

El control de convencionalidad y la deconstrucción de la diferencia entre derecho nacional / derecho internacional*

El control de convencionalidad y la deconstrucción de la diferencia entre derecho nacional / derecho internacional

Raúl Madrid Ramirez¹

Pontificia Universidad Católica (UC/Chile)
rmadrid@uc.cl

Resumen

El objetivo de este trabajo es ofrecer argumentos para considerar que el “control de convencionalidad” ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una figura que contiene elementos teóricos similares a los del postestructuralismo, y en concreto con la obra de Jacques Derrida. Ello implica la propuesta de que resulta factible analizar el efecto progresivo de las instituciones de derecho internacional público sobre los derechos nacionales desde el punto de vista de la indecidibilidad de los opuestos y la deconstrucción. En orden a ese fin, se utilizan tres apartados. En el primero, se describe la tendencia de hecho al gobierno mundial y el papel significativo de la tecnología informática en este proceso cosmopolita. En el segundo se explica el sentido de la indecidibilidad de los opuestos según la tesis de Derrida, y en el tercero se exponen los argumentos para intentar mostrar cómo se producen las diversas deconstrucciones que dan lugar a la corrección normativa del control de convencionalidad, destacando su politicidad y el papel central del derecho internacional de los derechos humanos como horizonte de significado del proceso.

Palabras-clave: Deconstrucción; Control de convencionalidad; Derechos humanos.

* Este trabajo forma parte del Proyecto ANID/CONICYT/FONDECYT N° 1190895, titulado “La deconstrucción del Derecho. Análisis de tres binomios jurídicos en discusión”, en el cual el autor se desempeña como Investigador Responsable. Agradece a ANID/CONICYT/FONDECYT el apoyo para llevar a cabo la presente investigación.

¹ Doctor en Derecho, Universidad de Navarra. Profesor Catedrático de las Facultades de Derecho y Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología de la misma Universidad. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. Av. Libertador Bernardo O'Higgins, 340, Santiago, Chile.

Abstract

The primary objective of this paper is to present arguments in support of the proposition that the "conventionality control" exercised by the Inter-American Court of Human Rights encapsulates theoretical elements reminiscent of post-structuralism, specifically in line with the ideas of Jacques Derrida. This assertion implies the feasibility of examining the progressive impact of public international law institutions on national rights through the framework of undecidability of opposites and deconstruction. To achieve this goal, the paper is structured into three sections. The first section outlines the de facto trend towards global governance and underscores the consequential role of information technology in facilitating this cosmopolitan process. The second section delves into the concept of the undecidability of opposites as per Derrida's thesis. The third section articulates arguments to elucidate how various deconstructions contributing to the normative validity of conventionality control unfold. This analysis emphasizes the political nature of conventionality control and underscores the central role of international human rights law as the horizon of meaning in this overarching process.

Keywords: Deconstruction; Conventionality Control; Human Rights.

La soberanía nacional en el mundo globalizado

En las últimas tres o cuatro décadas el mundo ha asistido a una globalización profunda de los intercambios económicos y culturales. En medio de ella, la antigua idea del gobierno mundial parece haber encontrado -gracias en parte significativa a las tecnologías de la información- una vía efectiva de realización. Hay muchos signos de esta globalización: Singer recuerda por ejemplo la empatía y solidaridad que se puede sentir por "extranjeros" -cuyas imágenes de sufrimiento o guerra son presenciadas por pantallas en tiempo real a lo largo del mundo. Esta simpatía pondría en duda la idea moderna de que "los connacionales van primero", es decir, que nos corresponde buscar primero su bien antes que el de otros que se encuentran lejos (Singer, 2002). Se advierte una erosión del principio de pertenencia asociado a la comunidad política local, una "desterritorialización" de la política (Steger, 2003).

La configuración de algún tipo de gobierno global podría implicar al mismo tiempo una renuncia a las estructuras político-jurídicas formales del Estado moderno (es decir, una pérdida de verticalidad del poder), o la aparición de una microfísica de éste, que lo lleve a presentarse más bien en sentido horizontal (Foucault, 1978). Pero, por otra parte, también da paso a que la deconstrucción de los opuestos (poder global/poder estatal) lleve a configurar una reinterpretación del equilibrio de fuerzas que implique una radicalización de la línea vertical, de tal modo que surja una nueva forma de verticalidad: una verticalidad "deconstruida" a través de las organizaciones intergubernamentales. Esta alternativa es el trasfondo del presente artículo.

Junto al mercado y los circuitos mundiales de producción ha surgido -en virtud a la circulación de la información digital- un cierto "orden" mundial, una nueva lógica que conlleva

estructuras de gobierno que parecen dejar atrás la idea tradicional de soberanía de los sistemas jurídicos nacionales. Dicho orden se presenta como una realidad más abstracta que las estructuras políticas comprendidas al modo tradicional, pero singularmente eficiente y universal, porque la irrupción tecnológica en el funcionamiento del mundo amplía la representación de las relaciones reales y les da un nuevo estatus en el ciberespacio. Diversos factores inciden en el carácter abstracto de la organización digital y virtual: (a) se trata de una influencia no localizada ni orgánica, sino dispersa y “molecular”; (b) se caracteriza por su amplitud y complejidad, en la medida en que abarca cada vez más aspectos de la realidad humana: economía, cultura, política, comercio, costumbres, pero también emociones, sentimientos, etc., todos ellos reunidos en una plataforma separada de lo concreto; (c) posee una alta interconexión de envíos y reenvíos a gran velocidad de cambio, lo que hace difícil trazar límites claros y definir exhaustivamente sus efectos; (d) la dialéctica entre presencia y representación -propia del universo informático- produce variaciones en tiempo y espacio de los clones sintéticos respecto de las personas reales y de la realidad cotidiana. Así, la comunidad digital parece surgir como una sociedad virtual, abstracta, ligada por formas novedosas de vinculación y ciudadanía, desafiando los criterios modernos cuyo conocimiento versaba exclusivamente sobre el campo del referente real. Nos encontramos pues aquí con el concepto de “ciudadanía digital”: “aquellos que usan internet de manera regular y efectiva” (Mossbreger, et al, 2007). En parte debido a este fenómeno, los factores primarios de producción e intercambio -dinero, tecnología, personas y bienes- se mueven cada vez con mayor rapidez e independencia a través de las fronteras, de modo que los Estados nacionales disponen progresivamente de menos poder para regular estos flujos e imponer su autoridad normativa. Incluso aquellos Estados históricamente más poderosos o dominantes en el contexto mundial van perdiendo elementos que aseguren el imperio de la ley nacional, fuera o dentro de sus fronteras.

Existen por lo tanto razones para sostener que se está produciendo por la vía de los hechos una pérdida de fuerza del poder soberano nacional. Esta opacidad del poder estatal se manifiesta -además del terreno puramente fáctico- de un modo crecientemente institucional, dada la importancia que han adquirido las entidades de gobierno mundial desde la segunda mitad del siglo XX. Ello puede verse en la participación de las Naciones Unidas, de sus organismos y de los tribunales internacionales en la vida jurídica y política de las naciones, especialmente en las del tercer mundo. Ejemplo de lo primero es la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que puede considerarse un caso emblemático de cómo la ONU busca influir en las políticas de las naciones. Los países miembros adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para abordar cuestiones como la pobreza, el hambre, la salud, la educación y el cambio climático, comprometiéndose a poner en práctica políticas que promuevan dichos objetivos (Resolución 70/1 aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015).

