo siempre es relativo, porque no se puede estimar de

manera absoluta el devenir de los sujetos (Misset de Epanés et al., 2015). El Estado (de acuerdo a la lógica dominante actual), no puede conocer las necesidades de los individuos, por lo tanto el papel del Estado es construir las condiciones para que los individuos estén atentos a sí mismos, esto significa que el deber primigenio del aparato público es el mantenimiento de la protección de cierto “orden espontáneo”, porque dicho orden, el cual se propone como un universal, es el que garantiza que la persona pueda tener la libertad de contenerse y desplegarse a sí misma. No se puede conocer ni prever el recorrido futuro y futuro recorrido de los individuos.

En materia de reparaciones dentro del ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se requiere de la demostración de la responsabilidad del Estado en la vulneración para poder desarrollarla; en este sentido, se debe destacar que la reparación se considera un aspecto de derecho internacional, el cual no puede quedar condicionado por el derecho interno de los países. Existe el criterio que estas reparaciones tienen como objeto la disminución de las consecuencias de las vulneraciones, con el fin de que las mismas sean menos *insoportables* –criterio del Juez Cancaso Trindade-. En todo caso, se considera que la Corte Interamericana tiene todo un legado doctrinario en materia de reparaciones (Rojas, 2007).

Las sentencias reparatorias se consideran el mecanismo ideal para el tratamiento de vulneraciones, pues la acción contenciosa no queda solamente en el aspecto moral de una decisión internacional sobre la actuación de un Estado. En todo caso, el procedimiento para el establecimiento de las reparaciones

descansa en las pruebas que se han presentado a lo largo del proceso contencioso, y para la determinación de las mismas, como ya hemos advertido, se ha establecido como referencia, la jurisprudencia en materia arbitral a nivel internacional (Rodríguez, 1996).

No es nuestro interés preguntarnos por qué la Corte Interamericana de Derechos Humanos introdujo en su argumentación el caso “Fábrica de Chorzow” para justificar sus decisiones, preguntarse el ¿por qué? nos llevaría a debatir ciertos orígenes y ciertos fines que escapan a esta investigación; sin embargo, nos interesa la significación que se produce a través de este fenómeno, por eso nos preguntamos por el ¿cómo?. El caso Chorzow consistió en un litigio en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional definió la responsabilidad de los Estados por el no cumplimiento de obligaciones, esta decisión data del 13 de septiembre de 1928. En la misma se establece que todo Estado debe cubrir las consecuencias cuando se produce la “violación de un compromiso”; en concreto, que el Estado tiene obligaciones de reparar. Hasta este punto, el caso Chorzow no representa mayores inconvenientes en materia de derechos humanos, lo interesante es que esta fue una demanda promovida por el gobierno alemán contra el gobierno polaco, por el usufructo que hizo el gobierno de Polonia de dos empresas de origen germano.

La Corte Permanente de Justicia Internacional debía establecer la responsabilidad y el mecanismo de reparación del daño, el cual consistía básicamente en el cálculo del monto para la reparación. Aquella Corte estableció que la obligación de reparar es inherente a la violación de derechos. De esta

manera se establece lo que se conoce posteriormente como el “*estándar de Chorzow*”, el cual significa que los Estados deben: “... hasta donde sea posible, limpiar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, según toda probabilidad habría existido si el acto no se hubiera cometido...”. Siendo que se consideró el siguiente criterio para la definición del modo de reparación:

Restitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie; otorgamiento, de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al Derecho Internacional (CPJI, 13/09/1928. Serie No. 17, párr. 37)

A través del *estándar de Chorzow* se introducen dos elementos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que son necesarios debatir. El primero, que la demanda utilizada como precedente no es una demanda propia de violaciones de derechos a personas, sino a otras áreas del derecho, más relacionado con empresas; además, y como consecuencia de lo anterior, que la reparación del daño causado solamente era posible a través del cálculo monetario, porque en el régimen mercantil no se admite otro lenguaje que no sea el del dinero. La Corte Interamericana al tomar como punto de partida a Chorzow, debió determinar la forma de las reparaciones e indemnizaciones que dieran lugar por la responsabilidad de los Estados latinoamericanos en materia de violación de derechos humanos. Para ello, la Corte introdujo la figura de *daño emergente* y la figura de *lucro cesante*.

Hasta aquí podemos hablar de unos criterios formales para establecer la manera como los Estados deben hacer *algo* por las vulneraciones de derechos cometidas; sin embargo, mucho de lo que se dice en las sentencias y lo que se dice sobre las sentencias es una constante de tautologías que están más cercanas a la apología que al análisis de las dinámicas contenciosas de la Corte. Nosotros, sin desmeritar lo que significan las sentencias que hemos trabajado, pues las mismas han significado posicionamientos sobre personas convertidas en víctimas a través de acciones criminales por parte de quienes les deben proteger, vamos a dar un giro a lo que significa la manera como se han desarrollado las reparaciones ¿Cuál es la cualidad de las sentencias que las convierte en monumentos?

IV

El gran peso que en las sentencias se le da a la reparación en forma pecuniaria, representa la intervención del pensamiento neoliberal en la construcción de los textos que se producen en el seno de la Corte Interamericana. Pero cuando hablamos de dinero, no se puede obviar que este está contenido de la relación entre costo y beneficio, por lo tanto, esta relación costo-beneficio, también entra como significado en las sentencias.

Los cálculos del costo emergente y del lucro cesante vienen a representar que las vulneraciones de derechos tienen un costo para el Estado, pues debe *pagar* por haber trasgredido las normas que protegen a los ciudadanos, y ese costo le provee del beneficio de quedar como responsable ante la comunidad

internacional, porque se ha hecho responsable de lo cometido, porque recordemos, son sentencias que se escriben en clave de compensación, pero no en clave de condena. Para las personas, el costo es la violación y las consecuencias de la misma, pero este costo tiene un beneficio, el cual es poder litigar en una relación directa con los Estados, en su mismo nivel; litigio que eventualmente le provee de “uno de los mayores instrumentos de libertad que jamás haya inventado el hombre”, de acuerdo con la caracterización que Von Hayek hace del dinero. Se establecen conexiones por medio del cálculo matemático del dinero entre ámbitos que han sido desconectados a través de las violaciones de derechos humanos: los derechos de las personas y las responsabilidades de los Estados.

El problema de darle tanto peso a lo pecuniario es que se vincula la situación antes de la vulneración y la situación luego de la decisión del tribunal, y el elemento a través del cual se pretende construir identidad entre ambas situaciones es el monto calculado. Por lo tanto, el dinero termina configurándose como un reflejo de lo que es justo, y se refleja como justo, porque es el instrumento básico de un tipo de sujeto, el sujeto *empresario*; de esta forma, cuando a través de la Corte se equipara el sujeto vulnerado con el Estado, tratándolos como individuos similares, cada uno de estos individuos debe invertir para poder obtener una ganancia final, como lo hacen los empresarios. Ser y tener se relacionan de manera unívoca y subordinada la primera con la segunda, porque solamente se es cuando se puede tener o a través del tener; el que tiene es y ha triunfado porque el dinero se proyecta como un objeto material empírico que

demuestra dicho triunfo. En las sentencias, a través del dinero, las personas vulneradas hipotéticamente vuelven a su “dignidad esencial”; pero esto no es más que una proyección que se hace desde las sentencias hacia la sociedad, en este sentido, no se trata solamente de la proyección de la norma sobre la sociedad, sino del sentido ideológico que priva en las normas y en su interpretación.

Sobre este aspecto hay un elemento de suma importancia, la definición de vulneración no apunta a los perjuicios que el Estado puede causar a los individuos o a la sociedad, sino que la acción *ilícita* radica en algo que puede poner en riesgo a los Estados, es decir, lo que se discute no es una vulneración como tal a una persona, sino una vulneración a un documento legal, vulneración que eventualmente puede poner en riesgo (simbólico, porque la Corte no tiene fuerza) a los Estados. Esto se refleja en el interés de la Corte en que el Estado asuma la responsabilidad de lo sucedido, pero esta responsabilidad no se centra realmente en las condiciones de la víctima, sino en el cumplimiento de los pactos internacionales. Este es un aspecto central en cómo se comprende lo ilícito desde el neoliberalismo. Pero además de ello, hay un gran esfuerzo por determinar que lo injusto es un tipo de acción que solamente es de carácter individual, por ello la necesidad de tratar al Estado como un individuo; de esta manera se impone el criterio de que no puede existir un sistema injusto, porque la injusticia solamente puede ser llevada adelante por individuos. Entre Estados y personas se establece una competencia, propia de la dinámica del mercado en términos neoliberales, en la cual, quien logra tener mayores facultades para competir, puede detentar criterios de veracidad. De esta manera, litigar ante los Estados se convierte en una

tarea titánica, por la imposición de la idea de que Estados y personas son individuos con las facultades ideales similares.

