

GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO, FETICHISMO LEGAL EL VELO DE LOS DERECHOS HUMANOS*

GLOBALIZATION OF LAW, LEGAL FETISHISM THE VEIL
OF HUMAN RIGHTS

*Edgar Fabián Garzón Buenaventura***
Universidad Cooperativa de Colombia

RESUMEN

El artículo pretende socorrer en los cauces del derecho internacional público, por medio de una postura crítica la teoría homogenizante del derecho humano y su recepción simétrica con los Tribunales o Cortes Nacionales, fijando o rescatando la progresividad desde lo intraestatal como el valor agregado de la respuesta correcta del derecho.

Palabras clave: Democracia, Globalización del Derecho, Fetichismo, Derechos Humanos Análisis Cultural del Derecho, Circulación Judicial, Margen de Apreciación Nacional.

ABSTRACT

The article tries to help in the riverbeds of the public international law, by means of a position it criticizes the theory to homogenize of the human right and his symmetrical reception with the courts or National Spanish Parliament, fixing or rescuing the progressivity from intraestatal as the value added of the response of the right.

Key words: Democracy, Globalization of the Right, Fetishism, Human Rights Cultural Analysis of the Right, Circulation Judicial, Margin of Appreciation Native.

Fecha de Recepción: Noviembre 3 de 2013

Fecha de Aprobación: Noviembre 28 de 2013

* Artículo de reflexión producto del proyecto de investigación Conadi 2013, Circulación judicial, trasplantes jurídicos: Control de convencionalidad; perteneciente a la línea de tendencias Contemporáneas en derecho procesal del Centro de Investigaciones de la Universidad Cooperativa.

** Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Filósofo de la Universidad Libre de Colombia, Magister en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Buenos Aires- Argentina) Doctorando en Derecho Universidad Libre de Colombia, Coordinador de la línea de tendencias Contemporáneas de derecho procesal de la Universidad Cooperativa de Colombia, profesor universitario Universidad América, Universidad Gran Colombia y Universidad Militar Nueva Granada.

INTRODUCCIÓN

La consolidación del derecho internacional de los derechos humanos a partir de la postguerra de 1945 con la carta de Londres que dio vida al tribunal de Nuremberg se preestablece una idea fuerte que evoca el compromiso nacional de los Estados del orbe mundial; generando un desarrollo en los ordenamientos constitucionales en su parte dogmática como mutaciones del derecho internacional público, forjando la idea perpetua en la imparcialidad y la perpetuidad del desarrollo lo que se encuentra en la esfera de lo foraneo en su legalidad que trae inmerso lo justo; esta presunta racionalidad lleva a desconocer un objeto el cual corresponde el acatamiento social de la norma internacional como su simetría en el precedente siendo que a su vez preexiste una progresividad en augue en el desarrollo cultural y el margen de apreciación nacional.

El problema que motivó la investigación en comentario ¿Es susceptible que el derecho internacional de los derechos humanos fungue como teoría transnacional del derecho que no es acatada por las Cortes Nacionales por el margen de apreciación nacional y el análisis cultural del derecho?

HIPÓTESIS DE TRABAJO

El derecho internacional es hito dentro del fuero de los derechos humanos jugando un papel no solo transversal sino interdisciplinar que permite hondar en la progresividad de las normas aunque su alcance se ve limitado dentro de la soberanía, al atacamiento, recepción y aplicación; jugando un papel dual entre lo foraneo y lo interno; que deben ser una paridad y no una mistura, toda vez que persiste en algunos que son entes autónomos, toda vez que los derechos humanos

son fuentes de control ideológicas y más no respetos de garantías en pro de los individuos o los sujetos.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

El diseño metodológico empleado subyace en una metodología cualitativa con enfoque descriptivo analítico, tomando posturas filosóficas en autores de Alan Watson y Hugo Matei, con un punto de vista deductivo hasta generar reflexiones sistemáticas en el derecho internacional de los derechos humanos.

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

1. DEMOCRACIA

La democracia definida desde una acepción clásica en el mundo griego es *demos* poder y *kratos* pueblo de esto podemos concluir ¿Qué es pueblo? ¿Cómo se ejercer? ¿Ante quien se ejerce? Los Romanos desde su etimología *populus* denotan en una acepción del pueblo amplia que se encuentra en el presupuesto de la ciudadanía¹ aquellos que pueden tomar una decisión en el ágora política; con el transcurso del tiempo en las sociedades libelares y la irradiación del contractualismo clásico; el individuo cualquier sea su estirpe es titular de derechos políticos (elegir, representar, deliberar y decidir) teóricamente que solo se ejercen materialmente en la sociedad hasta el siglo XX². Pese a la necesidad de un ente sociológico como es la nación fue suficiente la participación del poder popular para dar

¹ *Ius civitatis* los ciudadanos (*cive romani*) tenían un derecho público voto activo (*ius suffragi*) pasivo (*ius honorum*) elegir y ser elegido, los esclavos ni las mujeres ni los niños son objetos derechos políticos.