Una de las justificaciones para esta participación más activa de los organismos internacionales en la toma de decisiones y la creación de leyes internas de los países es la búsqueda de protección de ciertos bienes considerados de interés universal, como el medio ambiente, los derechos humanos o la seguridad internacional (bienes públicos globales). Así,

ya en la década de los noventa la ONU autorizó o emprendió el despliegue de fuerzas en Estados miembros sin el permiso de los gobiernos de esos países, como Haití o Somalia. A diferencia de las operaciones de paz tradicionales, que requerían el consentimiento de los participantes, estos despliegues pueden ser vistos como actos de intervención directa (White, 1993). En lo que se refiere al medio ambiente, muchas autoridades internacionales ven con preocupación que la falta de interés de los Estados en corregir sus acciones en esta área está llevando a una catástrofe mundial sin precedentes. En ese sentido, se consolida la idea de que un gobierno mundial (que tome las decisiones mirando hacia esos intereses globales) en conjunto con la ONU deberían reducir la soberanía de los Estados nación en todas las medidas relacionadas con el cambio climático, los derechos humanos o la seguridad internacional, ya que los gobiernos elegidos democráticamente podrían no hacer lo que se impone en la esfera internacional, o lo que se han comprometido a hacer. Esta idea subyace a lo que se entiende por “gobernanza global”, donde algunos han hablado ya de un derecho post-nacional (Chalmers, 2001). Sistemas de integración cada vez más complejos y sofisticados, como la Unión Europea, también han ido desarrollando los principios de primacía y la consecuente obligación de interpretar el Derecho nacional, incluida la Constitución, de conformidad con el Derecho de la Unión Europea, alcanzando especialmente al órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicarlo (Ugartemendía, 2023). Por otro lado, en medio de todas estas enormes transformaciones y necesidades globales contemporáneas, aparentemente los controles políticos, las funciones estatales y los mecanismos reguladores han seguido rigiendo el proceso de producción e intercambio de bienes económicos, sociales y culturales. La soberanía nacional no ha desaparecido, ni en un sentido formalmente jurídico, ni en el plano de los hechos concretos, sin perjuicio de que un sistema de reglas globales (basadas en las capacidades tecnológicas) rediseñe silenciosamente el comportamiento de las personas, no en cuanto miembros de una comunidad política específica, sino de manera individual, vinculándolos directamente con los grandes gestores digitales y los organismos internacionales. En otros términos: el declive de la soberanía del Estado no supone que ésta se haya esfumado como potestad formal o como capacidad fáctica para ejercer controles, sino que se ha hecho más débil. Así Habermas, al proponer no la supresión de los Estados, “sino la atenuación de su soberanía” (Habermas, 2000). En la irónica expresión de Ferrajoli, esta última solo subsiste como “un homenaje verbal al carácter democrático representativo de los ordenamientos estatales” (Ferrajoli, 1999). Asistimos pues a un proceso de desestabilización y reestructuración del poder, que supone la búsqueda de nuevas síntesis entre lo político, lo jurídico, lo social y lo económico que superen las tendencias deterministas de estructuras pre-existentes y estables (Picciotto, 1997).

En dicha fórmula se integran tanto organismos nacionales como supranacionales, unidos bajo una lógica de gobierno cooperativo que dista de la independencia normativa y política de antaño. Las nuevas formas de soberanía no poseen un centro de poder territorial, ni se basan únicamente en fronteras o barreras fijas. Ningún Estado o agrupación de Estados nacionales está hoy en condiciones de atribuirse el núcleo de este nuevo modo de configuración del poder. Se trata de un aparato de gobierno descentralizado, sin territorio, que incorpora progresivamente el ámbito global dentro de sus fronteras en constante movimiento. Se

gestionan entonces identidades híbridas, jerarquías flexibles, e intercambios multisectoriales mediante redes moduladoras de mando. Los distintos colores nacionales se funden en el arco iris global, y la creación de riqueza se orienta hacia la producción biopolítica, es decir, la producción de la propia vida social en la cual lo económico, lo político y lo cultural se superponen e invierten cada vez más unos sobre otros (Hart y Negri, 2000).

Desde el pensamiento teórico, estos movimientos se anunciaban ya desde los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, cuando la llamada *New French Theory* proclamaba el fin de un período, y su reemplazo por otro de características muy diferentes. Derrida hablaba en *De la gramatología* (1967) del fin de una era histórico-metafísica, y su reemplazo por otra en que las esencias no dominan la interpretación de los textos ni de los símbolos. No cabe duda de que los Estados nacionales -un producto moderno- cabían más cómodamente en el paradigma moribundo que en el naciente. La fuerza de los hechos parece darle la razón a Derrida: el mundo contemporáneo, lejos de otorgar fijeza o estabilidad a las relaciones, lecturas o reenvíos, parece confundirlos, mezclarnos, convertirlos en “indecidibles”. En este orden de análisis parece que cabe también expresar las relaciones entre derechos nacionales y derecho internacional. En el siguiente apartado se abordará sintéticamente la explicación que hace Derrida sobre la indecidibilidad de los términos opuestos de cualquier binomio, para luego pasar en el tercer apartado a explicar de qué modo podría pensarse una deconstrucción de ambos órdenes normativos.

La indecidibilidad de los opuestos y la deconstrucción

a) El fármakon

El binomio original en el planteamiento del filósofo argelino es el del signo lingüístico y sus opuestos: significado y significante. Desde esta deconstrucción inicial derivan muchas otras, entre las que se encuentran -como intentamos probar aquí- los términos que nos ocupan. El modo en que ocurre esta deconstrucción primaria es mediante la erosión de la diferencia entre la voz y la escritura, al sostener que el habla también utiliza signos gráficos y por lo tanto es igualmente escritura. Así, la gramatología (o ciencia del lenguaje escrito) se convierte en la *solicitud* del logocentrismo, es decir, del pensamiento de esencias (Derrida, 1971). “Solicitar” es una noción que implica amenazar metódicamente la estructura de algo para percibirla mejor. Esta operación se llama “suscitar” o “solicitar”, de *sollus* (Derrida, 1989), y consiste en una especie de descentramiento desde el interior, una remoción de puntos de apoyo que ocurre en el mismo instante en que algo se afirma. Esta solicitud no es construcción ni destrucción, porque ambos movimientos serían “metafísicos”, tendrían como punto de partida esencias y definiciones inmutables, perfectamente identificables como contrarias. De modo opuesto, la solicitud equivale a la introducción de una especie de “matriz viral” en los fundamentos del pensamiento occidental, es decir, en la lógica binaria de los opuestos jerárquicos. Este “virus” tendría como efecto hacer imposible la distinción o

separación exhaustiva de los opuestos, los cuales pasan a ser “indecidibles”: realidades respecto de las cuales es imposible elegir.

Derrida utiliza la ambigüedad del término griego *fármacon* para expresar esta indeterminación metodológica. El argumento -tomando como base *Fedro* 230d-e- es que los signos son *fármacon*. La voz puede ser traducida simultáneamente como remedio o veneno, y representa una especie de ambigüedad estructural (“instituida”), no meramente circunstancial o periférica. La vinculación del texto interpretado (filosófico, jurídico, etc.) con esta paradoja del remedio/veneno no es fortuita: Derrida declara que para Platón ambas nociones -texto y *fármacon*- están dominadas por idéntica sospecha, pues el saber “muerto y rígido” de los textos es tan ajeno al saber vivo y a la dialéctica como el mito al saber (Derrida, 1997).

En *Fedro* 274e la escritura es propuesta específicamente como un *fármacon*, proponiendo una genealogía de ella a través de un mito de origen egipcio. En él, un dios inventor (Teuth) crea los caracteres de la escritura (*grámata*), y la ofrece al rey Thamus presentándola como un conocimiento que tendrá por efecto hacer a los egipcios “más instruidos y capaces de acordarse”: la memoria, así como la instrucción, habrían hallado por lo tanto su remedio a través de los signos gráficos. El *fármacon* (que representa al texto escrito) es ofrecido para aprobación, como un regalo cuyo valor es incierto (puesto que se presenta *para* ser aprobado, depende de dicha aprobación o rechazo, no preexiste al dictamen). Es por lo tanto Thamus quien le otorga ese valor. Thamus es identificado con el dios Amón, y viene a representar el origen. Así, según Derrida el valor de la escritura no resulta ser una realidad intrínseca ni para Platón ni para la filosofía occidental, sino meramente algo otorgado, exterior (Derrida, 1997).

