Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

UNA MIRADA CRÍTICA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL PENSAMIENTO DE MICHEL FOUCAULT

A CRITICAL LOOK AT THE CONTROL OF CONVENTIONALITY FROM THE THOUGHT OF MICHEL FOUCAULT

***Severo Pablo Huiza Pinto*[1]**

Presentado: 31 de agosto de 2021; Aceptado: 20 de octubre de 2021.

RESUMEN

El presente trabajo se orienta a analizar las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad. Para el efecto se ha aplicado el método arqueológico de Michel Foucault que permite analizar las prácticas discursivas y las reglas de su formación de una determinada época buscando cuestionar los discursos de características universales. Los resultados de este estudio demuestran que el control de convencionalidad tiene la fuerza de modificar sistemas jurídicos internos a través de la formación de saberes jurídicos dominantes. En definitiva, este control de convencionalidad responde a la lógica del monismo jurídico internacional que propugna la unidad del derecho internacional y el derecho interno, pero con la prevalencia del primero.

Palabras claves: Concepto de poder / Saber / Control de convencionalidad.

ABSTRACT

The present work is oriented to analyze the relations of power / knowledge in the control of conventionality. For this purpose, the archaeological method of Michel Foucault has been applied, which allows us to analyze the discursive practices and the rules of their formation of a certain time, seeking to question the discourses of universal characteristics. The results of this study show that conventionality control has the power to modify internal legal systems through the formation of dominant legal knowledge. Ultimately, this control of conventionality responds to the logic of international legal monism that advocates the unity of international law and domestic law, but with the prevalence of the former.

Keywords: Concept of power / Knowledge / Control of conventionality.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de derechos humanos como movimiento internacional continúa en el debate académico por la enorme importancia que tiene para el pensamiento jurídico. En el marco institucional panhispánico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “Corte Interamericano”, “Corte, o “Tribunal”) es donde se

1 Abogado y candidato a doctor por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. severo.uasb@gmail.com

formó el control de convencionalidad[2] que es un mecanismo jurídico diseñado para la protección de los derechos humanos. Una de las problemáticas que abraza el control de convencionalidad es posiblemente un pensamiento único que implica relaciones de poder/saber que evoca la unidad del sistema de derecho internacional. Pues, la problemática jurídica planteada no pretende de ninguna manera descalificar la conveniencia y la necesidad de su implementación ni desconocer los avances importantes que se han logrado en la protección de los derechos humanos. El criterio que se tiene es dar otra mirada[3] y romper con los cánones clásicos del estudio de los derechos humanos.

Determinado el objeto de estudio y su problemática, se opta a formularse la pregunta de investigación correspondiente. Dentro de ese marco, la idea de un pensamiento único que probablemente se busca con el control de convencionalidad, desde luego, involucra lógicas de poder que lanza a preguntarse: ¿Cómo se manifiesta las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad? Pregunta que se la formula desde los vencidos o negados por la historia universal. En el afán de encarar la pregunta y ofrecer una respuesta, la "idea a defender" en este desafío investigativo será: *las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad se manifiesta en la formación de saberes jurídicos dominantes.* Se advierte que esta idea a defender se sustenta en el pensamiento de Michel Foucault que es un pensador del poder que cuestiona las formas unitarias del pensamiento humano.

Para encarar la idea a defender se plantea como objetivo del trabajo analizar las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad. El tema está justificado, siendo que el análisis del control de convencionalidad desde una perspectiva del poder/saber contribuirá a una teoría crítica del derecho. El pensar socio-jurídico es fundamental para el desarrollo de una conciencia libre. La teoría de la convencionalidad se ha transformado en la experiencia jurídica e imperativa de este tiempo o del siglo XXI y conocerlo desde perspectivas críticas debe ser una prioridad. El tema en estudio también tiene su novedad científica que radica en que se aporta con una nueva manera de encarar la realidad jurídica, con una labor crítica, distinta al positivismo investigativo de la ciencia moderna. En tiempos de excesivo pragmatismo y positivización, la reflexión crítica se convierte en una novedad; los juristas también tienen que tener la capacidad de pensar el derecho desde el poder en todas sus formas manifiestas.