² Entiéndase la liga de los derechos civiles en China en 1932, como el movimiento de los derechos civiles por Martin Luther King en el Boicot de los autobuses de Montgomery de 1955.

como resultado en una sociedad organizada y denominada civilizada “la democracia significaría gobierno del pueblo y supondría una unidad de decisión y de acción” (Gonzales & Quesada, 1992. p. 189). Esto se legitima en primer orden en un ente sistema organizado donde la decisión es igual a un valor cuantitativo (la mayoría como una suma matemática) darán el resultado participativo de reproducción social en el eje que toma una disposición, dando como resultado la estructura gubernamental.

Si esto fuera aseverativo siempre las mayorías en sus contenidos en principio son legítimos sin importar que fueran racionales o justos, así se puede señalar como ejemplo que fue democrático la elección de Fujimori como presidente del Perú y a su vez fue democrático expedir la ley 26. 479 del 14 de Junio de 1995³ que transgrede la nuda vida el derecho del buen vivir, dado que las minorías solo se reconocen como discurso no como actores políticos legitimados. Como afirma Sartori, sólo hay un marco democrático. Otra cosa muy distinta es que existan, dentro de ese marco, distintos modos de entender la democracia: internacional, intercultural, pluralista, la democracia social como aquella que consiste en la igualdad de condiciones, existe un espíritu igualitario que se refleja en la inexistencia de estamentos sociales.

La democracia está contenida de dos especies i) democracia representativa ii) democracia directa.

Al respecto Ugarte (2006) señala que:

³ Entiendase cuyo artículo primero otorgaba una amnistía general a todos aquellos miembros de las fuerzas de seguridad y a todos aquellos civiles que se encontrasen denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por violaciones de derechos humanos cometidas entre mayo de 1980 y el 15 de junio de 1995.

“i) se llama representativa la especie democracia en que los miembros de la colectividad votan para elegir sus representantes que tendrán la tarea de elaborar las decisiones. La democracia representativa, a su vez, presenta varias especies que corresponde (al menos en parte) a las que hoy solemos llamar formas de gobierno, democracia presidencial y democracia parlamentaria ii Se llama directa la especie democracia en los que los miembros de la colectividad votan para decidir” (p. 30).

La democracia tiene como objetivo primordial construir la noción de Estado bajo la forma de gobierno que a la vez los unifica y los engrana en la constitución, por tanto la carta magna tienen unas características propias que categoriza una noción fuerte de derecho con elementos identitarios como; derecho y obligaciones de los ciudadanos, en las diferentes formas Estado (Liberal, Social, monárquica, unitaria, federal), hasta las funciones del poder público (legislativo, ejecutivo, judicial); a pesar de todo esto se da en el mundo occidental⁴ que se ejerce un paradigma concluyente los derechos humanos que refuerzan la idea de la democracia en la (igualdad, dignidad, libertad, justicia y razón) pretendiendo reforzar la idea de hombre ser humano y sociedad.

Camargo (2012) Afirma:

“A partir de la revolución francesa, de 1789, con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, los derechos naturales, inalienables, imprescriptibles y sagrados del hombre, se convierten en el

⁴ Entiéndase desde la carta magna de 1215 (Inglaterra), Declaración de Independencia de Estados Unidos 1776, Declaración de los derechos del Hombre del Ciudadano (1789) la Constitución de Weimar (1919), Constitución de Portugal de (1976), Constitución Española de (1978)

fundamento del derecho, y del Estado que dan vida al Estado de derecho en sus expresiones actuales: el Estado liberal de Derecho, Estado Socialista y Estado Social liberal de Derecho. Estos tipos se rigen por una Constitución política, cuyo objeto es la defensa y protección de los derechos humanos, no pueden realizarse al ideal de ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto de sus derechos civiles y políticos” (p. 39).

La constitución es democrática al permitir la descripción y justificación normativa de los derechos humanos, un hecho simbólico de la postguerra de 1945⁵. Así se puede señalar es democrática una constitución garantista que promueva protección de los derechos humanos. De acuerdo a este significado surgen varios mantos de dudas metódicas ¿Es posible hablar de una idea homogénea de derechos humanos en el orbe mundial? ¿Siendo que el mundo hay diversidad cultural⁶ existe una teodicea de los derechos humanos?

2. GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

En el transcurso de la historia occidental cada Estado- nación regula las normas de producción jurídica, pero se ve que no es suficiente ya que las guerras, la costumbre y las interacciones sociales cambian la forma del derecho como: la consolidación de la organizaciones de las naciones unidas de 1948, la guerra fría, el sistema libre de mercado (tendencia neoliberal); dando como presupuesto factico la globalización “ Giddens define la globalización como la intensificación de relaciones

sociales a nivel mundial que vincula localidades distantes, de tal manera que los acontecimientos locales son modelados por eventos que tienen lugar a muchas millas de distancia y viceversa”, (Soussa Santos, 2002, p. 37); esto no opera solamente el campo económico, político sino también jurídico lo que denomina como teoría transnacionales del derecho. Jhon Austin fue el primero que reflexiono en 1832 *The uses of the study Jurisprudence*.

Twining (2005) declara:

“aunque cada sistema jurídico tiene sus diferencias y características específicas, hay principios, nociones y distenciones comunes a varios sistemas de analogías o similitudes formativas por medio de estos sistemas se acerca[...] muchos de estos principios son comunes a todos los sistemas de los sistemas jurídicos insuficientes y crudos de sociedades primitivas y a los sistemas más prolijos y maduros de sociedades refinadas. Pero los sistemas más maduros de sociedades prolijos y maduros de sociedades refinadas están asociados a través de numerosas analogías que se nutren mutuamente. Por consiguiente, los varios principios comunes a sistemas más maduros (o las varios analogías que se operan entre ellos) son el tópico de una amplia ciencia; ciencia que (para distinguirla del derecho, por un lado, y por el otro, de la ciencia de la legislación) ha sido denominada teoría general del derecho comparada” (p. 12).

Se señala así que el sistema jurídico es funcionalista, un procedimiento perfecto sin vacíos o ambigüedades que se llena con una interpretación extra sistémica de producción normativa y receptores jurídicos.

“La teoría creada en el dialogo entre los sitios de producción puede viajar ilimitadamente explicando los sistemas del resto. El espacio vacío se llena, principalmente de productos

⁵ Entiendase la segunda guerra mundial 1939- 1945, y la cámara de gases de los alemanes Auswitch.

⁶ Entiendase expresiones artísticas, folclóricas, normativas (civil law, common law, derecho teocrático)

abstractos y circulables de teoría transnacional, ahora esterilizados para consumo ius teorico local después de haber abandonado los sitios originales que le dieron vida” (p. 12).

El derecho es complementario, se forja de relaciones mutuas entre sociedad, interpretación judicial, producción normativa, acuerdo económicos que deducen el espíritu del nomos y physis.⁷

La noción de que las respuestas del derecho se encuentran en presupuestos objetivos de materialización de reglas jurídicas o principios dan la validez y la legalidad del orden democrático, así una decisión o la ley es racional cuando corresponde a la democracia y más aún cobra legitimidad cuando implícitamente o explícitamente se dan presupuestos morales como verdad fundamental de un orden social.

La Constitución Española preambulo (1978) 29 de Diciembre de 1978 que sostiene.

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

⁷ Entiéndase ley y justicia véase Antígona de Sófocles

En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente” (p. 1).

“La materialización de una teoría transnacional del derecho se fuga en receptores propios distingamos que la globalización se de en dos ámbitos i) localismo globalizado ii) globalismo localizado”.

De Sousa de Santos (2002), Declara:

“consiste en el proceso por el cual un fenómeno dado es globalizado con éxito, ya se trate de operación mundial de las ETN, de la transformación de la lengua inglesa en lingua franca, de la globalización de la comida rápida, o la música popular norteamericana, o la adopción mundial de leyes de propiedad intelectual para software de computadoras ii) globalismos localizado consiste el impacto específico de las prácticas imperativas transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos”. (p. 57).

Así la idea es la unidad o penetración de ideas, esquemas jurídicos que yacen para materializar un marco propio o en un lenguaje común, una fertilización mutua y reciproca del derecho.

López, (1997) declara:

“Así la universalización del Estado implica también la universalización de ciertas formas y contenidos jurídicos estrechamente asociados con el mismo: así por ejemplo, la idea de constitución y de ciertos modelos de gobierno parlamentarismo, presidencialismo) junto con las correspondientes instituciones de la democracia, los derechos humanos” (p. 67).