Pero el regalo (la escritura) es rechazado por el dios, en virtud de sus “efectos nocivos”. Al hacer esto, ocupa la posición del padre que desconfía de ella como si se tratara de algo peligroso. Para el pensador argelino (que se apoya en Freud), esta secuencia mental es característica de Occidente: el origen del *lógos* es el padre: el *lógos* es un hijo que se destruye sin la *presencia* del padre. La escritura es la ausencia de dicho padre, la ausencia de un significado intrínseco. Pero esta inferioridad del *lógos* entregado a la escritura es, sin embargo, ambigua: es acusada de emanciparse (es decir, de separarse del habla) pero al mismo tiempo reconoce su deuda con la palabra hablada. Así, en el pensamiento occidental habría una unidad de *lógos* y presencia. Es decir, habla, padre, ser vivo real serían una línea de continuidad. La escritura, por el contrario, aparecería dotada de un valor incierto, intermediario y dudoso, convirtiéndose en un *fármacon*, al mismo tiempo remedio y veneno; un significado doble que no puede ser ni aceptado ni simplemente rechazado (Derrida, 1997). Platón, elegido aquí como representante del pensamiento occidental -lo mismo que Nietzsche-, hace ver la escritura como un poder oculto y por lo tanto sospechoso, igual que todas las técnicas de *mímesis* en general. Así entendido el asunto, cualquier eficacia del *fármacon* podría llegar a revertirse, agravando el mal en lugar de remediarlo, desencadenando fuerzas desconocidas e irracionales al liberar toda interpretación de su fuente original. La confusión de fuerzas opuestas en el *fármacon* lleva a Platón a concluir que es necesario elegir entre sus significados, tal como ocurre en todos los binomios: ser y nada, bien y mal, justicia e

injusticia, etc. Derrida -que, como se ha dicho antes, ve la ambigüedad como una condición estructural- considera la obligación de optar por uno de los significados opuestos como una lógica intolerante y violenta, que destruye al *fármakon*. Este método de forzar el significado para hacerlo inteligible debiera ser reemplazado por una lógica del cuidado, en la que nada sea completamente claro ni distinto, ni existan significados absolutos: una lógica en la que todo esté cubierto por la sospecha de su “latente oscuridad” (Derrida, 1997).

b) La lógica del suplemento

La oposición entre los “opuestos” por lo tanto no es tal a la luz de esta tesis. En realidad, no pueden distinguirse ni separarse con la claridad que esperaba el pensamiento moderno. A este nuevo formato de confusión y mixtificación Derrida lo llama “lógica del suplemento”, que se origina en la idea de la escritura como “suplemento (peligroso) del habla” (Derrida, 1978). La palabra francesa *supplément* significa tanto adición como reemplazo. En el ejemplo citado de Platón, Teuth se convierte en el suplemento de Thamus, del mismo modo que la luna cuando brilla de noche es el suplemento del sol. La idea del reemplazo es crucial para entender el mecanismo explicado. En Derrida y los autores postmodernos este “reemplazo” del suplemento no es una simple metáfora, sino un reemplazo real, porque la diferencia entre escritura como “filosofía” -es decir, como idea de la realidad- y escritura como “literatura” (relativa a una “ficción”) también ha sido deconstruida (Lyotard, 1999, Derrida, 1978, 1989).

La explicación del reemplazo de un término por otro es formulada por Derrida a través de la deconstrucción del papel que desempeñan los dioses en el mito antes citado, que sirve de ejemplo para observar el mecanismo. En el *Fedro* el dios de la escritura (Teuth) es un personaje subordinado, sin poder de decisión, que calla frente al dictamen del dios principal. En el mito egipcio también es un dios engendrado, que se llama a sí mismo “hijo mayor de Amón”, voz de pronunciación semejante a otra cuyo significado era “escondarse”, “ocultarse”. Amón es, pues, un dios oculto, que se deja representar por el habla, y da origen a Teuth, dios inventor. Amón nace de un huevo y es al mismo tiempo origen del huevo. Es el origen pero al mismo tiempo lo originado, que origina o da forma al hijo que a su vez da forma y origina. Teuth es el ejecutante de la lengua, es el portavoz del dios-sol Amón; intermediario que se oculta para representar un pensamiento ya formado. Es el dios del significante. Pero el mensaje o contenido no existe en realidad, solo representa el momento absolutamente creador. De este modo, Teuth no puede convertirse en dios de la palabra creadora más que, fundamentalmente, por sustitución metonímica. Esta sustitución pone a Teuth en el lugar de Amón, “como a la luna en el lugar del sol” (luz nocturna como suplemento de la luz diurna). Así, el dios inventor, el dios de la escritura, se convierte en el suplente del habla, añadiéndosele, reemplazándole en su ausencia. Toth viene a ser el *suplemento* de Amón. Es decir, el suplemento “se extiende a” y “reemplaza”, ocupa su lugar, del mismo modo en que un suplemento dietético tanto se une a la dieta como se hace parte de ella. Esta sustitución, que tiene lugar como un puro juego de huellas y de suplementos, lo que implica que ningún significado trascendente controla o limita esta sustitución (Derrida, 1997).

La lógica lineal del pensamiento occidental se eclipsaría así para permitir una lógica de la ambigüedad. De ahí el carácter “peligroso” que le atribuye Derrida, desde el punto de vista de la Modernidad. La tesis del filósofo argelino es que Platón falla en su propósito de situar al habla sobre la escritura, porque no es capaz de expurgar de la voz *fármacon* (y por lo tanto, de los opuestos que describe la filosofía occidental) de los dos sentidos contradictorios presentes en ella, consagrando de ese modo una situación que ha permanecido latente por siglos de historia del pensamiento, y que viene a hacerse evidente en el mismo momento en el que se despliega el nuevo paradigma tecnológico (Derrida, 1998). Este fracaso inaugura por lo tanto un tiempo de reorganización de la hermenéutica, en el que (a) los significados no pueden proponerse como estables, y (b) la oposición de los términos en los múltiples binomios del pensamiento occidental ya no puede sostenerse del mismo modo definitivo que proponía la metafísica clásica o moderna, pasando a ser “indecidibles”, es decir, un tipo de opción que no excluye su contrario.

c) Deconstrucción

La importancia de esta conclusión redunda en que las diferencias complejas y las relaciones o reenvíos entre los opuestos de cada binomio en particular ya no son susceptibles de interpretación, sino de “deconstrucción”. Esta última, como estrategia de lectura, no puede ser identificada con la hermenéutica. Es lo que se deduce de Gadamer cuando explica que después de los intentos de Heidegger de abandonar el “lenguaje de la metafísica”, solo hay dos caminos transitables: uno de ellos es el regreso de la dialéctica al diálogo, y el otro es la deconstrucción (Gadamer, 1992). La hermenéutica, en cuanto busca la carga de significaciones no *presentes* de un texto que surgen en los distintos momentos históricos de su lectura, se configura como un método esencialista, dialógico, que va a buscar un significado pre-existente exterior al signo lingüístico. En ella, dicho significado es concebido como algo ausente, sobre el tejido de la memoria y de la espera, una realidad previa que obliga al lenguaje a expresar una “presencia”. La hermenéutica tiene relación con la voluntad de comprender, pues, como dice Gadamer, “leer y comprender significan restituir la información a su *autenticidad* original” (Gadamer, 1992). Esta “autenticidad” expone la relación con la “buena” voluntad, es decir, con la voluntad de comprender. La “comprensión” que se encuentra detrás de la interpretación es un procedimiento metafísico, que se apoya en las razones de la voluntad para reapropiarse del sentido. Por ello la hermenéutica busca dentro de la esfera el acuerdo, es decir, la expresión de la interpretación más adecuada. Esto supone que existe una polisemia controlada (no infinita), y que el significado se puede hallar por medio de un diálogo que exige dos condiciones: (a) que el sentido sea abaricable, unívoco en ciertas coordenadas históricas, y que (b) haya voluntad de entendimiento (Rampérez, 2006).