La Corte Interamericana, como un elemento más dentro del sistema del derecho público internacional necesitaba tener precedentes para la construcción de sus sentencias, pero también podía -como en algunos casos lo ha hecho-, innovar en la construcción de su jurisprudencia; sin embargo, apeló de manera directa, unilineal y unívoca al estándar de Chorzow; y como lo hemos observado teóricamente más arriba, cuando se trae un elemento de un sistema semiótico, para ponerlo en otro, no se trae solamente dicho elemento sino también su sistema, por lo tanto, cuando se introduce en una sentencia, la manera como se le repara el daño a una empresa, también se trae toda la concepción y sistema de *empresa* en el sistema de los derechos humanos. Esto se puede observar claramente cuando la Corte se esfuerza en que quede reflejado en las sentencias cómo se repartirá el dinero entre los beneficiarios, el cual se realiza en porcentajes, de la misma forma como se distribuyen las acciones en una entidad empresarial. Las familias, principales beneficiarias de este procedimiento se construyen como entidades empresariales en donde los miembros tienen un porcentaje determinado. Es imposible la visión de familia como colectivo, como una entidad *pública* para los miembros de dicha familia. La información que suministran las sentencias es que las reparaciones deben ser de carácter individual, porque el derecho civil no tiene como demostrar las relaciones de carácter colectivo, comunitario, social o cultural; y por lo tanto, no puede relacionar las vulneraciones de derechos sobre el individuo y las conexiones orgánicas de

ese individuo con el mundo social. Porque el dinero se impone, la lógica de que el individuo existe previamente a lo social, y se relaciona en esta esfera a través de intercambios monetarios.

El individuo en las sentencias es tratado como un sujeto inmanente, al establecer que son estos los que tienen acceso al sistema, por lo tanto se les aísla de sus conexiones sociales; esto se refleja en la manera como se construyen las reparaciones, en las cuales se hace un tratamiento del individuo, y la reparación del daño al entorno de la víctima se piensa solamente en función de las relaciones de inmanencia biológicas entre este y sus familiares directos, de acuerdo a la noción occidental de familia que se construyen a través del derecho individual. Cuando se realiza la base para el cálculo del lucro cesante, y se toma en cuenta el sueldo de la víctima para el momento de la muerte -por ejemplo- no se toma en cuenta que ese sueldo que se construye como un elemento objetivo, podría haber estado contenido también de vulneraciones; esto obedece a que la vulneración se considera también como un aspecto inmanente, que está aislado de otras vulneraciones que se producen en la sociedad a la que pertenecía la víctima: la inmanencia significa que la vulneración también se constituye por sí misma, sin relación con el resto de las condiciones sociales de producción de dicha vulneración. Pero si bien, lo anterior está presente, también se puede leer que hay violaciones de derechos que corresponde a problemas sistémicos, es decir, que van mucho más allá de la violación en concreto, sino que obedece a políticas que se fomentan desde el Estado; pero la existencia de una violación no es suficiente

prueba de que obedece a esa vulneración sistémica. Este es un tipo de contradicción privativa presente en las sentencias.

En este aspecto, es necesario hacer referencia al caso de la violación al derecho a la vida en contra de miembros del pueblo saramaka por parte de Surinam; en este caso es importante señalar que como Surinam no había firmado el Convenio 169 de la OIT (único documento en materia indígena vigente en el derecho internacional para el momento de la sentencia), entonces no se podía reconocer jurídicamente la diversidad cultural de dicho pueblo con respecto al Estado de Suriname, un ejemplo concreto de que a través de estas instancias internacionales no se busca la protección de las personas en sí, sino la protección de aquello que está reflejado en los documentos, y por lo tanto, los documentos. Pero además de ello, el caso también nos sirve para escribir sobre el tema de las reparaciones en el sentido en que lo hemos estado haciendo.

En primer lugar, para poder establecer el monto de las reparaciones a los indígenas no se les trató como indígenas sino como albañiles, es decir, tuvo que buscársele una figura a través de la cual se le pudiera dar tratamiento para el cálculo del lucro cesante; de acuerdo con Hayek, la relación de trabajo no tiene que ver con la transformación de la naturaleza sino que la relación de dependencia con otro para la ejecución de unas actividades, noción que está definitivamente presente en la conmutación de indígena por albañil, porque para poder ver al indígena como productivo (que no significa asociado a un proceso de producción) hay que trasladarlo al régimen laboral. Pero además de ello, las reparaciones en términos genéricos, significan que los montos indicaban las

prestaciones que dejaron de percibir los familiares de víctimas fallecidas, sin embargo en el caso de los saramakas, no existía registro civil porque el Estado no había *prestado* este *servicio* a dicha población, lo que complicaba determinar quiénes eran efectivamente los familiares directos. La Corte no pudo comprender que la estructura familiar saramaka difiere con la estructura familiar indicada en el derecho civil occidental, por lo tanto, en este caso, se tuvo que forzar los límites de la familia saramaka para poder determinar las reparaciones, se les impuso la visión familia-empresa sobre la que estamos debatiendo.

V

En las sentencias se puede observar la utilización particular de un código, en el cual asertividad y directividad se construyen para producir el efecto de que dichos textos están contenidos únicamente de la lógica del derecho pero vemos que esto no es así. Las argumentaciones se presentan como un proceso lógico-formal puro, pero realmente es una especie de presión que se realiza sobre una serie de aspectos metajurídicos que se introducen en las sentencias presentándose como inmanentes de las mismas. El significado original es transmutado y sobre este se monta otro que no es directo, que es más de carácter polivalente pero su *performance* es de univocidad. Esto sucede de la siguiente manera:

1.- Se concibe en las sentencias, interpretando y aplicando la Convención, que el objeto en las mismas es la protección de los derechos que se consagran en dicho tratado; porque es un principio de derecho internacional la protección de los derechos de las personas, pero a la vez, esto también es norma.

2.- Se concibe que el deber de los Estados cuando se determina su responsabilidad sobre la vulneración de derechos, es restituir los derechos vulnerados; esto también por principio de derecho internacional y por la norma convencional.

3.- Se concibe que la manera más óptima de realizar dicha restitución es a través de la aplicación de un principio que ha regido en jurisprudencias internacionales, y se aplica el propio artículo de la Convención que habla de pagos monetarios como forma de reparación.

4.- se concibe que es necesario hacer seguimiento a la manera como se desarrollan dichas medidas pecuniarias, lo que implica un gran esfuerzo de la Corte en inversión de tiempo para su función supervisora en la materia.

Las sentencias pasan por un proceso en el cual se afirma que los Estados no han cumplido con las obligaciones que impone la Convención, y sobre ello, afirmó que esto no trata de un acto de ligereza, porque afirmar que un Estado ha vulnerado derechos debe ser respaldado por elementos que lo puedan demostrar pertinentemente; a pero además afirma la Corte, que los recursos (como ya lo hemos advertido), además de ser adecuados, también tienen que ser efectivos, pues recurso sin efectividad es mera formalidad, y la formalidad puede ser entendida como incumplimiento de la Convención. En un sentido directivo, las sentencias indican que la Corte debe dotar a individuos y Estados de seguridad jurídica.

La responsabilidad estatal cuando se ha vulnerado derechos humanos, se define por medio de la reparación del daño causado, esta es la enunciación

asertiva en las sentencias. Los Estados deben honrar la reparación a través de una acción de tipo pecuniaria, esta es la enunciación directiva. Se dice que las vulneraciones tienen que ser reparadas, y se hace que las reparaciones sean con dinero. Este proceso que se presenta como una justificación, es decir como un proceso de construcción objetivo de la ciencia jurídica, realmente consiste en un fenómeno del cual, por medio de los argumentos que se presentan en las sentencias, se intenta filtrar por *cribado* unas interpretaciones que están marcadas un tanto por la ciencia jurídica, pero otro tanto por ideología. Lo ideológico se despliega así: la selección y el peso que se le da a lo pecuniario constituyen un proceso de valoración que se determina en la formación de los jueces, se presenta como la única dirección posible a tomar, porque es una realidad objetiva del derecho internacional, obviando otras formas de restitución o disminuyéndolas. Al respecto, podemos observar en la solicitud que realizó la cónyuge de Manfredo Velásquez, sobre cómo debería ser la reparación del daño por la desaparición forzada de este por parte de Honduras:

- 1) El cese definitivo de las desapariciones forzadas en Honduras.
- 2) La realización de una investigación sobre cada uno de los 150 casos.
- 3) El otorgamiento público de un informe oficial, completo y veraz, sobre la situación y destino de todos los desaparecidos.
- 4) La ejecución de un juicio contra los responsables de llevar a cabo esta práctica y el correspondiente castigo.
- 5) Un compromiso público y oficial de que se respetarán los derechos humanos, particularmente el respeto a la vida, la libertad y la integridad personal.
- 6) Un reconocimiento público y oficial para honrar y dignificar la memoria de los desaparecidos. Una calle, un parque, una escuela, un colegio, un hospital podrían llevar el nombre de las víctimas de la desaparición.
- 7) La desmovilización y desintegración de los cuerpos represivos que fueron especialmente creados para secuestrar, torturar, desaparecer y asesinar personas.