Con el proceso de estructuración de las normas encaminadas a la aceptación de una justicia universal, se da el proceso de homogenización o en que los derechos humanos

nacen como un imperativo de una teoría transnacional del derecho, un globalismo localizado surgió, un proceso tripartito en las constitucionales en las normas internacionales y activismo judicial coactivo generando una globalización que se interiorizan en las constituciones occidentales; “Las cartas de derechos constitucionales, el control constitucional y el activismo judicial se difundieron en todo el mundo desde los años setenta en la época que se globalizaba el neoliberalismo” (Rodríguez, 2009, p. 37). lo que se puede denominar tres escalas de la transnacionalización del derecho: i) derechos humanos en los ordenamientos constitucionales; ii) derechos humanos en un marco de protección universal (Pactos Convenios); iii) Sistemas regionales de protección de derechos Humanos como mandatos coactivos de sus convenciones y jurisprudencia la transnacionalización del Derecho se interioriza, parte de la idea veritativa o falaz de un marco propio de protección de derechos el bill of Rights moderno como premisa fundamental de occidente la ideología de los derechos humanos⁸ (la noción fuerte del compromiso social y racionalización del orbe mundial) es un instrumento de derecho por encima de la ley y de las constituciones de los Estados que a la par objetan la potestad de la soberanía como un criterio único (monarca-nación) que se sumerge en el siglo XVI. Esto se fuga generando una idea veritativa la transnacionalización o globalización del derecho que genera un espacio de unidad normativa en las culturas.

López, (1997) declara:

⁸ Entiéndase como ley natural (physis) como algo perteneciente a la cualidad de hombre y consustancial Antígona Sófoles los estoicos afirmaron (homo homini res sacra)

“puede significar no solamente el grado en cual el mundo entero vive bajo un único de reglas jurídicas (ya sean impuestas por una sola autoridad, ya sean fruto de un consenso global, o bien haya sido el resultado de una evaluación paralela) sino también, en un plano más básico, la certeza de las relaciones humanas están gobernadas en cualquier parte del mundo” (p. 70).

Los derechos humanos son las ideas universales o teorías transnacionales del derecho que surge después de la postguerra una justicia transicional en donde su mandato sustantivo son los derechos humanos y su materialización procedimental son tres escalas: a) derecho internacional humanitario el derecho a la guerra proporcional con sus convenciones de la Haya 1899 y 1907 con la convención de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales; b) el derecho internacional de los derechos humanos en tiempo paz y preservación de la misma (carta de san francisco de 1945) y declaración universal de los derechos humanos 10 de Diciembre de 1948, convención Europea de Derechos Humanos de 1950, Carta Africana de los Derechos Humanos o Carta de Banjul de 1989, Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969; c) el derecho penal internacional tribunal *ad hoc* (Núremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia) con su estatuto de roma de 1998 (competencia de la Corte penal internacional). Todo esto son fugas de ideas que permiten concertarse en mandatos jurídicos positivos de los Estados occidentales concentrado un marco único de protección de doble vía nacional-internacional.

López, (1997) afirma:

“Los derechos humanos han adquirido tal fuerza como elemento legitimador en las relaciones políticas y sociales que ha sido inevitable su transformación en un

elemento de política internacional, sujeto a la manipulación de los Estados. A tal punto trascienden los derechos humanos los órdenes internos y de los intereses particulares que su internacionalización y universalización que conllevan la existencia de un juicio hipotético, de derecho la Humanidad” (p. 76).

Estas cualidades denotan la necesidad en los Estados en el imperativo ideológico de los derechos humanos como son: en la constitución italiana de 1948, ley fundamental para la república federal alemana de 1949, constitución de Francia de 1958, la constitución de Portugal de 1976 y la constitución Española de 1978. Siguiendo su tránsito en las constituciones latinoamericanas, en tanto en la constitución de Colombia de 1991, constitución de Perú de 1993, la constitución del Ecuador de 2008, etc.

Por tanto, el derecho internacional tampoco fue foráneo a este proceso de interiorización al expedirse la declaración universal de los derechos humanos.

Hittlers & Fappiano (2007) afirma:

“la internacionalización significa la asunción por parte del derecho internacional de los temas sobre prerrogativas del hombre, dándole vida a lo que se ha dado llamar en el derecho internacional de los derechos humanos por lo que estos temas saltan las fronteras y deja de ser cuestiones exclusivas de las jurisdicciones locales” (p 80).

Nace de esto la Carta de las Naciones Unidas, los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y el pacto internacional de los derechos civiles y políticos con su respectivo protocolo facultativo. Estos se engranan en los diferentes continentes como una medida superior y legítima de un resguardo de una teoría transnacional del

derecho. En el continente americano trajo un fuerte compromiso histórico, político y jurídico como el tratado de 1826 en el congreso de Panamá y la primera conferencia internacional americana en 1890 Washington.