La deconstrucción, por el contrario, es una lectura sin finalidad, porque no busca ningún significado principal en un texto, que organice los restantes. Partiendo de la base que la identificación de este sentido primario u original no es posible -porque no existe-, la deconstrucción se aproxima al texto mediante dos fases. La primera de ellas consiste en un

momento o paso de inversión de la jerarquía tradicional del texto. Derrida asegura que olvidar esta etapa es olvidar la estructura conflictual y subordinante de la oposición del binomio respectivo; es necesario detenerse en la oposición anterior (Derrida, 1977). La deconstrucción sin embargo no es inversión; ésta es simplemente un instante procesal, que consiste en desestructurar el significado “original” tirando de los hilos del texto: su objetivo no es cambiar los términos de una jerarquía dada, sino transformar la estructura misma de lo jerárquico (Derrida, 1981).

La segunda fase de la deconstrucción toma como punto de partida el movimiento de des-sedimentación o derribo, que subvierte el orden jerárquico de los supuestos sentidos de un texto. Hay un desplazamiento, una suerte de reconstrucción (Gasché, 1988); no basta con la labilidad de las estructuras dismanteladas en la primera fase: se requiere un momento posterior que realice una “reinscripción” del significado del texto aludido sin que ésta dependa ya de la fuente originaria, la cual se oculta para siempre en la iteración de los significantes. Así, los contrarios de todo binomio se encuentran y se reconfiguran mutuamente, dando lugar a los conceptos indecibles ya mencionados. Así, el espacio en el que se mueve la deconstrucción es diferente del ámbito propio de la hermenéutica: esta última se refiere al plano humanístico e histórico -propio de las ciencias del espíritu-, mientras que la deconstrucción se desarrolla en el espacio semiológico de estructuras ahistóricas, en las cuales el lenguaje no se presenta como un sistema de identidades, sino más bien de diferencias. Por esto es que la deconstrucción aparece como una lectura que se consume en una reescritura del texto por sí mismo y de los términos opuestos: es una operación activa sobre el texto, sobre lo “real”. No busca la comprensión -que es propia de la hermenéutica-; su objetivo no es apropiarse del significado (Peñalver, 1998).

El control de convencionalidad y la deconstrucción de los opuestos

a) Noción de “control de convencionalidad”

¿En qué sentido el control de convencionalidad (en adelante, CC) puede ser leído como una deconstrucción de los tradicionales términos opuestos “derecho nacional”/“derecho internacional”? A esta pregunta busca responder el presente apartado, comenzando por una breve exposición de qué se entenderá por el mecanismo aludido.

El CC surge al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) como una herramienta para asegurar el cumplimiento de las sentencias internacionales por parte de los Estados parte. Se trata de un instrumento jurídico que se basa en las convenciones y tratados de derechos humanos, y que lleva implícito la idea de que no solo la ley interna produce efectos generales en los sistemas normativos de cada nación, sino también las sentencias y decisiones de carácter internacional, en virtud de la importancia de los bienes protegidos, pero formalmente, por la cesión de soberanía hecha por los Estados en favor de la Corte. Su aparición explícita se produjo en el año 2003, concretamente en el voto particular del juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang con Guatemala*:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

Se deduce de aquí que hay dos tipos de control de convencionalidad: el original o externo y el interno. El primero es el que hace directamente la Corte IDH (Binder, 2010), llamada a ejercer la confrontación entre los actos del derecho interno y las disposiciones convencionales con el objeto de apreciar la compatibilidad entre ambos términos, y según el derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, el control de convencionalidad interno es un concepto jurídico que se refiere a la obligación de los jueces nacionales de verificar que las leyes y actos del Estado se ajusten a las normas y estándares establecidos también en tratados internacionales de derechos humanos. Este CC interno por lo tanto es realizado por las autoridades locales (Sagües, 2010). Su origen no es normativo sino jurisprudencial, y cabe situarlo concretamente en el párrafo 124 de la sentencia del *Caso Almonacid Arellano et al.* de 2006:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Unos pocos meses después, este criterio fue ratificado en otra sentencia (*Aguado, Alfaro et al. con Perú*):

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente

por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

Desde entonces, este tipo de control ha ido ampliándose y afectando a todos los poderes de los estados nacionales (Ferrer McGregor, 2014). En el caso de los jueces nacionales, se entiende que deberían realizar este control *ex officio*, dentro de su competencia y de las respectivas regulaciones procesales (ello se reitera en párrafo 225 del *Caso Cabrera García y Montiel Flórez con México*). La Corte ha determinado que la CC puede tener una modalidad “débil” y otra “fuerte”. La primera se refiere a la búsqueda de una armonización entre las normas internas y las externas, mientras que la segunda implica -en el caso de plena incompatibilidad- abandonar la norma nacional (Rey Cantor, 2008). Así, el CC puede ser entendido como la obligación de los jueces internos de efectuar, además del control de legalidad y constitucionalidad en los asuntos de su competencia, integrando en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y los desarrollos jurisprudenciales de ésta (Nash, 2013).

El párrafo 125 de la sentencia *Almonacid Arellano* especifica que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. En este texto se individualizan lo que podría considerarse como los fundamentos jurídicos del CC (Olano, 2016). El requisito “de buena fe” es un elemento hermenéutico: el objetivo final del derecho ha de ser la protección de los derechos humanos. La ausencia de esta buena fe puede llevar a la corrección de cualquier norma o precepto en general cuya lectura sea descifrada en términos de obstaculización al horizonte de interpretación trazado por la Corte. El segundo requisito es una especie de nulidad (o derogación) de las prescripciones que sean interpretadas como contrarias al propósito de buena fe.

Así pues, las características del CC son las siguientes: (a) existe una obligación del poder judicial de cada Estado de cumplir con la normativa internacional que ha incorporado, y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema jurídico interno; (b) esto consiste en un ejercicio hermenéutico cuyo objetivo buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente, evitando que el Estado (a través de cualquiera de sus poderes) pueda convertir en letra muerta lo comprometido internacionalmente (principio del efecto útil); como consecuencia de lo anterior, (c) las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, por cuanto dichas normas, -incompatibles con las obligaciones internacionales- constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado, y (d) para llevar a cabo esta propuesta hermenéutica el juez está obligado a tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH (Nash, 2013). Además de lo anterior, se entiende que los Estados deben generar las normas y las prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (*Caso La Cantuta con Perú*, 2006, párrafo 172).

Según lo dicho, cabe explicar por lo tanto el CC como la comparación que la Corte IDH realiza por sí misma y que también ordena hacer a los jueces nacionales, entre la

jurisprudencia de dicha Corte, la Convención Americana y los otros tratados de derechos humanos del sistema interamericano que le otorgan competencia, tal como son interpretados por ella, y las normas internas de cada país, a fin de hacer primar las disposiciones internacionales sobre las nacionales, a menos que desde su perspectiva, estas últimas protejan mejor los derechos humanos que aquellas, en virtud del principio *pro homine* (Silva, 2018).

b) El CC como actividad deconstructiva

Lo que podría denominarse “derecho internacional clásico” tenía por objeto reglar únicamente las relaciones entre los estados soberanos, concibiendo la sociedad internacional como una estructura exclusivamente interestatal (Bidart Campos, 1991), de modo que los sujetos de derechos y obligaciones internacionales sólo eran dichos estados nacionales. Ambos cuerpos normativos sin embargo eran expresión del derecho natural, es decir, existían como prescripciones para hacer que los hombres alcanzaran el mayor desarrollo de sus bienes intrínsecos.

En el contexto moderno, las teorías iusnaturalistas pierden su fuerza trascendente y se vinculan con el racionalismo, de donde surgen las concepciones que hoy se denominan “monista” y “dualista”. La tesis monista sostenía que tanto el derecho internacional como los derechos internos configuraban una unidad normativa en la que el segundo se subordinaba al primero, existiendo por lo tanto entre ellos una unidad esencial. Esta era la tesis de Kelsen, cuyo objetivo era plantear una identificación entre soberanía del Estado y positividad del Derecho. Para ello, defendía el Estado democrático de Derecho uniéndolo con el planteamiento neokantiano de garantía de la paz duradera, mediante de la creación de un orden internacional cosmopolita concebido como un ordenamiento jurídico unitario. Su objetivo era garantizar en todo momento la paz mundial a través de gobierno democrático de todo el orbe, al que llamaba *civitas máxima* (Kelsen, 2013). Kelsen rescata el carácter jurídico de las normas internacionales (al igual que Wenzel, Jellinek o Ihering), aunque considera que el concepto de soberanía es a la postre incompatible con la supremacía del derecho internacional, pero declara que los Estados mantendrían su naturaleza independiente respecto a otro Estado (Kelsen 2012).