El artículo está estructurado de la siguiente manera: en un primer momento, se establece la metodología adecuada al tema en desarrollo. En un segundo momento, se realiza un estudio teórico del concepto poder y la categoría de saber desde la perspectiva epistemológica de la teoría crítica de Michel Foucault. En un tercer momento, se desarrolla teóricamente en sus dimensiones básicas el control de convencionalidad. En un cuarto

2 El artículo de investigación es producto del avance de investigación de la tesis doctoral realizada en la Universidad Andina Simon Bolivar-Sede Ecuador.

3 Se establece que el presente artículo de investigación se enfocará en el análisis del control de convencionalidad solo desde la visión crítica foucaultiana sin ingresar a otro tipo de perspectivas o diálogo con otras miradas.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

momento, se toca el punto de los resultados del tema con el análisis de las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad con la defensa o demostración de la idea planteada. Finalmente, se efectúa una discusión del tema planteado.

2. POSTURA EPISTEMOLÓGICA Y METODOLÓGICA

En el acápite se va fijar la postura epistemológica y metodológica del tema. Para conocer la realidad es imprescindible contar con una teoría del conocimiento adecuada a la realidad que se va estudiar. En ese sentido, se pregunta: ¿Cuál es la postura epistemológica-jurídica que se adoptará en el presente trabajo? Antes de responder la pregunta se hace necesario referir que se irá en contra de las perspectivas epistemológicas clásicas. La vida del derecho muestra que han existido diversas formas de conocimiento del derecho. Entre los modelos epistemológicos más influyentes en el mundo jurídico son el *ius* naturalismo, el positivismo jurídico y realismo jurídico. Pero, la matriz teórica-epistémica de aceptación mundial es el positivismo jurídico que tiene sus defensores y detractores a su forma de producción jurídica.

En ese ámbito, se anota que existen otras formas de producción jurídica como la "teoría crítica del derecho" que es un paradigma jurídico alterno al iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el realismo jurídico. En esencia, esta teoría permite un análisis socio-jurídico de los hechos o fenómenos jurídicos, cuyo objetivo es generar la emergencia de juristas con conciencia crítica y compromiso social. Esta teoría crítica tiene varios campos de acción, entre estas, cuestionar el positivismo jurídico y su variante el formalismo jurídico, los proyectos hegemónicos en el derecho, las culturas jurídicas monistas, entre otras. Para la temática, la crítica debe ser entendida desde lo creativo, dinámico y transformador, puesto que la realidad no es estática ni dogmatica, va mutando a cada momento.

Sobre la base epistemológica fijada, se procede a precisar la opción metodológica. En esta elección se trabaja con el método "arqueológico" de Foucault que permite analizar las prácticas discursivas y las reglas de su formación (objetos, enunciados, conceptos, estrategias); se enfoca en la descripción de las positividades de los saberes o *episteme* de una época. En ese ámbito, la arqueología es un método que cuestiona los discursos de poder universales y verdaderos (critica las ideas de unidad, continuidad, totalidad, origen). Trata de visibilizar los saberes locales que las instancias unitarias teóricas las desplazaron en nombre de la ciencia y buscar rupturas en el orden del poder/saber criticando sus formas dominantes. El método no se preocupa de los asuntos semánticos o lingüísticos ni de los semióticos del discurso; tampoco hace un análisis de la historia de los discursos, ni trata de develar cosas ocultas en los enunciados. Es un método distinto del análisis crítico del discurso, por cuanto, tienen objetivos diferentes: el arqueológico, hace un análisis de las formaciones discursivas y el análisis crítico del discurso, efectúa análisis de discurso contextual e ideológico.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

3. MARCO TEÓRICO

3.1. Concepto de poder en Michel Foucault

El planteamiento es analizar las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad y en ese entendido, es correcto dejar establecido un marco teórico sobre el concepto de poder, en el caso, desde la perspectiva de Michel Foucault. Para pensar el poder es preciso remitirse al mundo de los principios fundantes de la realidad; es decir, buscar respuestas en la mente humana. Por ello, se hará referencia, brevemente, a los distintos sistemas lógicos de poder existentes y así poder ubicar el pensamiento de Foucault dentro de uno de ellos.