Hittlers & Fappiano (2007) afirma:

“puede decirse, entonces que existe un conjunto de reglas en el sector de la organización de los Estados americanos relativas a la protección y promoción de prerrogativas del hombre, cuya evolución comienza con la carta de Bogotá, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre y la carta internacional americana de garantías sociales (todas en Bogotá, 1948) continua con la convención americana de 1969 y con la convención americana para prevenir y sancionar la tortura (1958 que entro en vigencia el 28 de febrero de 1987), la convención interamericana sobre desaparición forzada (en vigor a partir del 28 de marzo de 1996), la convención interamericana para prevenir y sancionar y erradicar la violencia sobre la mujer o convención du belem du para (vigente a partir del 5 de marzo de 1995) la convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ciclo que, por ahora, quedó cerrado con la puesta en funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sin dejar de mencionar la existencia de dos protocolos adicionales de san José; en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales o protocolo de san Salvador y el relativo a la abolición de la pena de muerte” (p. 375-376).

Esto generó una relación simétrica entre legalidad y derechos humanos denotando un control institucionalizado en la jurisdicción transnacional, la utopía de una relación de una justicia única, formal y garantista centralizada en el poder dominante y omnipresente en el sistema interamericano de

derechos humanos en ejercicio de sus Estados miembros debiendo adecuar a las normas convencionales a sus normas internas nacionales e inclusive solicitando modificar hasta su carta magna bajo la bandera del derecho internacional de los derechos humanos.

Quinche (2014) afirma:

“la convención americana sobre derechos humanos y los tratados concurrentes son la norma suprema del ordenamiento jurídico de los Distintos Estado parte, como inevitable consecuencia del enunciado del artículo 2 de la convención según el cual (...) los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De esta manera y en los casos concretos, si hay incompatibilidad entre la norma interna y la Convención americana, es obligatorio aplicar aquella y darle aplicación a esta” (p. 65).

Dejando de lado el realismo mágico pregonado en boca del derecho internacional de los derechos humanos, pareciera una labor quijotesca que brotan en varios problemas que no solucionan en la teoría transnacional: a) jerarquía y aplicación del derecho internacional en los Estados nacionales; b) circulación del precedente americano en la justicia nacional; c) pluralismo jurídico y análisis cultural del derecho; d) Escalas de la justicia del derecho.

3. FETICHE DE LOS DERECHOS HUMANOS

La justiciabilidad de los Derechos Humanos pese a un marco duro de protección normativa queda sumergida en el proceso político o el compromiso gubernamental, una separación entre lo que es el ser del derecho y el deber del mismo, siendo un antagonismo

entre la validez como proceso metodológico de la norma jurídica y la eficacia del cumplimiento de la norma, esta separación es lo que denominamos fetiche “la primera es la relación del fetichista con la realidad no lo niega del todo pero tampoco lo acepta. Más bien se trata de una relación de negación, mejor descrita en la frase: “yo sé... y sin embargo....”. De manera que cuando al fetichista se le dice que su objeto no es real, que no tiene sentido tener un apego tal al objeto equivocado, el fetichista ya lo sabe, y sin embargo lo desea y lo goza” (Lemaitre, 2009, p. 388), la sociedad como un proceso legitimante admite sus paradigmas en el derecho como un reclamo simbólico mas como una justicia real y efectiva que promueva las regulaciones sociales el grado de abstracción y cumplimiento de la norma depende que tan eco o ideología se promuevan en la defensa Derechos Humanos.

Lemaitre, (2009) declara:

“El derecho reformado por los activistas sociales, insiste en que el sufrimiento y la humillación de tantos es un error, una aberración, que un mundo sin ley es aunque no es normal, porque normal es lo que dice la norma. Y si el horror es una excepción, una desviación del camino correcto, entonces el centro de la vida social está de nuevo lleno y se puede afirmar que tiene un sentido moral. Y lo efectos reales de la degradación de la miseria, y de la subjetividad humana que produce la violencia en victimarios y víctimas, se vuelven entonces invisibles para el derecho que los llama a todos con los hombres mágicos de ciudadanos, sujetos de derecho, humanos” (p. 391).

El derecho cumple un objetivo regular el comportamiento social, ya sea con amenazas o relaciones afectivas sociales que se materializan en la sentencia o el cumplimiento psicológico moral de la comunidad, el tótem

de la ley y el tabu de vulnerarlo, por esto se dice que es un fetiche entre el seguimiento que acepta la norma pero cobra la legitimidad de vulnerarlo ya sea en nombre de la seguridad, en nombre de forjar una comunidad o del respeto recíprocos entre los ciudadanos.