La teoría dualista concebía los dos ordenamientos (el interno y el internacional) como cuerpos prescriptivos que regulaban relaciones diversas, al igual que el modelo clásico. Esta similitud sin embargo es más material que formal, porque mientras la teoría tradicional apelaba a un fundamento metafísico, la dualista se basaba en la concepción hegeliana del Estado como espíritu en cuanto voluntad sustancial, lo que terminaba por convertirlo en el máximo poder. Esto conlleva la idea de que el orden constitucional es independiente de su conformidad con el derecho internacional. Así, como se trataría de dos sistemas autónomos entre los que no existe relación de subordinación, para la aplicación interna de la norma internacional se necesitaría que fuera transformada o incorporada mediante un acto de

voluntad del legislador interno; de otro modo serían irrelevantes. Los exponentes más destacados de esta posición son Triepel (Triepel, 2010) y Anzilotti (Anzilotti, 2021).

El análisis postestructuralista -que cada vez desciende con mayor fuerza desde la filosofía pura hasta las ciencias particulares como el derecho- reconfigura de manera significativa el escenario anterior. Se ha afirmado que la postmodernidad representa un “cambio de paradigma” científico (Norris, 1988), porque ha alterado la forma en que se percibe y se comprende la realidad al rechazar el paradigma metafísico en cualquiera de sus versiones. Las tecnologías de la información -por su parte- han producido el mismo efecto y están en vías de acentuarlo todavía más en el futuro cercano, impidiendo por ejemplo cuestiones tales como la distinción operativa entre imágenes de personas reales y clones sintéticos (Mirsky y Lee, 2020). Este efecto, que erosiona fronteras entre términos de binomios tradicionales, se produce también en el ámbito jurídico. Su presencia da lugar a tesis como la del CC, que guarda diferencias sustanciales con las teorías que hemos llamado clásica, monista y dualista. El efecto deconstructivo no ocurre solo a través de la presencia de bienes jurídicos que puedan ser considerados globales, sino fundamentalmente por la relocalización del derecho internacional de los derechos humanos (o el derecho supranacional derivado de sistemas de integración, por ejemplo, de la Unión Europea) como horizonte hermenéutico central de todas las relaciones jurídicas. En otros términos: la teoría de los bienes globales proporcionaría las condiciones metodológicas para realizar una estrategia deconstructiva desde el mencionado derecho internacional de los derechos humanos, a través de mecanismos como el CC (pero podrían imaginarse muchos otros diferentes). Procederemos a explicar lo anterior en tres pasos: (a) considerando la diferencia sustancial del análisis postestructuralista del problema, en comparación con las tesis descritas; (b) describiendo la noción de bienes jurídicos globales que distorsionan la soberanía y (c) explicando en qué sentido la posición hermenéutica de los derechos humanos deconstruye los términos del binomio en discusión.

Sobre el primer punto (a): parece haber razones para sostener que el modelo del CC implica una diferencia cualitativa, y no meramente cuantitativa con las teorías anteriores. En primer lugar hay que ver qué tienen éstas en común, pensadas justamente desde la diferencia que va a plantear el CC y cualquiera otra herramienta que realice un movimiento semejante. Existe una línea de continuidad entre la teoría dualista y monista: son opuestas, inversas entre sí desde el punto de vista de la originalidad del significado. En un caso se predica la unidad normativa de los dos ordenamientos, mientras que en el otro se afirma lo contrario: cada uno de ellos representa sistemas completos de prescripciones que reclaman el privilegio (de la soberanía). Razonando de manera deconstructiva, la diferencia entre los opuestos resulta ser meramente accidental, porque se plantea desde el signo del contenido. El nuevo modelo elimina esta visión antagónica al declarar que la diferencia entre la (supuesta) línea de continuidad que afectaba a la dupla derecho nacional/derecho internacional y mecanismos como el CC radica en que este último caso no se opta realmente por ninguno de los términos extremos u opuestos, sino que ambos son incorporados, y acaban confundiéndose. Tal circunstancia convertiría la oposición entre el sistema nacional y el internacional en una estructura “indecidable”. Esto no quiere decir que sean circunstancialmente asimilables desde la perspectiva de sus respectivas definiciones, sino que *cualitativamente no pueden*

distinguirse. Esto llevaría a las características del CC, tales como su carencia de límites definidos, y su constante ampliación, como si se tratara de un organismo vivo que crece y se desarrolla a partir de ambos sistemas jurídicos, ya sean considerados como una unidad integrada o como bases axiomáticas autosuficientes.

De manera inicial, la Corte IDH estimó que el CC debía ser llevado a cabo por los jueces del Poder Judicial de oficio y dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (*Aguado, Alfaro y otros con Perú*, párrafo 128). Con posterioridad sin embargo se agregaron a su desempeño los tribunales constitucionales (por ejemplo, *Cabrera García y Montiel Flores con México*, párrafo 225). Luego se sumaron a su operación los otros poderes del Estado: ejecutivo y legislativo (por ejemplo, *Masacres de El Mozote y lugares aledaños con El Salvador*, párrafo 318), para terminar incluyendo a las instancias democráticas (por ejemplo, *Gelman con Uruguay*, párrafos 238-240), de modo que en estricto rigor el cometido del CC deja de ser una cuestión jurídica, y se convierte en un factor político, lo que implica una de las deconstrucciones más relevantes que se pueden hacer en el ámbito normativo: la que se verifica entre el poder y el derecho. Volveremos a mencionar este aspecto en las conclusiones.

Además de lo anterior, el CC deconstruye también el estatuto de los jueces internos, convirtiendo su posición igualmente en indecible porque su carácter pasa a ser a la vez nacional e “interamericano” (Dulitzky, 2015). Este efecto se deriva de la posición de la Corte como intérprete supremo e inapelable de la Convención, el cual termina “hablando” exclusivamente a través suyo (Silva, 2018). La lógica es que el argumento de cada sentencia en particular se *incorpora* a la Convención como si fuera parte de su propio texto, produciendo efectos *erga omnes* y obligando por lo tanto a los jueces internos a usar el CC tomando como base cualquier sentencia u opinión consultiva de la Corte si viene al caso -sea cual sea el país al cual vaya dirigida, y con independencia de las razones particulares de cada país- (*Gelmán con Uruguay*, párrafos 67, 69, 71 y 102). El efecto está descrito por Derrida cuando aborda el problema de que no existe nada fuera del texto, y que por lo tanto los textos se encuentran todos interrelacionados en un sentido no accidental, sino originario (Derrida, 1978). Este proceso de descubrir entresijos en los que se hace oscura o imposible la definición clara de opuestos variados asociados con el mecanismo del CC podría prolongarse de manera indefinida, porque el movimiento de componentes antes considerados “fijos” produce una constante reconfiguración del escenario de la relación entre ambos ámbitos de derechos y sus respectivos operadores e instancias, como la iteración de *significante* a *significante* que describe Derrida en *De la gramatología*.