- 8) Garantías de respeto a la labor de los organismos humanitarios y de familiares y reconocimiento público a la útil función social que cumplen.
- 9) Cese de todas las formas de agresión y presiones, abiertas o solapadas, ejercidas contra las familias de los desaparecidos y reconocimiento público de su honorabilidad.
- 10) La creación de un fondo para la educación primaria, secundaria y universitaria de los hijos de los desaparecidos.
- 11) La garantía de un empleo para los hijos de los desaparecidos, que están en edad de trabajar.
- 12) La creación de un fondo de pensiones para los padres de los desaparecidos. (CIDH, 21/07/1989. Serie C No. 7, párr. 7)

La interpretación como proceso asociado a la dinámica de las significaciones, está delimitada porque requiere de reconocimientos de otros tanto en su origen como en su destino, por lo tanto, esta delimitación afecta la interpretación en un ámbito fronterizo: al contenerla la produce. De acuerdo con esto, la interpretación está configurada por lo otro que se toma y de donde se toma, pero también lo que va y a donde va. Cuando a través de la justificación se presiona a las interpretaciones para adecuarlas a los criterios de la forma jurídica, esta presión termina siendo incompleta porque la justificación que se construye desde la inmanencia y no desde la transposición; eludiendo necesariamente lo otro, porque la justificación se presenta como si tuviese valor por sí misma. Es por ello que los argumentos son formal y materialmente impuros, porque la justificación no puede presionar completamente a la interpretación. De esta manera, las sentencias son polivalentes, y es en este aspecto donde interviene la ideología, suprimiendo la persuasión e imponiendo la univocidad. Una cara de las sentencias es la responsabilidad por la vulneración y la otra cara la compone la reparación. Pero esta articulación es trastocada en cuanto el sentido es afectado y cuando sobre estos dos se monta la reparación pecuniaria como forma dominante

de reparación. El extracto citado más arriba, es una demostración clara de lo que planteamos, a pesar de todas las solicitudes hechas por la esposa de la víctima, la Comisión dice dijo que a esta señora se debía de pagar la mayor indemnización posible, y la Corte estableció el monto, es decir, el resto de solicitudes sobre justicia, no fueron tomadas en cuenta, quedaron desplazadas en el discurso oficial.

Por lo anterior, la decisión en las sentencias de la Corte Interamericana no se construyen en función de la relación culpable/inocente, sino en la relación responsable/no responsable. Es necesario preguntarse si la responsabilidad, en términos monetarios cubre todo el umbral de dicha responsabilidad. ¿El sentido de la vulneración/reparación pecuniaria también es la protección?

En la interpretación interviene la comprensión que depende de la formación de cada uno de los jueces que conforman la Corte, y por supuesto de sus asistentes o secretarios, aunque estos siempre están invisibilizados como sujetos en las sentencias, aunque están presentes en sus palabras. Pero interviene la propia interpretación que es la relación que establece el sujeto con la tradición, su reconocimiento; en este aspecto es muy claro que la tradición que se reconoce es la que viene por la lógica empresarial y de la competencia. De esto, el resultado es que la interpretación como producto pasa por la justificación, que la presiona, pero sin alterarla y así llega como criterio de justicia por medio de las argumentaciones. Aquí entra una valoración que se genera por el dinero, hacia el dinero y desde el dinero; pero se asume en las sentencias como un aspecto racional, vacío de valoraciones.

En el proceso de ponderación entre normas y principios intervienen aspectos metajurídicos que afectan la decisión, pero no son observables de forma directa, y son los que posibilitan la configuración de las sentencias de esta manera determinada, es el código que está operando. La forma que se presenta es de carácter jurídico-inmanente, es decir, que la misma tiene valor por sí misma, porque es autosuficiente para llegar a lo *justo*, por estar supuestamente descontaminada de impurezas, esta forma va acompañada de una sustancia también hipotéticamente incólume, la cual es la *protección de los derechos*. Pero esta forma y sustancia es solamente un nivel de producción, porque las condiciones de producción de las sentencias se encuentran ubicadas en otro plano, con otra forma y otra sustancia. Dicha forma condicionante corresponde a la ideología jurídica que indica que los conflictos en materia de derechos humanos se pueden resolver procedimentalmente a través de tribunales, esta forma es la que condiciona que la relación Estado-víctima se pueda entender como una relación horizontal, como dos tipos de individuos. Por su parte, la sustancia está referida a la manera como se puede intercambiar la situación de vulneración por la situación de satisfacción, cuando se establece que ambas se pueden conectar de manera homogénea a través de la reparación monetaria. El *nexo de valor* en las sentencias que se han trabajado, es decir, la relación entre lo que dicen las sentencias y como se dice, es que a la justicia se puede llegar por medio de la satisfacción económica. Este es el valor que los sujetos jueces le dan a lo que construyen en sus textos: sentencias en las cuales hablan por otros. Los autores de estos textos dicen que se están haciendo justicia, el discurso dice que se hace justicia a través del intercambio de vulneraciones por dinero.

Tenemos un poder institucional que habla de justicia cuando se han vulnerado derechos humanos; una disciplina que habla sobre la manera en que se construye dicha justicia, esto es el derecho público internacional; y las sentencias como un acto de habla en particular, en el cual se despliegan las dos anteriores. Pero el punto es que los dos primeros actos de habla se presentan como procesos racionales sin influencias externas, y se concibe que el significado de justicia en materia de derechos humanos, se produce a través de la significación entre la vulneración en contra de la “dignidad esencial” y la restitución de dicha dignidad a través del cálculo del lucro cesante, del daño emergente y de la reparación del daño moral también por vía pecuniaria; este proceso se impone unívocamente como el significado ulterior de la defensa y protección de los derechos humanos. En concreto, la simbolización en esto que intentamos exponer es que puede haber un precio para la dignidad, y esta es la manera como se conecta los objetos y sujetos que conforman las sentencias con la realidad, es decir, el sentido de las mismas.

Se presenta el código propio de la labor judicial, es decir, que las sentencias deben estar organizadas en interpretaciones, justificaciones, argumentaciones y decisiones; y de esta forma, las mismas cumplen con el sintagma que les permite ser tales. Sin embargo, en dicha organización sintagmática interviene ese otro código que estamos analizando, el cual presenta a estos cuatro componentes de manera tal que las interpretaciones corresponden al propio derecho y no a otros ámbitos, y que por lo tanto las justificaciones que se realizan son silogismos formales que permiten acercarse a la razón; y los argumentos están cargados solamente de racionalidad; de esta manera las

conclusiones y decisiones son contenidos de razón pura. Ahora bien, como ya lo hemos advertido, en la interpretación no pesa solamente la forma jurídica, sino la formación genérica y particularizada de los jueces y el propio discurso institucional, por lo tanto, cuando a través de la justificación se intenta hacer limpieza de las valoraciones metajurídicas de los jueces, esto no se logra hacer, porque esto eliminaría a los sujetos que producen dichos escritos, de esta forma, esa impureza –necesariamente- sigue estando presente.

Cuando se introduce el *estándar de Chorzow* como criterio fundamental a ser interpretado para la determinación de las reparaciones, se introduce un elemento que domina internacionalmente la relación entre empresas y Estados, pero esta dominación no se produce solamente en el momento de la sentencia, ya en la propia conformación de la Convención, este criterio se impone, al estimarse que los Estados deben reparar el daño pecuniariamente. Cualquier lectura apresurada de lo que estamos escribiendo, nos refutaría que lo monetario no es lo único a lo cual se hace referencia en la Convención y en las sentencias, y nosotros estamos de acuerdo con esa afirmación; la presencia de otros elementos lejos de contrariar nuestras afirmaciones, las ratifican: a pesar de la existencia de otras formas de reparación en la norma y en sus interpretaciones, el peso que se le da a lo pecuniario es de tal manera, que las otras formas quedan totalmente disminuidas como posibilidad de restitución.

El dinero obliga a que se intercambie en un tribunal la vulneración de derechos humanos, por una restitución a partir de unos cálculos de tipo matemático en los cuales, las fórmulas están realizadas para que en las ecuaciones solamente entre un tipo de sujeto y de contexto. De esta manera, el

factor dinero establece un tipo de relación sintagmática de implantación en la cual se obliga a las sentencias a comportarse en función de aquel, pero desde las sentencias no se obliga al dinero a comportarse de una manera determinada, porque como lo hemos advertido ya, el dinero se comprende como un fetiche que está más allá de las valoraciones humanas, es él quien valora. Paradigmáticamente la restitución en su dimensión monetaria se comporta restrictivamente, es ella o no es nada: se puede observar que en las sentencias cuando se establecía la responsabilidad del Estado, siempre se habló de la reparación en términos monetarios, incluso en una reparación de tipo nominal; las otras formas de reparación aparecían como secundarias; en ninguna sentencia se impuso como principal otra forma de reparación. Esto es porque con el cálculo monetario se establecen relaciones de restricción para otros procesos. Se delimita el espacio de la reparación para el cálculo monetario y se equipara a través de aquellos, dos aspectos incompatibles: que a través del Estado provenga la vulneración y la restitución, esta *delimitación* y *difracción* nos habla de la *formación discursiva* que permite la configuración de las sentencias de la manera en que se hace.

De acuerdo con el desarrollo que hemos llevado, podemos afirmar que la manera en la cual se despliega este fenómeno que estamos describiendo, corresponde a mecanismos de tipo ideológicos, que se presentan a través de la reparación pecuniaria unívoca y no persuasiva; pero también porque el sentido deóntico y el sentido ideológico se presentan de manera simultánea sin diferenciación entre ambos. En la ideología neoliberal, los temas básicos presentes, es que los individuos constituyen el único ente orgánico (individuos

empresas e individuos estados), es decir, el único elemento realmente objetivo; estos individuos se relacionan entre sí por medio de la competencia; y el mecanismo para la competencia pero a la vez resultado de ella es el dinero. Estos temas están presentes en las sentencias, como lo hemos venido advirtiendo, por ello podemos decir que en la construcción de las sentencias el pensamiento neoliberal ha estado presente.

El problema que hemos encontrado es que a través de la presencia del cálculo monetario en las sentencias, como *marca connotativa*, se connota todo el proceso de construcción de significaciones y lo que en un primer nivel denotado significa justicia para personas víctimas de vulneraciones de derechos humanos, en un segundo nivel connotado, que domina y se presenta como el primero, se impone que la manera de construir justicia es a través del pago, como si fuera la única forma posible, y la única realmente importante. De esta manera, las sentencias son un registro de vulneraciones de derechos humanos sin lugar a dudas, de personas que han hecho esfuerzos casi que sobrehumanos para poder llevar a los Estados al banquillo de los acusados (mejor dicho, de los responsables), pero también es un registro de cómo el pensamiento neoliberal domina todas las producciones de sentido: los jueces de la Corte tomaron como referente para establecer el resarcimiento un antecedente de tipo mercantil, y lo impusieron como el criterio más óptimo, y más obligatorio en su cumplimiento.