Douzinas (2008) afirma:

“El bombardeo de la antigua Yugoslavia representa otro escalofriante ejemplo del funcionamiento de los derechos humanos a veces puede hacerse literalmente mortífero. Las bombas que causaron la muerte e hirieron a muchos civiles, incluyendo periodistas, ciudadanos extranjeros y refugiados, tenían la función de restablecer y garantizarlos derechos de los albaneses kosovares. Tras cada anuncio sobre las muertes civiles y la apología superficial que iba ligado a cada uno, el bombardeo se intensificaba. Parecía que el principio fuese que entre más bombas lanzáramos, más pronto triunfarían los derechos humanos; y entre más civiles asesináramos (el daño colateral inevitable de esta campaña) mejor se protegería la vida. Y cuando por fin se restablecieron los derechos de los albaneses, tras la victoria de la OTAN, la operación no impedida de esos derechos condujo al asesinato, tortura y exterminio de las minorías serbias. Estos pueden ser casos extremos, pero muestran la violencia respaldada el deseo de los derechos. Parafraseando una máxima clásica, *ius juris lupus*” (p. 378).

¿Se puede decir que las personas detenidas en la cárcel Guantánamo Cuba, se les respeta su imperativo moral de los derechos humanos cuando no tiene representación de un abogado para su juicio? ¿Es acaso que bajo la modalidad del terrorismo a los prisioneros de Al Qaeda no se les aplica la convención ginebra por que no son titulares de derechos humanos?; esto induce una contradicción apelar a la humanidad cuando en sus cimientos niegan el valor de lo humano y se disfruta

en el goce de lo vano; o solo es el canto retórico de las sirenas que solo son escuchado por Ulises, en su saciedad del saber y encontrar la ruta para su hogar.

Douzinas (2008) afirma:

“los derechos humanos encuentran un hogar apacible en los textos jurídicos nacionales e internacionales. En medida en que se positiviza en el discurso jurídico, y el cálculo, la tematización y la sincronización legales, comparten la búsqueda infructuosa del sometimiento de la sociedad a una lógica única y dominante que de manera necesaria niega la pretensión de justicia. Pero al mismo tiempo constituyen la promesa de una justicia por venir: son la imagen de lo negativo y la indeterminación en la persona y el Estado, y también la figura de la proximidad del sí mismo y del otro se alzan la universalidad y la abstracción” (p. 448).

Lo complejo en la metáfora de los Derechos Humanos es su dualidad como fenómeno de aplicabilidad y seguimiento de cumplimiento entre lo nacional –internacional y lo internacional– nacional, porque se forja partiendo de la noción de Locke, el compromiso es salir del estado de naturaleza para llegar a una sociedad civil, un respeto cosmopolita⁹ de intereses sociales en la dignidad humana, consolidándose en el derecho internacional. Por este motivo se proceden a aceptar tratados de naturaleza forjados en el concepto de lo humano y de la humanidad que llevan a establecer como: superiores jerárquicos a los órdenes locales hasta por encima de su carta magna generando traumatismos cuando para los intereses burocráticos o sociales, no están de acuerdo a sus intereses apelan a recurrir en estrategias jurídicas.

⁹ Entiéndase cosmopolita ciudadano del mundo trata de establecer un ciudadano ajeno a los intereses nacionales, basado en una moralidad común.

Uprimny (2014) declara:

“Finalmente, algunos arguyen que la justicia colombiana ha funcionado, pues ha decidido las tutelas presentadas por Petro y sus seguidores, por lo que es ilegítima la intervención de la CIDH. Pero no es así: que haya decisiones judiciales no significa que la justicia nacional haya operado, pues de todos modos está permitiendo que una autoridad administrativa (el procurador), por un proceso que no es judicial sino administrativo, prive de sus derechos políticos a una persona, mientras que la Convención Americana señala que esa restricción sólo puede hacerla un juez a través de un proceso penal. El presidente tenía entonces que acatar esas medidas cautelares. Si no estaba de acuerdo con ellas, podía solicitar a la CIDH que las revisara. Y no recurrir a la leguleyada chauvinista de desecharlas argumentando que no son obligatorias internacionalmente porque no están previstas en un tratado, sino en el reglamento de la CIDH, cuando Colombia siempre había reconocido la fuerza vinculante de esas medidas y se había esforzado por cumplirlas” (p. 13 d).

Al final evocar que la misma jurisdicción constitucional coliga que los Derechos Humanos son límites infranqueables de respetos recíprocos en la humanidad quedan en el juego de Mefistófeles engañando fausto para atraer el amor de Margarita por su alma; ¿ Es susceptible que el burgo maestre nacional desconozca el precedente constitucional donde se exprese que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento las medidas cautelares emitidas por la Comisión interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano? ¿Es posible la necesidad de entender que la constitución de los Estados es el bastión jerárquico de los ordenamientos locales, sin la necesidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?, si la

respuesta es de carácter afirmativa entonces el estatuto de obligatoriedad queda solo como un paradigma mas no como un mandato coactivo de respeto recíprocos generando el fetiche de orden legal.