La idea de “bienes globales” (b) es otra lectura deconstructiva, en este caso de la noción de “bien”, que es siempre propio de un sujeto concreto (siendo por lo tanto sus bienes atribuidos igualmente concretos). En clave metafísica sin embargo podía hablarse de bienes “universales” -como los bienes de la naturaleza o los simplemente propuestos por la razón, dependiendo de si esta cuestión se enfocaba desde el mundo clásico/medieval o desde los tiempos modernos. Este tipo de bien no era una abstracción, sino un bien formal, que se aplicaba de manera concreta a cada sujeto que realizara la esencia (en este caso, humana). El bien “global” sin embargo no es configurado como un bien “universal” en sentido metafísico

(todos los individuos que realizan una esencia concreta) ni como un presupuesto lógico (las partes subjetivas de un universal). El concepto se refiere más bien a aquellos bienes cuya existencia y forma interesan o benefician a todos los Estados y a toda la humanidad, y se encuentran disponibles (Peters, 2012). El “interés” o “beneficio” de estos bienes globales no está relacionado necesariamente con los bienes propios o naturales del ser humano, ni tampoco con su bienestar, aunque materialmente pueda recaer sobre cualquiera de ellos. Su objeto formal es otro: la autonomía, es decir, la creciente posibilidad material y jurídica de que las personas puedan lograr el máximo grado de autoconfiguración de su personalidad, sin límites incluso “naturales”. En esto coincide con el *ethos* tecnológico: proporcionar una extensión de las capacidades materiales (Bostrom, 2005), y obtener la autorización jurídica para que ellas puedan ser empleadas por los individuos y los colectivos sin obstáculos normativos ni políticos.

La globalización se alcanza fundamentalmente a través de la tecnología, que crea el hecho esencial del mundo contemporáneo: la interdependencia. El amplio alcance de las relaciones y redes entre países se ve igualado por su intensidad, velocidad y propensión al impacto en muchas facetas de la vida. Debido a esta interrelación compleja las respuestas políticas meramente nacionales resultan ineficaces (Held y McGrew, 2003). Así, el derecho internacional comienza a reducir la esfera de autonomía de los derechos nacionales, porque se considera que existen bienes jurídicos universales, cuya protección trasciende las fronteras de un estado en particular (Reisman, 1990). Hay implícito aquí un intrincado proceso de transformación de lo privado en público, que comienza -al igual que toda deconstrucción- con la tesis contraria: “formalmente, el derecho internacional público pertenece a la categoría del derecho privado” (Lauterpacht, 1927), por cuanto los Estados eran considerados análogamente como sustancias personales. El surgimiento empero de la idea de bienes jurídicos globales culmina el movimiento inverso: la “publicitación” del derecho a través de mecanismos como el CC, que se introducen en los ordenamientos y hacen de la autonomía de la voluntad una suerte de bien público, al protegerla contra todo evento.

En términos derridianos, la contaminación de los opuestos hace pensar la genealogía estructurada de los conceptos del derecho interno de una manera *interior*, fiel a sus preceptos, pero al mismo tiempo desde un cierto *exterior* que incluye lo que se encontraba fuera de la integridad de ese derecho interno (pero que ahora entra al “interior”, borrando la distinción supuestamente arbitraria de los términos del binomio). Se trata de una circulación a la vez “fiel y violenta” entre el adentro y el afuera de estos contrarios, por la que el derecho interno pasa a incluir ahora todo lo que no ha podido presentarse en la historia del derecho interno (que es en realidad la historia de Occidente), y que por lo tanto no está *presente* en ninguna parte, pero ahora “suplementa” al ordenamiento jurídico, como Teuth y Thamus. En este sentido, la deconstrucción se presenta como un diferir esta presencia (el derecho interno) a partir de otra presencia (la norma internacional) que es anunciada o deseada desde el mismo interior del sistema jurídico, que se representa como incompleto o no completamente presente; es decir, una *huella* (Derrida, 1978). Este juego de las diferencias supone síntesis y remisiones que prohíben que en ningún momento un elemento simple (es decir, los ordenamientos nacionales y el derecho internacional) esté presente en sí mismo y no remita

más que a sí mismo. Cada término del binomio se configura de esta manera a partir de la traza que el otro produce en la cadena o en el sistema. Este encadenamiento, este tejido, es el texto que sólo se produce en la transformación de otro texto (Derrida, 1977). Según lo dicho, la oposición de ambos conjuntos normativos ya no podría pensarse a partir de la oposición presencia/ausencia: lo que habría más bien es una sucesión de intervalos o huellas sucesivas e interminables. La soberanía nacional no podría, por lo tanto, ser concebida como una presencia plena y autosuficiente en su producción normativa, sino que pasaría a configurarse desde el interior de esta lógica del suplemento, en el que el derecho internacional no sólo suplementa la norma interna sino que también la reemplaza; usa la tecnología para liberar los significantes.

¿Y qué ocurre con la soberanía? ¿Debe ser ella también deconstruida? El concepto desempeña un papel relevante en los escritos de Derrida, no sólo en los considerados derechamente “políticos”, porque en realidad toda la filosofía de la huella es en realidad una filosofía política. Sostiene que la soberanía es “tener el poder de decidir, ser decisivo, prevalecer, tener razón o vencer y dar fuerza a la ley” (Derrida, 2005). Es concebida como un tipo de egoísmo (ipseidad) que despliega la fuente originaria de la autoridad y que, apoyada por la coacción, funda el derecho en sentido tradicional y se configura como autodeterminación que impone límites lingüísticos, jurídicos, políticos. Está situada por encima de la ley la crea y la deroga en todo el ámbito que afecta al ser humano, incluso hasta en la muerte. Por este carácter originario, que tiene una veta teológica, la soberanía tradicional es para Derrida indivisible en su dimensión más esencial. Pero en realidad -asegura- es siempre y constantemente divisible, y en ello reside su deconstrucción (Derrida, 2009b). Frente a la deconstrucción, cualquier forma de soberanía o ipseidad autoritativa se vuelve divisible, reorganizable. Ello no implica una supresión del Estado soberano (ello sería equivalente a la “violencia” metafísica de la superación), sino que un proceso de acostumbramiento y cuidado, que se vincula con el carácter global de ciertos bienes que se convierten en incondicionales (Derrida, 2003) y erosionan la indivisibilidad del concepto clásico y moderno. Despojada de su naturaleza trascendental, esta soberanía se vuelve quebradiza y perfectible, representa en realidad una traba para la incondicionalidad de la libertad (Derrida, 2009b). Derrida considera que el ejercicio de la soberanía en sentido tradicional es el ejercicio del poder en sentido metafísico, cuya traducción política es la conquista y la guerra. Por esto cree que los Estados que pueden o están en condiciones de hacer la guerra contra otros estados son ellos mismos “Estados canallas” que abusan de tal poder. Tan pronto como hay soberanía hay abuso de poder y surge este Estado canalla (Derrida, 2005). De ahí la necesidad de lo cosmopolita: la soberanía internacional es a la vez el límite y el cuidado que evita o puede evitar que el soberano sea simultáneamente una “bestia”, un poder violento afirmado en lo que el filósofo argelino consideraría la ipseidad incontestable de una metafísica del ente, de los nacionalismos, de la pasión etno-religiosa, del poder de autodeterminación (Derrida, 2009a).

Todo lo anterior se vincula directamente (c) con la nueva posición que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos en el contexto hermenéutico del binomio que analizamos. Ello reside en el corazón mismo del argumento cosmopolita, porque proporciona

tanto la justificación como el método para deconstruir la diferencia entre los derechos aludidos. Derrida distingue sin embargo unos “derechos humanos” que responden al nacionalismo soberanista, de otros que son los que realmente sirven para configurar un mundo cosmopolita. Así al menos se deduce del comentario a la intervención de Javier Solana, el Secretario General de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en 1999: “Estamos entrando en un sistema de relaciones internacionales en el cual los derechos humanos y los derechos de las minorías son cada vez más importantes, incluso más importantes que la soberanía”. Sin dudar de la “buena intención” del político español, da a entender que es una ingenuidad, porque “la inadecuación persiste” a pesar de los deseos [de que los derechos humanos internacionales sean superiores a la soberanía de los Estados nacionales]. Por esto es que

...debemos deconstruir *ad infinitum* pero también denunciar las maquinaciones, las artimañas, las mentiras mediante las cuales este respetable discurso de los derechos humanos se acomoda, de manera injusta y selectiva, a los objetivos hegemónicos de las superpotencias estatal-nacionalistas. Estas superpotencias no renuncian a su propia soberanía. En cuanto les parece oportuno, ni siquiera respetan ya las organizaciones de derecho internacional que instituyen y siguen dominando (Derrida, 2009a).