¿Cómo es posible pensar que el neoliberalismo, que domina en los escenarios nacionales e internacionales, en tribunales nacionales e internacionales, no va introducirse en una Corte como la Interamericana? ¿Cuál es la pertinencia de que se comprenda las reparaciones hegemónicamente como

reparaciones monetarias? ¿Cuál es la pertinencia del análisis que intentamos hacer?

Con nuestro análisis no pretendemos evaluar con criterios de veracidad las sentencias de la Corte Interamericana, para nosotros no se trata de decir si es más verdadera o más falsa una determinada restitución de derechos, nos inclinamos es a comprender lo que significa la manera en la cual la Corte Interamericana ha elaborado sus sentencias; lo que significa para nosotros, conocer lo que se *hace* con los derechos más allá de lo que se dice de los mismos, porque la enunciación más que decir, es hacer. Las razones de las sentencias están justificadas, de acuerdo a los procedimientos que se han establecido para ello, lo que nos interesa manifestar es que a las conclusiones que se han llegado en los textos que analizamos se ha reducido el análisis de las distintas posibles soluciones a los conflictos que se han planteado. Pero esto nos lleva a preguntarnos si la técnica para disminuir la arbitrariedad, no ha posibilitado la introducción del neoliberalismo de forma arbitraria, porque la construcción de los preceptos ha estado marcada por la forma como se entienden los derechos en el neoliberalismo. No se trata de lograr una exhaustividad en la posibilidad de corrección de las sentencias, porque no versa sobre la posibilidad de corrección material o formal de las mismas; porque las sentencias dan cumplimiento a la Convención y logra criterios axiológicos de acuerdo al sistema al cual pertenece; sino se tratar de un aspecto anterior, de la concepción de los derechos humanos que se impone, la cual no proviene de los derechos que se reconocen en las legislaciones, sino en la concepción de derechos y de humanos que está en el

modelo hegemónico. Es un código de tipo binario que subyace a la construcción empírica de las argumentaciones.

Hemos visto aparecer otro relato en las sentencias de la Corte Interamericana distinto al que se construye generalmente sobre las mismas. Como hemos visto en el capítulo correspondiente, cuando comprendemos las sentencias más allá de la linealidad cronológica del día, el mes y el año que han sido emitidas, sino que construimos a partir de las sentencias otras cronologías, nos damos cuenta que dicha linealidad corresponde a una construcción que habla de los tiempos y ritmos de las instituciones, pero no de los fenómenos sociales. Entonces podemos observar en esta otra cronología que hemos construido, que la historia de los derechos humanos en América Latina no es tan lineal como ha sido planteada por las instituciones, más bien, si nos percatamos de los momentos, la cronología parece ser más bien una serie de sucesos dispuestos de manera yuxtapuesta, y en otros casos, solapamiento de unos sobre otros. Como los acontecimientos repetitivos corresponden a series que están presentes en la organización de hechos históricos, y los mismos son el reflejo de lo fundamental de la organización de la vida humana, podemos decir que la repetición en las sentencias de la configuración binaria de vulneración/reparación pecuniaria, y además, el peso que la Corte le da a la reparación pecuniaria, en la consecución de sentencias sobre el cumplimiento de las reparaciones, en las que la Corte hace seguimiento a que los Estados cumpla con los pagos. Estos dos aspectos son constitutivos del período que estamos evaluando.

No nos ha interesado oponer la regularidad que hemos encontrado con otras regularidades, como para demostrar la eficacia de la significación

fundamental en las sentencias con otras significaciones, por ejemplo, no nos ha interesado desarrollar toda una teoría de la reparación psicosocial o de la psicología de la liberación, o de la reparación autocompositiva, para compararla con la reparación pecuniaria a efectos de decir cuál es mejor o peor. Nuestro objeto ha sido analizar las sentencias desde una perspectiva crítica, pero atendiendo a la descripción del objeto, sin intentar colocar otras alternativas que nos permita establecer valoraciones. En principio, porque un determinado problema social puede tener distintas soluciones de tipo jurídica, y en este sentido, si consideramos que una característica de la significación de las sentencias es que se presenta la reparación pecuniaria de manera unívoca, no nos interesa decir que cualquier otro tipo de reparación es mejor, porque sería otra univocidad. No se trata de sustituir una reparación por otra, sino de contraponer regularidades, porque dichas regularidades corresponden a discursos que son anteriores a las sentencias como texto. No es más que la comprensión de las condiciones de desarrollo del neoliberalismo desde una instancia internacional, en donde las instituciones, el mercado y las personas son articuladas para imponer sobre los sujetos y la sociedad la competencia.

La Corte, en la aplicación de sus procedimientos formales-abstractos, ha respetado y permitido el orden espontáneo que ha sido definido desde el neoliberalismo como el *espacio* de gestación y garantía de los derechos. Cuando hacemos referencia a lo formal-abstracto, tenemos conciencia de que en las mismas sentencias se ha establecido que “la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”. Pero si podemos decir que

la presencia de la reparación pecuniaria se comporta como una *tensión de más fuerza*, porque no permite la comunicación con otras formas de reparación, esto claramente se ve cuando la viuda de Manfredo Velásquez solicitó otro tipo de reparaciones y la Corte respondió dictando la sentencia en la cual establece la reparación pecuniaria como la forma ideal de cumplir con el objetivo de la Corte. De esta manera, el derecho no se termina definiendo por razones iuspositivas ni iusnaturales, sino por las elecciones que realizan unas personas que están dentro de una institución, las cuales realizan dichas elecciones de acuerdo a determinados códigos.

Las sentencias se presentan como un saber especializado, pero esta especialización no les libera de la intromisión de aspectos metajurídicos, al contrario, la pretendida especialización es lo que permite que figuras no jurídicas se introduzcan en las sentencias, configurando el sentido de las mismas y el de los derechos. La manera como está articulada la vulneración y la reparación del daño en las sentencias obedece a un código fuerte, el cual permite un solo tipo de interpretación: la reparación pecuniaria es la única forma de reparación que se acerca realmente a lo justo. Al plantearse como la única forma hegemónica de reparación, estamos presentes entonces ante ideología y no ante discursos de carácter persuasivos, y como ya lo hemos advertido, este es un discurso que proviene de la formación discursiva neoliberal, en la cual se cierra lo social y existe una ampliación dominante del mercado sobre la sociedad, a través o por medio de la instituciones estatales y metaestatales.

9. Conclusiones

Hemos hecho el esfuerzo de elaborar una arqueología de los derechos humanos en América Latina, para ello no acudimos a baúles escondidos o artefactos olvidados, solamente replanteamos aspectos que ya estaban presentes, nuestra tarea no fue encontrar eslabones perdidos, sino más bien, encontrarnos a nosotros como latinoamericanos en relación a los eslabones que concatenan los derechos humanos en la región. Construimos un modelo de análisis, en el cual las sentencias de los tribunales dejan de ser monumentos y testamentos, para pasar a ser registros, huellas que quedan, en las cuales se expresan procesos de significación, es decir, donde se expresan los modos de articulación de la relación código-uso: la manifestación de marcas subjetivas que evidencian el dominio de los procesos sociohistóricos sobre la actividad judicial. En función de ello, partiendo de la concepción de que la producción de sentido no es un aspecto inmanente a los objetos, sino que es el resultado de la manera como se expresa en dichos objetos determinadas regularidades, o dicho de otra forma, que el sentido corresponde a un sistema de relaciones que permite la creación de determinados objetos, por lo tanto, en los mismos se expresa el orden que les permite emerger. Entendemos que las sentencias no deben leerse de manera aislada a la sociedad en la cual se producen, como si se tratara de entidades estrictamente puras, a las cuales se les puede liberar de los lazos sociales debido a determinadas técnicas, aparentemente seculares, pero que guardan mucha relación con los procedimientos que se establece a lo interno de las religiones para la inserción y desarrollo de prácticas por parte de iniciados.

Reconociendo la historia, vinculamos las sentencias con el contexto global que domina en el período en el cual dichas sentencias fueron elaboradas, al respecto es importante valorar este contexto global, porque evaluamos las sentencias emitidas por una instancia de carácter internacional, espacio propio de los aspectos globales; pero sin que ello signifique que comprendamos que en lo local o nacional no se exprese lo global. Esta vinculación significó entender que los problemas, los motivos del problema, las posibles soluciones, el análisis de las posibilidades y las conclusiones (es decir, lo que hay en las sentencias), no se presentan determinadas exclusivamente por una técnica, sino que la manera como una sociedad está organizada se proyecta en esas pretendidas técnicas dotadoras de pureza, pero que a la vez, la misma estructura social rebasa las técnicas que crea e impone. Cualquier intento o imposición de una mirada aislante, que entienda que la producción de sentido es inmanente, significa que está aislando al objeto –a las sentencias– de la historia que las produjo. Esta manera de entender las sentencias (que hemos sometido a un análisis crítico) es propia del período que se ha denominado como modernidad.