Así el Sistema interamericano de derechos humanos tiene profundos vacíos, entre ellos: la ejecutoriedad de su fallo, el sobre activismo judicial en el cambio jurisprudencial, la solicitud de reformar por medio de su sentencia en los ordenamientos legales de sus Estados parte, el reconocimiento de las jurisdiccionales locales del precedente y su influencia en el efecto irradiador por medio del control de convencionalidad (concentrado-difuso)¹⁰.

Ambos & Malarino (2011) declaran:

“es el problema de si la corte está autorizada a fundar un decisión o solucionar un caso con base en una regla que no está prevista y que no puede derivarse de un texto o sistema interamericano sobre el cual ella no tiene el poder de control, independiente de que ella no reconozca esta situación. La corte no puede en cambio, condenar internacionalmente a un estado con base en una norma jurídica creada judicialmente, por más razonable que pueda ser esa norma, ni puede controlar el cumplimiento de las obligaciones internacionales emergentes de tratados internacionales sobres los cuales no tiene el poder de control, ni tampoco puede condenar a un estado por violar la costumbre internacional. El sistema interamericano no es un sistema general y universal de

¹⁰ Entiéndase como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías humanas: a) concentrado lo ejerce la Corte interamericana a un caso interpartes donde aplica directamente la convención; b) difuso lo ejerce los jueces, funcionarios jurisdiccionales y lo que presta una función pública aplicando la convención y precedente interamericano.

Derecho internacional y por ello no conoce una disposición como la del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Corte internacional de Justicia que faculta a este tribunal a decidir un caso con base en (todo) el derecho internacional (escrito o no escrito)” (p. 160).

Esta sería la añeja discusión entre reforma y poder de reforma del Juez legislador positivo con base en la naturaleza ontica de los Derechos Humanos, algo impensable para el jurista austriaco que propugna en su teoría concentrada y un sistema fuerte de fuentes del positivismo metodológico “cuatro fenómenos pueden identificarse en la base de la transformación del sistema de fuentes, que son: la globalización del derecho, como algo innegable, la erosión del concepto de soberanía nacional, la desregulación y un fenómeno consecuencial en los tres anteriores” (Quinche, 2014, p. 160).

El proceso que se atomiza es de carácter deductivo como si la noma y precedente se giran como una verdad universal de carácter transcendental, sin entender las escalas del derecho o fenómenos implícitos multiculturales e interculturales que se sincronizan en las constituciones y permiten ejercen una autonomía en el concepto de pueblo, ciudadano, jurisprudencia, sin esto adentrar al reconociendo derechos sino observar cualitativamente el significado de lo humano no desde la teoría foránea occidental en la deconstrucción nacional el enfoque del derecho.

4. ANÁLISIS CULTURAL DEL DERECHO

La sociedad se construye en un sentido amplio cultura¹¹ es así que los diversos análisis del

¹¹ Entiéndase según la real academia de la lengua española conjunto de manifestaciones que se expresa en la vida tradicional de un pueblo.

derecho no se entiende en las formas en que se producen sus regulaciones jurídicas es decir en cuanto a su validez; no interesa investigar en cuanto el órgano que produce la norma si es legítimo, si no lo interesante es el significado para un ente social con respuesta en la ley, en cuanto al lenguaje y expresión que denotan las reglas jurídicas e implican una obediencia del derecho pero a la vez su simulación deconstruyendo sus significados objetivos y materiales pero sin dejar de cumplirlos, transformándolos en una teoría mimética¹², donde el objeto es la ley esquematizándolo es innovado para ser considerado como fuente de pauta. En la Constitución del Ecuador del 2008, trajo en su capítulo segundo los derechos del buen vivir, capítulo séptimo derechos de la naturaleza reconociendo a la Pacha mama la deidad de la naturaleza de las comunidades indígenas. Estos objetos de la carta magna Ecuatoriana se dan como un fenómeno innovador que no surge TTD sino como evocación de los derechos humanos ciñéndose en la norma constitucional como el elemento multicultural de un pueblo o nación. Por consiguiente, sean crean nuevos estándares en un proceso sociológico que interactúan diferentes formas entendidas entre ellas lo multicultural y pluralismo cultural “se llama multiculturalismo al fenómeno de multiplicidad de culturas que se da en el mundo y en la mayoría de los países. Y se suele llamar pluralismo cultural al modelo con el que se trata de explicar o manejar ese multiculturalismo”¹³ (Beuchot, 2009, p. 13).

¹² Entiéndase en Platón y Aristóteles una adecuación de la originalidad sensorial de las cosas, Diego Eduardo López Medina (Teoría impura del Derecho) lo ve una originalidad en la interpretación al aplicarla al fenómeno social de la idea de una teoría transnacional del derecho.