Así pues, habría un “doble discurso” de los derechos humanos: uno que se acomoda a los intereses soberanistas de los Estados y los sistemas jurídicos nacionales, y otro que protege los derechos humanos cuando son pensados con posterioridad a la deconstrucción. En el primer modelo, hallamos una justificación hermenéutica de tales derechos, que puede ser la naturaleza (como en el viejo esquema del derecho natural) o la ley (como en el caso de la fundamentación moderna). Ambos sin embargo se encuentran ligados a la idea de una autoridad soberana -Dios o el Príncipe- que otorga y dispensa el significado, del mismo modo que ocurría en el mito egipcio. Por esto afirma lo siguiente:

Habría que analizar el estado presente del derecho internacional y de sus instituciones: a pesar de ser, afortunadamente, perfectibles, a pesar de un innegable progreso, estas instituciones internacionales adolecen al menos de dos límites. El primero y más radical de los dos se debe al hecho de que sus normas, su Carta, la definición de su misión dependen de determinada cultura histórica. No se las puede disociar de determinados conceptos filosóficos europeos, y especialmente de un concepto de soberanía estatal o nacional cuya clausura genealógica se manifiesta cada vez mejor, de manera no solamente teórico-jurídica o especulativa sino concreta, práctica, y prácticamente cotidiana. Otro límite se vincula estrechamente al primero: ese derecho internacional y pretendidamente universal sigue estando ampliamente dominado, en su aplicación, por Estados-nación particulares. (Derrida, 2012).

El proyecto del derecho internacional de los derechos humanos, por el contrario, debe ser mantenido a través de innumerables deconstrucciones (*ad infinitum*), porque es el que asegura la incondicionalidad de la libertad de que hablábamos antes. En este sentido, los derechos humanos recuperan su carácter farmacológico; constituyen la *différance*: una posibilidad de reenvío infinito a *otros*, impulsando un proceso infinito de re-identificación con

otros tales como mujeres, niños, animales, mundo, ambiente, etc., cuya cabida en la concepción soberanista de los derechos humanos es nula o desarticulada.

Desde un punto de vista jurídico concreto, hablar de este derecho internacional de los derechos humanos es hablar de ciertos contenidos materiales mínimos que se exigen a todo ordenamiento jurídico, para que sea considerado digno de confianza o “civilizado” en el ámbito internacional. Esto es lo que hace la Corte IDH a través del CC. Se trata, pues, de una exigencia “global”, en lo que al continente americano se refiere. A partir de este supuesto, la Corte IDH ha creado paulatinamente -a través de la jurisprudencia, de las opiniones consultivas y del *soft law* en general (Garrido, 2017)- una suerte de derecho interamericano de los derechos humanos que implica hasta cierto punto una reconfiguración de las fuentes del derecho internacional (Fuenzalida, 2015), pero especialmente supone un cambio de paradigma en el criterio de corrección de las normas nacionales, otorgando al CC una posición máximamente relevante en el proceso de acumulación de sentido de dichas prescripciones. Lo significativo del asunto no es el contenido de los derechos humanos que sirven de criterio hermenéutico para la rectificación de las leyes nacionales, sino el carácter central de su valor interpretativo en el sistema de reenvíos derecho nacional/derecho internacional.

Consideraciones finales

El proceso esbozado antes tiene una profunda significación filosófica, que deriva en un cambio en la concepción de ideas centrales en el derecho. La presencia del postestructuralismo ha ido creciendo de manera ininterrumpida en el ámbito de la ciencia del derecho desde la segunda mitad del siglo pasado hasta nuestros días. Esta influencia comprende movimientos explícitamente basados en sus ideas, como los *Critical Legal Studies* y la obra de autores como Duncan Kennedy, hasta influjos más sutiles pero tremendamente efectivos, como el que hemos abordado en este trabajo.

Hemos visto cómo se ha producido una reconfiguración de las relaciones entre derechos internos y derecho internacional, al menos en lo tocante al ámbito de aplicación de las sentencias e interpretaciones de la Corte IDH. Se trata de un cambio cualitativo, porque ha variado el enfoque de análisis, aunque materialmente pueda coincidir en algunos resultados con las teorías clásica, monista y dualista de las relaciones entre ellos. La nueva perspectiva -uno de cuyos medios de institucionalización es el CC- desestabiliza las fronteras entre ambos tipos de ordenamientos, y lo hace desde un punto de vista interno, no meramente externo como podría ser una ley o cualquier otro tipo de circunstancia eventual. Esta interioridad significa que ambos sistemas normativos -tradicionalmente concebidos sobre la diferencia- quedan unificados por una especie de concepto trascendental-fenomenológico (como todos los binomios pensables) al que Derrida llama “la huella”, el cual -sostiene- debe ser pensado “antes que el ente” (Derrida, 1978). A la institucionalización de este *no-concepto* que es la huella colabora de manera decisiva la llamada civilización tecnológica, porque la creación de medios sintéticos provee el mecanismo para la iteración de los significantes como un acontecimiento global.

Como se habrá podido advertir, hay múltiples e interminables deconstrucciones en torno a los términos derecho nacional/derecho internacional o soberanía/cosmopolitanismo. Estas deconstrucciones están en movimiento, no son permanentes y pueden ser incluso contradictorias, porque se escapan a la lógica de la coherencia material o formal. En otros términos, la conclusión parece ser que el “contenido” de las deconstrucciones no puede ser fijado en la línea de las esencias, con todo lo que eso implica en el orden práctico.

Lo anterior da la idea de que las diversas y sucesivas deconstrucciones están conectadas, si no “causalmente”, de un modo “genealógico” que remite a Nietzsche. Así, detrás del mecanismo del CC que abarca todos los poderes del Estado existe un reenvío a otra deconstrucción más “fundamental” desde un punto de vista filosófico e histórico: la que existe entre el poder y el derecho. Todos los poderes del Estado, no solo el derecho en su vertiente legislativa o judicial, quedan obligados por el imperio del CC. Su objetivo es finalmente el desarrollo de una dogmática de los derechos fundamentales para hacer cumplir los mandatos jurisdiccionales de la Corte IDH. Esto se presenta como un imperativo moral: la CIDH ha expresado que los Estados Americanos han dispuesto un “sistema de garantía colectiva” (*Caso Apiz Barrera et. al vs. Venezuela*, considerandos 46 y 47), lo cual quiere decir que los Estados deben hacer todos los esfuerzos para que abonen al cumplimiento de las sentencias de la CIDH, no solo jurídicos, sino también administrativos y políticos. Esto implica un modo de llegar a la indecidibilidad entre el derecho y la política, o entre el derecho y el poder. Se trata de la transformación de la estructura prescriptiva-deontológica en una especie de biopolítica en sentido foucaultiano, de modo tal que todas las acciones son simultáneamente políticas y jurídicas: las categorías han sido deconstruidas, y lo mismo ocurre en perspectiva epistemológica con la ciencia del derecho y sus respectivas ciencias auxiliares.

El responsable de este cambio no es el CC (porque no puede hablarse aquí de una “causalidad” en sentido aristotélico), aunque es una de las variables que influyen de manera más determinante en el proceso. Esta cuestión remite en último término a la vieja diferencia griega entre *nomos* y *physis*, y a la disputa entre Sócrates y los sofistas sobre si la justicia es o no lo que corresponde al más fuerte. Sin ánimo de entrar aquí en este debate, parece pertinente señalar que la posición postestructuralista constituye en varios aspectos una radicalización de la opinión de Trasímaco sobre la justicia en *La República*, en cuyo contexto adquiere significado la afirmación de Derrida de que “la deconstrucción es la justicia” (Derrida, 2018): es decir, la “justicia” como deconstrucción debe limitar la justicia como poder (puesto que la diferencia entre derecho y poder ha sido erosionada).