El primer sistema es el que se denomina como la *lógica de identidad* que propugna el pensamiento único y que representa el elemento determinante en la construcción de la modernidad, así como de los sistemas de dominación. Esta lógica trabaja con el principio de identidad, el principio de no contradicción, el principio del tercer excluido y el principio de la razón suficiente. De estos principios se puede deducir las lógicas de exclusión, homogeneización, supremacía y centralización del pensamiento. Lo fundamental de la lógica de identidad es que no reconoce el pensamiento del otro; en la que se enfatiza una sola polaridad y se reprime la polaridad opuesta. Es decir, tiene una concepción lineal y continua de la realidad. (Medina, 2010).

El segundo sistema importante es el que se refiere a la *lógica de la diferencia*. El rasgo distintivo de la lógica es el reconocimiento o la inclusión de lo diferente. En esta rige de manera relevante el principio de contradicción que respeta las particularidades. Es un pensamiento que va en franca contradicción a los sistemas unitarios y totalitarios en la construcción de la realidad. Es más, plantea la heterogeneidad para explicar lo complejo de la realidad. En ese sentido, es una lógica que está identificada con la posmodernidad que cuestiona lo absoluto y lo verdadero desde lo relativo y contextual. (Medina, 2010).

También, hay que hacer referencia a la *lógica dialéctica* que sostiene la teoría de los contrapuestos en el pensamiento. Su principal postulado es la contradicción y el cambio que tiene su inicio en la materialidad y no en las abstracciones. Sin duda, es un pensamiento que cuestiona a la lógica de la identidad desde la diferencia buscando una síntesis en esa contradicción lógica. En ella aparece articulada la idea de que la realidad está en constante movimiento y que la historia avanza de contradicción en contradicción. (Medina, 2010).

Como cuarto sistema es la *lógica de la complementariedad de los opuestos*. Obviamente, esta lógica es contraria a las polaridades, va velando por las interacciones recíprocas; lo que se hace, por tanto, es valorar las diferencias buscando puntos de equilibrio. Pues, es un modelo de pensamiento de ordenación de la realidad, una lógica de la oposición complementaria inspirada en el diseño universal constituido por dos polaridades fundantes: lo alto y lo bajo; el cielo y la tierra: lo femenino y lo masculino: izquierda y derecha; con la incorporación de un tercer elemento (la ley del buen equilibrio). (Medina, 2010).

Por último, hay que hacer referencia a la *lógica dialógica* que postula un diálogo con todas las partes sin excluir absolutamente a nadie. Se puede decir que es una lógica universal y circular que involucra a todos. Para este sistema todo está conectado, entrelazado, el todo y la parte no se entienden separados. (Medina, 2010).

En base a los sistemas lógicos precisados, es pertinente introducirse en el pensamiento de poder de Michel Foucault quien nos dará cuenta de cómo funciona el poder en las sociedades modernas. Es de advertir que en su análisis del poder no parte de la pregunta: ¿Qué es el poder?, sino por la interrogante: ¿Cómo se ejerce el poder y que efectos produce? Es importante, considerar que Foucault en su exposición sobre el poder utiliza dos concepciones clásicas: por un lado, la concepción jurídica liberal o contractualista, que sostiene que el poder es un derecho a la manera de un "bien" que se puede vender a través de un contrato por actos de disposición de la libre voluntad. En ese sentido, el poder se constituye sobre un acuerdo o gracias a una operación de orden legal en la que los particulares ceden su poder individual; (Foucault, 1976) y, por otro lado, la concepción marxista, economicista o lo que se llamaría la: "*Funcionalidad económica*, en la medida en que el papel del poder consistiría, en esencia, en mantener relaciones de producción y, a la vez, prorrogar una dominación de clase que el desarrollo y las modalidades características de la apropiación de las fuerzas productivas hicieron posible". (Foucault, 2000, p. 27). Es a partir del estudio de estos dos modelos que plantea su propia visión de poder.