En nuestro modelo, entendimos que las sentencias están constituidas significativamente por dos tipos de enunciaciones, la enunciación asertiva y la enunciación directiva. La primera enunciación se construye con el fin de que el sujeto juez se elabore a sí mismo, como el facultado para producir posteriormente la enunciación directiva, pero en esta construcción del sujeto juez, no solamente se construye él, sino que se edifica el derecho, ya que esto es lo que le permite ser el sujeto que puede tomar decisiones, en palabras de Simón Rodríguez, el

sujeto que puede administrar la justicia. La decisión directiva, es donde el sujeto juez puede proyectar hacia la sociedad y hacia otros funcionarios, la enunciación asertiva de cierta forma es hacia dentro, mientras que la directiva es hacia afuera, aunque en ambos casos, también está presente la bilateralidad y de dialéctica. La enunciación asertiva está compuesta por interpretaciones (asignación de significados a lo jurídico y a los hechos provenientes de la sociedad, de acuerdo a lo jurídico), justificaciones (condensación de las interpretaciones de acuerdo al código jurídico) y las argumentaciones que es la manera formal en la cual se presentan las interpretaciones filtradas por la justificación. La enunciación directiva la compone la decisión, que se configura como el desenlace del proceso anterior.

En las sentencias que revisamos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se presenta una interpretación de los derechos humanos, en la cual el problema de las vulneraciones de los mismos no corresponden a aspectos propios de las personas, sino que el tema de los derechos está radicado en la violación –o no– de tratados de carácter internacional, de normas y procedimientos nacionales e internacionales, es decir, cuando los jueces debaten sobre el problema de los derechos humanos en la región, no hablan de lo que ha significado para los seres humanos dicha violación, a pesar de que se nombre y se describa lo sucedido a las víctimas, el modo como se plantean los problemas y sus posibles soluciones, es un modo profundamente enraizado en la discusión sobre qué partes del derecho internacional (como norma y como principio) de los derechos humanos han sido violadas por los Estados. Lo paradójico es que este modo ha funcionado dentro los Estados para perpetuar las vulneraciones de derechos. Es necesario

decir entonces, que una instancia internacional que ha sido creada con el objeto de proteger derechos de las personas ante los Estados, utilizan la misma lógica de los Estados para interpretar derechos, lógica dominada por la centralidad en el derecho positivo, descentralizada de lo humano. Al respecto, sobre el debate entre derecho y globalización, vale la pena advertir que publicitariamente el derecho internacional se plantea muchas veces mejor que el derecho nacional, como lo advertimos en el capítulo donde definimos el neoliberalismo; pero hay otras versiones que opinan que el derecho nacional es la única forma de garantía de derechos. Nosotros podemos decir que ese debate es un tanto superficial, porque como lo vemos, el derecho nacional e internacional presenta el mismo *modo*: la norma como el analogado principal, y los seres humanos pasan a las sombras.

Las vulneraciones de derechos humanos quedan restringidas entonces a problemas de procedimientos, esta es la interpretación que está presente en las sentencias, la cual se presenta filtrada por justificaciones que encontramos cuando en dichos textos se presenta que la premisa mayor es la protección de los derechos humanos, y por lo tanto, se debe llegar a conclusiones en la cual se le garantice a las personas la plena restitución de sus derechos conculcados, violados o restringidos. Es decir, en el proceso de construcción de las sentencias se presenta que el recorrido formal de las mismas, es ir de la premisa mayor “protección de los derechos humanos” a la definición de responsabilidades por las condiciones de los mismos en los países. Sin embargo, en este aparente silogismo, que pareciera tener criterios de racionalidad, a través del mismo se puede apuntar a los aspectos más objetivos con respecto a objeto-valores para el

mantenimiento y reproducción de la vida; entra un aspecto definitivo y definitorio que altera la aparente racionalidad, esto es: cuando se habla de protección de derechos humanos, en un nivel denotado, esta frase está connotada por otra: protección del derecho internacional de los derechos humanos, en un giro semiótico en el cual se plantea que la protección de los derechos en la realidad es homóloga a la protección de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que la protección de dichos instrumentos es directamente proporcional a la condición de los derechos en la vida real.

De esta manera, cuando se lee que los Estados han violado derechos humanos, no se lee que han actuado contra las personas, sino que han cometido actos que van contra la normativa internacional, es decir, los derechos humanos en cuanto normas, queda como un tipo de derecho administrativo que rige el recto comportamiento de los Estados, el resultado de ello es que en última instancia, los derechos humanos quedan relegados a los procedimientos, alejados de criterios éticos, políticos, o de otro tipo sobre la organización de la sociedad. Los Estados no son responsables de las condiciones de las personas, sino del cumplimiento o no de determinadas normativas, de esta manera el delito (lo decimos en un sentido metafórico, porque en las sentencias no se catalogan las violaciones de derechos humanos como delito), no es atentar contra la integridad de las personas, sino contra los tratados internacionales, de tal forma que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, buscaba declarar la responsabilidad de los Estados, no buscaba recomponer la vida de las personas sino el derecho internacional. Para los Estados, actuar ante la Corte no significaba asumir las

responsabilidades en cuanto a las sociedades a las cuales se deben, sino que su objetivo era tratar de *navegar* o contener, en otros casos *saltar* la dinámica del derecho internacional.

Esta conclusión que estamos introduciendo, puede ser refutada entrando en un diálogo con las víctimas que acudieron a la Corte y con las sociedades en donde se produjeron las violaciones de derechos humanos, es decir, si el proceso contencioso en la Corte Interamericana generó transformación en la vida de las personas que pudieron acudir a dicho tribunal, y si los Estados erradicaron sus prácticas de violación de derechos humanos producto de las sentencias de la Corte Interamericana, entonces nuestra conclusión no tiene asidero. Pero, si la conclusión de los procesos contenciosos no derivaron en la transformación de las condiciones de vida de las personas, en un sentido integral (aludiendo a la propia significación que le da la Corte a esta noción), entonces nuestra conclusión adquirirá fuerza, pues efectivamente se podría demostrar que el Sistema Internacional de Derechos Humanos, como mecanismo de Estados, no contemplan realmente a los ciudadanos, lo que vendría a ratificar que la idea promovida por los publicistas del modelo de imposición hegemónica mundial que se ha denominado globalización, de una hipotética ciudadanía global, es solo eso, una idea que habita entre los reflectores. Pero además, que esa otra idea de que lo más óptimo (en un sentido universal) en materia de derechos humanos, es la conformación de organismos internacionales, no redundaría en la garantía y ejercicio pleno de los derechos por parte de las poblaciones.

De esta manera, podemos decir que lo que encontramos en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un *discurso normativo* centrado en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, esto requiere ser explicado con mayor amplitud. Como advertimos, asumimos que el discurso jurídico está compuesto por el discurso del derecho, por el discurso jurídico, por la ideología jurídica y por la ideología en general. Al respecto, el discurso del derecho, que se refiere a lo estrictamente deontológico, es decir al deber ser con respecto al derecho como discurso indicativo que controla, prescribe y proscribire, lo encontramos en todas las formulaciones que se referían fundamentalmente a lo que la Corte, la Comisión y el Estado debían hacer con respecto a los casos, por ejemplo, todo lo relacionado con el desarrollo de los artículos de la Convención en cuanto al cumplimiento de requisitos para admitir las demandas, el funcionamiento de la Corte y su responsabilidad en materia de protección de derechos humanos, las obligaciones de los Estados. El discurso jurídico, lo vemos también dentro de las sentencias, en cuanto que las mismas son sentencias sobre derechos humanos, y los derechos humanos, son un claro ejemplo de discurso jurídico, pues se comporta como un discurso orientado al reconocimiento de facultades, pero que no necesariamente implica una acción coercitiva.

El sentido deóntico del derecho teóricamente está dentro del discurso del derecho, pero realmente es el discurso jurídico el que permite emerger el sentido deóntico, por lo tanto, las sentencias no pueden ser solamente discurso del derecho, porque este sería solo un cumulo de aspectos fosilizados, el discurso

jurídico es el que permite que se produzca la enunciación necesaria para que el primero se dinamice. Por su parte la ideología jurídica, la podemos ubicar a través del sentido ideológico que está en las sentencias, cuando empezamos a reconocer el sentido ideológico es cuando trazamos la ruta para conocer realmente lo que se construyó en las sentencias revisadas. Es un deber de los jueces de la Corte amparar a los ciudadanos de los países de la región, porque como ya lo advertimos el Sistema Interamericano no funciona como un sistema penal sino como un sistema de amparo, ese deber es el sentido deontológico, propio del discurso del derecho, el cual emerge gracias al discurso jurídico que indica que es necesario un sistema de amparo interamericano para la protección de los derechos de los ciudadanos, el amparo se orienta principalmente a la restitución de derechos. A partir de aquí el sentido ideológico, propio de determinada ideología jurídica inicia su operación y posibilita que en las sentencias emerja frases como: “la indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo [la restitución de derechos]”.

Cuando desarrollamos el capítulo correspondiente a la metodología para esta arqueología, advertimos que no podíamos quedarnos en las frases por las frases, ni en las palabras por las palabras, porque dicha tarea formal no nos permitiría reconocer las vinculaciones de esas frases y palabras con el contexto sociohistórico con el cual emergen. Por lo tanto, de la frase que traemos es reveladora, porque nos permite describir lo siguiente: cuando en la sentencia se escribe que la manera más “usual” de restituir derechos es por la vía de la indemnización, nos encontramos con un aspecto que no es en estricto un discurso

de derecho, como tampoco un discurso jurídico, en un sentido estricto, pero pasa por aquellos dos. Lo usual, no se refiere a una norma de tipo positivo, a las cuales acude permanente la Corte en sus sentencias, sino que se refiere al derecho consuetudinario, a la costumbre. De esta manera, si es costumbre, entonces está legitimado por la práctica, no por una norma positiva imperante, que determine que el deber ser es indemnizar; recordemos que en las sentencias hay un peso permanente del derecho positivo, sin embargo, en este caso, la costumbre es más fuerte. A través de la frase se producen dos procesos: se establece que en un reconocimiento de la costumbre, se ratifica el pago pecuniario como la manera de restituir derechos, pero a la vez, se informa que la indemnización es la tendencia que domina. Las tendencias que dominan, provienen de elementos que son extrajurídicos, pero esto se invisibiliza y se hace pasar por derecho, o como está escrito en las propias sentencias como “la solución que da el derecho”.