El derecho como política también se encuentra conectado, finalmente, con el derecho internacional de los derechos humanos y su incondicionalidad, que tiene ciertos rasgos del superhombre de Nietzsche porque está por sobre la ley. Nada condiciona o hace eventual a los derechos humanos, del mismo modo que el superhombre no está obligado a someterse a la ley, a diferencia del ciudadano común. El derecho internacional de los derechos humanos se convierte así en el criterio principal de corrección normativa, pero su contenido no es exactamente el mismo que los derechos naturales del realismo jurídico clásico o los derechos del hombre y del ciudadano esgrimidos por el racionalismo. Se trata en realidad de derechos subjetivos que también han sido deconstruidos previamente, y que se configuran por lo tanto

desde el acto de lectura de quien los pretende ejercer. Esta deconstrucción del concepto de derechos humanos y su globalización a través de mecanismos como el CC es metodológicamente la posición central en el esfuerzo de inspiración derridiana por conseguir formular la diferencia entre la “fuerza de ley” (*force de loi*) y la violencia que se juzga injusta. Desde este punto de vista, el CC es visto por sus defensores como un instrumento destinado a garantizar la aplicación iterativa del modelo deconstructivo, autorizando con esta soberanía renovada la constante incondicionalidad de la libertad.

References

- ANZILOTTI, D. 2021. *Il diritto internazionale nei giudizi interni*. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, E.S.I. Spa, 384 p.
- ASAMBLEA GENERAL, Organización de las Naciones Unidas. 2015. *Transformar nuestro mundo. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf
- BIDART CAMPOS, G., y HERRENDORF, D. 1991. *Principios de derechos humanos y garantías*. Buenos Aires, EDIAR, 596 p.
- BINDER, C. 2010. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: A. Von Bogdandy; E. Ferrer Mac-Gregor; M. Morales Antoniazzi, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Ciudad de México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, pp. 159-188.
- BOSTROM, N. 2005. A History of Transhumanist Thought. *Journal of Evolution and Technology*, **14**:1-25.
- CHALMERS, D. 2001. Post-Nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes. *Journal of Law and Society*, **27**(1):178-217.
- DERRIDA, J. 1977. *Posiciones*. Valencia, Pre-textos, Valencia, 131 p.
- _____. 1978. *De la gramatología*. 1978. Buenos Aires, Siglo XXI, 397 p.
- _____. 1981. *Espolones. Los estilos de Nietzsche*. Valencia, Pre-textos, 88 p.
- _____. 1989. *La escritura y la diferencia*. Barcelona, Anthropos, 416 p.
- _____. 1997. *La diseminación*. Madrid, Editorial Fundamentos, 560 p.
- _____. 1998. *Ecografías de la televisión*. Buenos Aires, EUDEBA, 199 p.
- _____. 2003. Autoimmunity: Real and Symbolic Suicides. A Dialogue with Jacques Derrida. In: *Philosophy in a Time of Terror: Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*. Chicago, University of Chicago Press, pp. 85–126.
- _____. 2005. *Rogues: Two Essays on Reason*. Stanford, Stanford University Press, 200 p.
- _____. 2009a. Unconditionality or Sovereignty: The University at the Frontiers of Europe. *Oxford Literary Review*, **31**(2):115–131.
- _____. 2009b. *The Beast & the Sovereign, Volume 1*. Chicago, The University of Chicago Press, 368 p.
- _____. 2012. *Espectros de Marx*. Madrid, Trotta, 200 p.

- DERRIDA, J. 2018. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Madrid, Tecnos, 150 p.
- DULITZKY, A. 2015. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, **50**(1):45-93.
- FERRAJOLI, L. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 184 p.
- FOUCAULT, M. *Microfísica del poder*. Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 189 p.
- FUENZALIDA, S. 2015. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho. Una revisión de la doctrina del 'examen de convencionalidad'. *Revista de Derecho* (Valdivia), **XVIII**(1):171-192.
- GADAMER, H-G. 2017. *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 704 p.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. 2013. *El Control de Convencionalidad: Construcciones y dilemas*, en G. CRUZ, *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*. Tomo II, Lima, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, pp.
- GARRIDO, I. 2017. *El soft law como fuente del derecho internacional*. Madrid, Dykinson, 236 p.
- GASCHÉ, R. 1988. *The Tain of the Mirror. Derrida and the hilosophy of Reflection*. Cambridge, MA., Harvard University Press, 358 p.
- HABERMAS, J. 2000. *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Barcelona, Paidós, 218 p.
- HELD, D.; MCGREW, A. 2003. Political Globalization: Trends and Choices. In: I. Kaul, *Providing Public Global Goods: Managing Globalization*. Oxford, Oxford University Press, pp. 185-199.
- KELSEN, H. 2012. La transformación del concepto de soberanía. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, **18**:345-358. (Esta traducción se basa en el texto alemán recopilado en Hanns Kurz, *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, 1970, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt. Esta recopilación remite a su vez a una primera publicación en *Studi Filosofico-Giuridici*, Bd. II. Modena 1931, pp. 1-11).
- KELSEN, H. 2013. *Principios de derecho internacional público*. Granada, Editorial Comares, 354 p.
- LAUTERPLACHT, H. 1927. *Private Law Sources and Analogies in International Law*. Londres, Longmans, Green and Co, 326 p.
- LYOTARD, J-F. 1988. *La diferencia*. Barcelona, Gedisa, 223 p.
- MIRSKY, Y., y LEE, W. 2020. The Creation and Detection of Deepfakes: A Survey. *ACM Computing Surveys*, **54**(1):1-41.
- MOSSBREGGER, K., TOLBERT, C.J., y McNEAL, C.S. 2007. *Digital Citizenship, the Internet, Society and Participation*. MA, MIT Press, 221 p.
- NASH, C. 2013. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, Universidad del Rosario, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pp. 489-509.
- NORRIS, C. 1988. Law, Deconstruction, and the Resistance to Theory. *Journal of Law and Society*, **15**(2):166-187.
- PEÑALVER, M. 1998. Entre la escucha hermenéutica y la lectura deconstructiva. In: A. Gómez Ramos. *Diálogo y deconstrucción. Los límites del encuentro entre Gadamer y Derrida*. Madrid, Cuaderno Gris, Universidad Autónoma de Madrid. 260 p.

- PETERS, A. 2012. Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, **16**:75-90.
- PICCIOTTO, S. 1997. Fragmented States and International Rules of Law. *Social and Legal Studies*, **6**(2):261-262.
- PINILLA, R. 2009. Autonomía moral e independencia judicial. Consideraciones a partir de Kant. In: M. Grande. *Independencia judicial: problemática ética*. Madrid, Dykinson, 240 p.
- PLATÓN. 1986. *Fedro*. En *Diálogos III: Fedón, Banquete, Fedro*. Madrid, Gredos, 413 p.
- _____. 2019. *La República*. Madrid, EDIMAT, 432 p.
- RAMPÉREZ, F. 2006. Por favor, no me comprenda, o sobre hermenéutica y deconstrucción. *Revista de Humanidades Tecnológico de Monterrey*, **21**:207-221.
- REISMAN, M. 1990. Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law. *The American Journal of International Law*, **84**(4):866-876.
- SAGÜÉS, N.P. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, **8**(1):117-136.
- SILVA, M. 2018. ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, **45**(3):717-744.
- SINGER, P. 2016. *The Ethics of Globalization*. New Haven, Yale University Press, 281 p.
- STEGER, M. B. 2003. *Globalization. A very short introduction*. Oxford, Oxford University Press, 147 p.
- TRIEPEL, H. 2010. *Völkerrecht und Landesrecht*. Charleston, Nabu Press, 470 p.
- UGARTEMENDÍA, J. I. 2023. *La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional*. Madrid, Civitas, 240 p.
- WHITE, N. D. 1993. *Keeping the Peace: The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*. Manchester, Manchester University Press, 1993.

Tratados y Convenciones

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 22 de noviembre de 1969.

Sentencias de la Corte Interamericana

- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang con Guatemala*. Corte IDH., sentencia de 25 de noviembre de 2003, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros con Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) con Perú* (2006). Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro et al.) con Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") con Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flórez con México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH. *Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños con El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012.

Corte IDH. *Caso Gelman con Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

Submetido: 31/21/2023

Aceito: 02/10/2024