¹³ Beuchot Mauricio. Interculturalidad y derechos humanos. Editores Siglo XXI. Primera reimpresión 2009. Bogotá- Colombia. p. 13

En efecto en un ente social es contingente no es que exista una razón que evoca la ley, sino por el contrario existe formas interpretar la ley piénsese en la discrecionalidad judicial, lo raro es que sucede que este entendimiento se da en una certeza absoluta e inamovible entre norma, moral, derechos humanos y justicia, ¿Es acaso que no existe una verdad objetiva o una interlagalidad del derecho del cual no se da la inclusión del otro? “El reconocimiento de esta diversidad irreconciliable se expresa en una séptima regla metodológica: para entender al Estado de derecho tenemos que examinar aquello que imaginamos es el derecho del otro”¹⁴ (Kanh, 2014, p. 223).

CONCLUSIONES

Se acuña que hay un desembalaje desde lo externo (internacional) y lo interno (nacional), que surge en la cultural un re cambio en la mentalidad desde el individuo y no desde la norma como son las manifestaciones para citar un ejemplo los derechos de inmigrantes que no se reconocen como ciudadanos, las madres (de los Barrios Santiago de Chile en la dictadura de Pinochet, de la Plaza de Mayo en Buenos Aires Argentina, de San salvador en la guerra civil que se revelaron durante la guerra civil que surgieron de las dictaduras políticas de 1970 y 1980), que se reconocen sus derechos desde lo inductivo como actores legítimos con un resultado de un grupo presión multicultural que se reconocen en una escala de justicia infra estatal interactuando como clases emergente dentro del desarrollo global.

Sassen (2010) señala:

¹⁴ Kahn, Paul. El análisis cultural del derecho. Editorial siglo del Hombre. 2014. Bogotá-Colombia. p. 223.

“la mayor parte de las producciones teóricas sobre las clases globales se centran en el nuevo estrato conformado por los profesionales en el nuevo estrato conformado por los profesionales y los ejecutivos transnacionales. Sin embargo, en el presente trabajo se incorporan al menos tres clases globales en formación. La primera surge de la proliferación de redes transnacionales de funcionarios públicos de distintos países entre ellos, se encuentran los especialistas en aspectos fundamentales de la economía global, los jueces que deben aplicar una cantidad cada vez mayor y prohibiciones internacionales con cierto grado de estandarización fronteriza, los agentes de inmigración que necesitan coordinar el control fronterizo, y los agentes de policía dedicados a descubrir los flujos financieros destinados al terrorismo. La segunda es una clase emergente de activista que incluye ciertos sectores clave de la sociedad civil global y ciertas redes electrónicas. Por último, la tercera clase global está compuesta principalmente por grupos de trabajadores desfavorecidos con escasos recursos, incluidos los que forman los hogares y las comunidades transnacionales inmigrantes” (p. 375).

LISTA DE REFERENCIAS

Ambos K & Malarino E. (2011). Sistema Interamericano no de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Activismo judicial, Punitivización y Nacionalización, Tendencias Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá. Editorial Temis.

Ayllon, López. S. (1997). Las Transformaciones del Sistema Jurídico y los Significados Sociales del Derecho en México. La Encrucijada entre Tradición y Modernidad. México. Editorial Universidad Autónoma de México.

Beuchot M. (2009). Interculturalidad y Derechos Humanos. Bogotá. Editores Siglo XXI.

- Camargo, P.(2012). Manual de Derechos Humanos. Bogotá. Editorial Leyer.
- De Sousa Santos B. (2002). Globalización del Derecho los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá. Editorial Unilibros.
- González García J & Quesada Castro F. (1992). Teorías de la Democracia. Editorial Anthropos.
- Hiters J & Fappiano O. (2007). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tomo I volumen I Buenos Aires- Argentina. Editorial Ediar.
- Kahn, P. (2014). El Análisis Cultural del Derecho. Editorial siglo del Hombre.
- Quinche Ramírez, M. (2014). El Control de Convencionalidad. Bogotá.Editorial Temis.
- Sassen, S. (2010). Territorio, Autoridad y derecho, de los Ensamblajes Medievales a lo Ensamblajes Globales. Madrid. Editorial Katz.
- Rodríguez Garavito, C. (2009). La Globalización del Estado y del Derecho. Bogotá. Editorial Universidad de los Andes.
- Twining. W. (2005). Derecho y Globalización. Bogotá. Editorial Siglo del Hombre.
- Ugarte Salazar, P. (2006). La Democracia Constitucional, una Radiografía Teórica. México. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Uprimny. R. Opinión 22 de marzo de 2014. Chauvinismo Jurídico. *El Espectador*. p 13 D.