Ya abordamos las consecuencias de que en las Sentencias se establezca el dinero como criterio de equidad, sobre eso no desarrollaremos más aquí, nos interesa en este momento es recoger el debate que hemos desarrollado, exponiendo cómo un elemento extrajurídico penetra en la esfera jurídica y se impone como tal. La ideología jurídica presente en las sentencias nos habla de la siguiente manera: los conflictos de derechos humanos se resuelven en tribunales, los tribunales internacionales son las instancias ideales donde los derechos humanos tienen su reino y dominio, en donde se puede imponer un criterio universal sobre derechos, alejados de las influencias de los Estados y los gobiernos sobre los derechos, sin embargo, a la justicia se llega por medio de una

satisfacción económica, en donde el cálculo monetario funciona como una *marca connotativa*, es la huella, el registro de que en las sentencias se connota la justicia sobre los derechos humanos, lo que en un primer nivel (el nivel denotado) se presenta como protección de derechos humanos, es desplazado el significado originario y sobre este se monta un segundo significado que indica que a la justicia en derechos humanos se llega por medio de la vía pecuniaria; pero este nivel connotado pasa velado y su operación es hegemónica es invisibilizada, porque se presenta a través del nivel denotado, quedando *vacunado* de cualquier proceso de crítica.

El discurso normativo funciona entonces como un mecanismo de formalización de la ideología, la marca connotativa se presenta de manera directa sin posibilidad de mediación, no es que se presente de manera persuasiva como un tipo de posibilidad entre muchas otras posibilidades, sino que se posiciona como unívoca y unilineal, y en este sentido es que es estrictamente ideológica. Esto se ratifica cuando familiares de las víctimas solicitaron otro tipo de reparación, y la Corte no asumió esas otras formas (caso Manfredo Velásquez). Lo normativo se comporta de acuerdo a lo evaluado como un recorte de la ideología en general que domina en este período, es decir, como un recorte específico del neoliberalismo, cuando extrae de lo social los derechos humanos, y a los derechos humanos le extrae la sociedad y lo coloca en el lugar del dinero, el lugar del individuo y en el lugar del sujeto empresario. Las sentencias no son puras, como se les presentan, son totalmente heterogéneas, compuestas de otros mundos, y en particular del mundo que concibe que las necesidades y anhelos de

los individuos no se pueden conocer, porque cada individuo corresponde a un ámbito absoluto de autonomía, por lo tanto, el Estado no debe hacer más que construir las condiciones para que los individuos puedan relacionarse entre sí, en sentido contractual, formando agregados; por lo tanto, el dinero dota de la facultad para que los individuos puedan interactuar y actuar de acuerdo a sus intereses, porque los intereses son el producto de aspecto estrictamente individuales. Es decir, la sociedad como un cuerpo orgánico, con las consecuencias que ello tiene en el desarrollo de los sujetos, es totalmente obviado en lo que ha escrito los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el caso de los indígenas saramakas es paradigmático al respecto, sobre todo porque esta sentencia sienta las bases para futuras interpretaciones en materia de derechos indígenas (Molestina, 1998). En últimas las sentencias también dicen: la única forma de demostrar objetivamente que hubo un daño, es a través de la entrega de dinero por parte del Estado a las víctimas. Lo social no es objetivo.

Esto que hemos descrito es el *modo* neoliberal de derechos humanos, nos atrevemos a dar esa afirmación producto de un análisis que ha tomado en cuenta a las sentencias analizando no lo que dijeron los jueces, sino el tipo de sujeto que se construye en lo que dijeron. Este modo se presenta como un *código fuerte* pues obliga a los interpretantes a una sola interpretación: se acude a la Corte Interamericana con el objeto de que se indemnice monetariamente a las víctimas. La pregunta que queda abierta en este momento es: ¿el sentido de las sentencias hubiese variado si se hubiera incluido otro tipo de reparaciones? Evidentemente que no podemos responder esta interrogante, solamente podemos advertir que

paradigmáticamente, otras reparaciones quedaron fuera del proceso de selección que hicieron los jueces. Las vulneraciones, como hechos externos a las sentencias, que se intenta controlar por medio de las sentencias, se controlan con dinero que proviene aparentemente del interior de las sentencias. Esta es la subjetividad en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que incluyó unas cosas y excluyó otras, que le da mayor significación a la reparación pecuniaria. Cualquier aprendizaje, implica también un tipo de olvido, por ello, el aprendizaje de este tipo de reparación, implica también el olvido de otros tipos de reparaciones.

Iniciamos nuestra investigación debatiendo sobre la polisemia de los derechos humanos como una de sus características básicas. Sobre este punto, una posición con la cual establecimos interacción, advierte que ante la diversidad de significados, es necesario recurrir al discurso especializado, para prevenir la banalización en la fórmula que indique: *todos son derechos humanos*. Ante esta posición nosotros advertimos que la polisemia no es un problema, que al contrario, reivindicamos la diversidad de posiciones, porque dicha diversidad es la que permitiría el despliegue los derechos en su plenitud; lo importante era mirar el punto desde donde se produce la enunciación, desde dónde parte el *sujeto hablante*. Luego del recorrido que hemos tenido, podemos decir que en las sentencias que hemos analizado podemos encontrar la importancia de por qué comprender desde la polisemia y no desde un supuesto discurso especializado. Cuando observamos que las sentencias tienen un lenguaje denotado y connotado, estamos en presencia de distintos tipos de significación, es decir, que las

sentencias en sí contienen varios significados, varias significaciones: se montan unas sobre otras, otras quedan desplazadas, porque su significado original ha sido robado. Pero a esta conclusión hemos podido llegar porque hemos partido del reconocimiento de lo polisémico, si nuestro camino se hubiese sido por el sendero del discurso especializado y del formalismo, hubiésemos repetido la lógica de acudir a las sentencias como testamentos o monumentos, solamente para contemplarlas, sin la posibilidad de la reflexión ética.

Hemos observado cómo se usa una Convención internacional en materia de derechos humanos por parte de un tribunal también internacional, es decir, trascendimos la lógica que se centra en decir *lo que se dice* de los derechos humanos, y contrastamos ese decir con el hacer, el resultado de observar este *hacer* por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya lo hemos explicado, no vamos a redundar. Pero a lo ya expuesto agregaremos algo que está implícito en la discusión realizada: nosotros comprendemos que entre el conflicto y la norma existen distintas relaciones que permiten la reproducción de ambos, no concebimos el conflicto como desviación de la norma, sino como su dimensión bilateral. De esta manera, podemos decir que las vulneraciones de derechos producidas por los Estados en América Latina, la existencia de instancias internacionales en materia de derechos humanos y la promulgación de instrumentos nacionales e internacionales, están todos constituidos por una misma lógica. Los organismos internacionales están diseñados desde o con anuencia de los Estados, por lo tanto, son instancias estatales (o su proyección en el plano internacional), no de las personas; en este sentido, los Estados controlan lo que

pueda resultar del aparente procedimiento técnico que rige el derecho internacional de los derechos humanos, esto es muy significativo para poder entender lo que se hace con los derechos cuando en las sentencias se escribe cosas como la siguiente: “La solución que da el derecho [...] consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida jurídicamente tutelada”. Es decir, los Estados responden en función de lo que se comprometen como figura jurídica, y en función de eso es que funciona el sistema; los derechos humanos de las personas van por otro camino.

Este proceso del derecho internacional de los derechos humanos no solamente se trata de una formalidad institucional, sino que busca y está firmemente orientado a la producción y reproducción de *sujetos normalizados*. Es decir, a través del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, se establece un aparataje internacional de protección de derechos humanos, pero también se informa a la población de la región que es a través de dicho sistema que pueden (más bien deben) resolver los conflictos sociales que se generan, en la traducción jurídica de dichos conflictos en derechos humanos, de esta manera, los sujetos normalizados dejan de ser un riesgo para los poderes estatales, ya que pasan de posibles subversivos a sujetos cooptados por el sistema, obligados a tener que traducir sus vidas a todo el discurso burocrático del derecho de los derechos humanos. Esto también puede significar organización de las bases, pero esto un aspecto mínimo, y en todo caso, es una organización de sujetos normalizados. La norma necesita del reconocimiento social para poder desplegarse, pero este reconocimiento no es un reconocimiento horizontal, sino

que es un posicionamiento vertical, totalmente hegemónico, en la cual la gente queda ajustada a la fuerza.

En el esfuerzo realizado, hemos tratado de construir otra historia de los derechos humanos en América Latina, utilizando como fuente documentos oficiales a través de los cuales se han abordado vulneraciones de derechos humanos en la región. Al respecto, nos interesa dejar como reflexión final es la cronología que reconstruimos, la cual estuvo diseñada de esa forma, precisamente para despertar el interés por comprender los documentos institucionales de otro modo. Cuando acudimos a instancias judiciales y queremos observar el funcionamiento de estas instancias institucionales, podemos observar que las cronologías que se construyen tienen por lo general dos características: a) se establecen las fechas de producción de cada documento, b) se establece una secuencia de las conclusiones a las cuales se llega en cada documento. Nosotros quisimos ir más allá, y nos enfocamos en ver qué podíamos conocer de Latinoamérica a propósito de las sentencias revisadas, de esta manera, interrogamos a estos documentos producidos por un tribunal internacional, para observar cómo se expresaba en ellos el período histórico analizado, y cómo se construía la realidad a través de las sentencias. Ello nos permitió concluir en una cronología en la cual violaciones de derechos y decisiones de la Corte fueron interactuando, generalmente las decisiones de los tribunales y las vulneraciones de derechos van por caminos distintos, lo que hemos logrado elaborar en esta investigación ha sido el resultado de comprender la interacción de historias que aparentemente son distintas.

A partir del trabajo realizado, ya las sentencias no son unidades inmutables del discurso oficial de los derechos humanos, sino que las mismas pueden mutar de acuerdo a la manera como se comprende dichos objetos; pero a la vez, que esta variabilidad en la comprensión no es el resultado de un interés por relativizar las sentencias desde una instancia fuera de las sentencias, sino que es producto de valorar las sentencias de una forma más objetiva, es decir, de observar que en las sentencias se refleja la continuidad y el cambio propio de las dinámicas sociales. Nosotros intentamos hacer una historia desde “abajo” a partir del análisis de unos documentos realizados desde “arriba”, observando “otras pruebas” dentro de documentos oficiales, es decir, nunca dejamos de mirar los mismos documentos que han servido para construir una historia hegemónica de derechos humanos. Todo lo que hemos planteado ha sido el análisis de una institución internacional que se ha planteado como el punto de referencia y como *faro* en materia de derechos humanos para la región, sin embargo, para realizar un análisis realmente integral, es necesario abordar a las personas que han acudido a la Corte Interamericana para plantear vulneraciones de derechos humanos, a fin de conocer sus posiciones sobre esta instancia internacional, luego de eso, si podremos tener una posición más objetiva. Revisamos un período de la Corte, no podemos asumir que lo descrito con respecto a este período, se ha mantenido en el tiempo, también es necesario hacer análisis similares del período siguiente. Si hubiésemos escapado a la tradición académica de ponerle títulos largos y rimbombantes a las investigaciones, tal vez el título de investigación hubiese sido *el mercadeo de derechos*.

10. REFERENCIAS

- Alarcón, A. (2003): Evolución Histórica de la figura del lucro cesante. *Anuario da Facultade de Dereito Da Universidade da Coruña*, (7). Recuperado de: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2240/AD-7-35.pdf?sequence=1>
- Alexy, R. (2010): *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Publicaciones de la Universidad de Buenos Aires.
- Atienza, M. (2001): *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (2003): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2003): *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Balandier, G. (1976): *Antropología política*. Barcelona: Ediciones Península.
- Barthes, R. (1971): *Elementos de semiología*. España: Alberto Corazón.
- Barthes, R.(1990): *La aventura semiológica*. Barcelona: Paidós.
- Bedin, G. (2000): *Los derechos humanos y el neoliberalismo*. Bogotá: Ediciones Magisterio.
- Bertrand, D., Fastier, F., Arrive, M. (1987): *Sentido y significación, análisis semiótico de los conjuntos significantes*. Puebla: Editorial Premiá.
- Bloch, Marc (2010): *Introducción a la historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2006): *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Boron, A. (2004): *Imperio e imperialismo, una lectura crítica de Michael Hart y Antonio Negri*. Buenos Aires: CLACSO.
- Bruckmann, M (2009): *Mi sangre en mis ideas, dialéctica y prensa revolucionaria en José Carlos Mariátegui*, Caracas: Fundación Editorial El Perro y la Rana.
- Callonni, S. y Ego, V: (2004): *Recolonización o independencia*. Buenos Aires: Editorial Norma.
- Casagrande, A. (2011): El discurso jurídico, aportes para un análisis semiótico del derecho. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, (4) p.p. 204-224. La Plata: Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, Universidad Nacional de La Plata.

- Casetti, F. (1980): *Introducción a la semiótica*. Barcelona: Editorial Fontanella.
- Castaingts, J. (2002): *Simbolismos del dinero: antropología y economía, una encrucijada*. México: Anthropos.
- Cenoz, J. (2004): El concepto de competencia comunicativa. En Sánchez Lobato, J. e I. Santos Gargallo. *Vademécum para la formación de profesores. Enseñar español como segunda lengua/lengua extranjera*. Madrid: SGEL.
- Chacón, J. (2015): Antropología e infancia reflexiones sobre los sujetos y objetos. *Cuicuilco*, 22 (64). Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592015000300007
- Chacón, J. (2014): Hacia una arqueología de los derechos humanos I: testamentos y monumentos. *Revista de Derechos Humanos y Estudios sociales*, 7 (11). enero-junio. Recuperado de: <http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%2011/Redhes11-01.pdf>
- Chamorro, G. (2004): *Teología Guaraní*. Quito: Abya-Yala.
- Chenaut, V. y Sierra, M. (2002): Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica, corrientes anglosajonas. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Correas, O. (1993): *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*. México: UNAM.
- Correas, O. (1995): *Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia*. México: UNAM. Recuperado de: www.cecies.org/articulo.asp?id=249
- Correas, O. (2003): *Acerca de los derechos humanos, apuntes para un ensayo*. México: Ediciones Coyoacán.
- Díaz-Polanco, H. (2009): *Elogio de la diversidad, globalización, multiculturalismo y etnofagia*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- Defensoría del Pueblo (2012): *Violación sistemática de los derechos humanos en Venezuela (1958-1998)*. Caracas: Defensoría del Pueblo.
- Dussel (2000): Europa, modernidad y eurocentrismo. En Lander E. (Ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latinoamericanas*. Caracas: UNESCO – UCV.

- Dussel, E. (2007): *Política de la liberación, historia mundial y crítica*. España: Trotta.
- Durán, N. (2001): *Formas de hacer historia, historiografía grecolatina y medieval*. México: Ediciones Navarra.
- Eco, U. (1992): *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Editorial Lumen.
- Eco, U. (2000): *Tratado de semiótica general*. Barcelona, Editorial Lumen.
- Eco, U. (2009): *Cultura y semiótica*. Madrid: Ediciones Pensamiento.
- Fair, H. (2010): Hacia una epistemología del neoliberalismo. *Revista Pensar. Epistemología y Ciencias Sociales*, (5). Recuperado de: <http://revistapensar.org/index.php/pensar/issue/view/5/showToc>
- Fauré, C. (1995): *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fitzpatrick, P. (1998): *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2007): *Nacimiento de la biopolítica, curso en el College de Frande (1978-1979)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2008): *La arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gallardo, H. (2008): *Teoría crítica, matriz y posibilidad de derechos humanos*. San Luis Potosí: Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Garay, Z. (2012): *El Locus del espacio en las representaciones de la realidad*. Buenos Aires: CLACSO.
- García, M. (1996): *Modelo teórico para la identidad cultural*. La Habana: Centro de Investigaciones y Desarrollo de la Cultura Cubana.
- García Máynez, E. (2003): *Positivismo jurídico, sociológico y iusnaturalismo*. México: Fontamara.
- García, R. (2012): Origen y desarrollo de los derechos humanos como derechos fundamentales, universalidad y especificación de los derechos en la sociedad moderna. En, González, E. y Reyes M. (Coord.), *Violencias sistemáticas, los derechos humanos en México, América Latina y El Caribe*. México: Universidad de Guerrero.

- García, S. (Coord.) (2006): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- García, Z. y Jiménez, S. (2004): Generalidad sobre la técnica jurídica para la elaboración de sentencias. *Revista de la Facultad de Derecho*, (241). Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/241/art/art3.pdf>
- Gil, A. (2004): *Problemas en la determinación de los hechos en sede judicial*. *Revista Criterio jurídico*, 1 (1). Recuperado de: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/228/954>
- González, M. (2002): *Semiótica crítica y crítica de la cultura*, Barcelona, Pensamiento Utópico.
- González, N. (2002): *Los derechos humanos en la historia*. México: Alfaomega.
- González, S. (2004): *Código semiótico y teorías del derecho*. México: Fundación Cultural Enrique Luño Peña.
- González, C. (2007): *Cinco ensayos sobre la mediación*. México: UNAM.
- Guastini, R. (1999): *Estudios sobre la interpretación jurídica* [Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell]. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Guillén, M. (2011): La construcción contrahegemónica de los derechos humanos, una aproximación desde Gamsci. En: Guillén, M. (Coord.), *Los derechos humanos desde el enfoque crítico, reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. Caracas: Defensoría del Pueblo.
- Hardtt, M. y Negri, A. (2000): *Imperio* [traducción de Eduardo Sadier]. Massachussets: Harvard, University Press.
- Harvey, David (2008): El neoliberalismo como destrucción creativa. *Apuntes del CENES*, 27 (45) enero-junio. Recuperado de: <http://revistas.uptc.edu.co/index.php/cenes/article/view/3032/2747>
- Hayek, F. (1979): Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Volúmen II, El espejismo de la justicia social. Madrid: Uninón Editorial.
- Hayek, F. (2007): *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial.

- Herrera, J. (2007): *La reinención de los derechos humanos*. Anadalucía: Ediciones Atrapasueños.
- Hunt, L. (2009): *La invención de los derechos humanos*. España: Editorial Tusquets.
- Krotz, E. (2002): Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Landowski, E. (1993): Una aproximación semiótica y narrativa al derecho. Recuperado de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1743/9.pdf>
- Lara, R. (s.f.): *Sobre las estructuras de las sentencias en México: una visión crítica y una propuesta factible*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt4.pdf>
- Lenin, V. (1976): *Textos sobre el imperialismo*. Madrid: Castellote editor.
- Lions, M. (1974): *Veinte años de evolución de los derechos humanos*: México: UNAM.
- Lozano, J. (2009): Prologo. En: Eco, U., *Cultura y semiótica*. Madrid: Ediciones Pensamiento.
- Magariños, J. (2008): *La semiótica de los bordes*. Argentina: Comunicarte. 2008.
- Mead, M. (1977): *Cultura y compromiso, el mensaje de la nueva generación*. Barcelona: Granica Editor.
- Moisset de Espanés, L., Tinti, G. y Calderón, M. (2015): Daño emergente y lucro cesante. *Revista Actualidad Civil Instituto Pacífico*, (12). Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zPo0T525YK8J:www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at_download/file+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ve&client=firefox-b
- Molestina, M. (1998): La sentencia de reparaciones del caso Aloeboetoe y otros: un punto de vista antropológico. En: *Revista IIDH*, 25. Instituto Interamericano de Derechos Huamos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06842-6.pdf>
- Niño, H. (2008): *El etnotexto: las voces del asombro*. Córdoba: Fondo Editorial Casa de las Américas.

- Oraá, J. y Gómez, F. (2002): *La declaración universal de los derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Organización Mundial del Comercio (2010): *Problemas mundiales, soluciones mundiales, hacia una mejor gobernanza mundial*. Suiza: Organización Mundial del Comercio. Recuperado de: http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/public_forum09_s.pdf.
- Pacheco, R. (2012): El capitalismo neoliberal y su sujeto. *Teoría y crítica de la psicología* (2). Recuperado de: <http://www.teocripsi.com/ojs/index.php/TCP/article/view/88/79>
- Pardo, M. (1992): *Derecho y lingüística, cómo se juzga con palabras: análisis lingüístico de sentencias judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Patiño, A. (2006): Fundamentación Jurídica del neoliberalismo en Hayek. *Epíkeia, Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, (2). Recuperado de: http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/02/epikeia02-fundamentacion_neoliberalismo.pdf
- Peces-Barba, G. (2003): Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. En: Peces-Barba, G. et al., *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Peña, G. (2002): Costumbre, ley y procesos judiciales en la Antropología clásica, apuntes introductorios. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Pérez, T. y Lorenzo, V. (1980): Introducción. En: Fancesco Casetti *Introducción a la semiótica*. Barcelona: Editorial Fontanella.
- Petras, J. y Veltmeyer, H (2007): *Juicio a las multinacionales, inversión extranjera e imperialismo*. Buenos Aires: Lumen.
- Piñon, F. (2002): La modernidad de Gramsci del <<Estado jurídico>> a la <<sociedad regulada>> (una reflexión sobre la anatomía del derecho). En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Poulantzas, N. (1980): *Estado, poder y socialismo*. México: Siglo XXI Editores.
- Robertson, G. (2008): *Crímenes contra la humanidad, la lucha por una justicia global*. Madrid, Siglo XXI Editores.

- Rodríguez, S. (2013): *Críticas a la Providencia del gobierno* (Versión facsimilar). México: Grupo de Investigación de Filosofía e Historia de las Ideas: *O inventamos o erramos*.
- Rodríguez, V. (1996): Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, (23) enero-junio. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/8013/7207>
- Rojas, M. (2011): *La razón ético-objetiva y los problemas morales del presente, crítica ético-racional del relativismo moral-cultural*. México: Ediciones Itaca.
- Rojas, J. (2007): La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. *American University International Law Review* 23, (1). Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22050.pdf>
- Rojas, R. (2006): El derecho desde la perspectiva de la escuela austriaca de economía. *I Congreso La Escuela Austriaca de Economía del Siglo XXI*. Recuperado de: <http://www.escuelaaustriaca.org/2006-ponencias.php>
- Rojas, V. (2012): *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*. México: UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3088-la-etica-discursiva-en-las-teorias-del-derecho-de-habermas-y-alexey>
- Rossi-Landi, F. (1972): *Semiótica e ideología*. Italia: Milano Valentino Bompiani.
- Saxe-Fernández, J. (1999): *Globalización e imperialismo*. México, UNAM. 1999
- Saxe-Fernández, J. (2008): *Prefacio*. En: Faux, J. *Guerra global de clases*. México: UACM.
- Schreckenberger, W. (1987): *Semiótica del discurso jurídico, análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania* [traducción de Garzón Valdés, Ernesto]. México: UNAM.
- Silva, F. (2007): *Derechos Humanos, efectos de las sentencias internacionales*. México: Editorial Porrúa.
- Silva, L. (1976): *Anti-manual para uso de marxistas, marxólogos y marxianos*. Caracas: Monte Ávila.
- de Sousa Santos, B. (2002): Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *El otro derecho*, (28). Colombia: ILSA

- de Sousa Santos, B. (2007): Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas. En: de Sousa Santos B. y Rodríguez G. (Eds.) *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. México: Anthropos Editorial, UAM-Cuajimalpa.
- Stavenhagen, R. (2002): Derecho internacional y derechos indígenas. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Suárez, L. (2006): *Un siglo de terror en América Latina*. Ocean Sur.
- Suárez, M. (2002): Michel Foucault y la modernidad. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Suárez, J. (2011): Discusión de la historia en Althusser. En: Adame Miguel (Edit.), *Marxismo, antropología e historia (y filosofía)*. México: Ediciones Navarra.
- Szabo, I. (1984): Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores. En: Vasak, K. (Edit.). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. España: Unesco.
- de la Torre, J. (2006): *El derecho como arma de liberación en América Latina, sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. San Luis Potosí, México: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí.
- Torres, J. (2002): la sociología del derecho de Niklas Luhmann. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Toussaint, E. y Zacharie, A (2005): *Deuda externa, Banco Mundial y FMI. 50 preguntas/50 respuestas*. Quito: Abya-Yala.
- Trujillo, I. (2004): El Poder de la razón jurídica, nota sobre el desarrollo de la hermenéutica jurídica italiana. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (27) pp. 437-453.
- Valera, R. (2002): Naturaleza/cultura, poder/política, autoridad/legalidad/legitimidad. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.

- Vilas, C (2002): Globalización o imperio. *Estudios Latinoamericanos*, VII (14) julio-diciembre.
- Villoro, L. (2002): Multiculturalismo y derecho. En Krotz, E, (Ed.): *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Vargas, I. (1990): *Arqueología, ciencia y sociedad*. Caracas: Editorial Abre Brecha.
- Vergara, J. (2005): La concepción de Hayek de estado de Derecho y la crítica de Hinkelantmer. *Polis, Revista Latinoamericana*, (10). Recuperado de: <https://polis.revues.org/7519>
- Wacquant, L. (2012): Tres pasos hacia una antropología histórica del neoliberalismo real. *Revista Herramientas*, (49). Recuperado de: <http://132.248.9.34/hevila/HerramientaBuenosAires/2012/no49/3.pdf>
- Wacquant, L. (2013): *Marginalidad, etnicidad y penalidad en la ciudad neoliberal: una categoría analítica*. Recuperado de: <http://loicwacquant.net/assets/Papers/Recent-Papers/Wacquant-Marginalidad-2014.pdf>
- Williams, J. (1999): De nuevo en el camino, Hayek y el estado de Derecho. *Papel político* (9-10). Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Zaffaroni, R. (1989): La historia de los derechos humanos en América Latina. En: Olgún, Leticia (Coord.) *Educación y derechos humanos, una discusión interdisciplinaria*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

11. Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (13/11/1981): Caso Gallardo Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares. Serie A, N° G 101/81.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26/06/1987): Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones preliminares. Serie C. N° 1.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26/06/1987): Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Excepciones preliminares. Serie C. N° 2.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26/06/1987): Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones preliminares. Serie C. N° 3.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (29/07/1988): Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Serie C. N° 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (20/01/1989): Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Serie C. N° 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (15/03/1989): Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Serie C. N° 6.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (21/07/1989): Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y costas. Serie C. N° 7.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (21/07/1989): Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y costas. Serie C. N° 8.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (17/08/1990): Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Interpretación de la sentencia de reparaciones y costas. Serie C. N° 9.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (17/08/1990): Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Interpretación de la sentencia de reparaciones y costas. Serie C. N° 10.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (04/12/1991): Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Fondo. Serie C. N° 11.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (04/12/1991): Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Excepciones preliminares. Serie C. N° 12.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (11/12/1991): Caso Neira Alegría Vs. Perú. Excepciones preliminares. Serie C. N° 13.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (03/02/1993): Caso Cayara Vs. Perú. Excepciones preliminares. Serie C. N° 13.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (10/09/1993): Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y costas. Serie C. N° 15.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (21/01/1994): Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. N° 16.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (21/01/1994): Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Excepciones preliminares. Serie C. N° 17.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (18/01/1995): Caso El Amparo Vs. Venezuela. Fondo. Serie C. N° 19.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (19/01/1995): Caso Neira Alegría Vs. Perú. Fondo. Serie C. N° 20.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (27/01/1995): Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones preliminares. Serie C. N° 21.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (08/12/1995): Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Serie C. N° 22.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (14/09/1996): Caso El Amparo Vs. Venezuela. Fondo. Serie C. N° 28.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (19/09/1996): Caso Neira Alegría Vs. Perú. Reparaciones y costas. Serie C. N° 29.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (29/01/1997): Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Serie C. N° 30.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (29/01/1997): Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Serie C. N° 31.