Desde una perspectiva alterna, Foucault en su intento de cuestionar la lógica de poder del orden capitalista liberal y superar la lógica marxista de análisis de poder, se pregunta: ¿De qué disponemos hoy para hacer un análisis no económico del poder? En respuesta, precisará que: "Contamos, en primer lugar, con la afirmación de que el poder no se da, ni se intercambia, ni se retoma, sino que se ejerce y sólo existe en acto. Contamos, igualmente, con otra afirmación: la de que el poder no es, en primer término, mantenimiento y prórroga de las relaciones económicas, sino primariamente, una relación de fuerza en sí mismo". (Foucault, 2000, p. 27).

Bajo esas premisas teóricas, se puede afirmar que para Foucault el poder no es una cosa que se puede poseer o detentar; no se centra en una persona o institución, sino son relaciones de fuerza. El propio autor señalará: "En realidad, las relaciones de poder son relaciones de fuerza". (Foucault, 2013, p. 77). El poder, entonces, se plantea en términos de relaciones de fuerza, una red compleja entre seres humanos; relaciones de poder, entre el jefe y su dependiente, el padre con su hijo, un hombre y una mujer, el profesor con su alumno, entre otros. (Foucault, 2013).

Foucault (1976) plantea que se tiene dos hipótesis sobre el poder: "por un lado, los mecanismos del poder serían los de la represión (la llamaría por comodidad hipótesis de Reich); por el otro, la base de la relación de poder sería el enfrentamiento belicoso de las fuerzas (la llamada hipótesis de Nietzsche)" (p. 25). La represión en la elaboración teórica foucaultiana es inadecuada para la analítica del poder. Si bien el poder es esen-

cialmente represivo (prohíbe, reprime instintos, reprime a las clases); empero, también tiene una faceta positiva (produce saber, produce discursos, produce realidad, etc.). (Foucault, 1976). Respecto a la segunda hipótesis de que el poder es guerra. Este es el esquema de análisis de poder que Foucault va a defender. Sostendrá que el poder al ser una relación de fuerza: "debería ser analizado en términos de lucha, de enfrentamientos y de guerra, en lugar de serlo en términos de cesión, contrato, alienación, o en términos funcionales de mantenimiento de las relaciones de producción". (Foucault, 1976, p. 24).

En este orden expositivo, emerge una interrogante insoslayable. ¿Cuál es el nexo del poder/guerra con el derecho? Foucault (1995) sobre este asunto de manera radical sostendrá que: "El derecho es, pues, una manera reglamentada de hacer la guerra". (p. 66-67). La cita es contundente, en efecto, el derecho es un regulador de las relaciones de fuerza. No es de sorprenderse que el derecho regule relaciones de enfrentamiento o fuerzas de desequilibrio; toda vez que es contrastable la contención entre particulares que buscan hacer prevalecer sus pretensiones jurídicas. (Foucault, 1976).

En este punto se puede concluir y enfatizar que el poder desde la perspectiva foucaultiana es una relación de fuerza (poder igual a fuerza). También es viable afirmar que, dentro de los sistemas lógicos de poder, el pensamiento de Foucault se ubica en la *lógica de la diferencia* que propugna el reconocimiento o inclusión de lo diferente. Y será desde este pensamiento de poder que se analizará el discurso del control de convencionalidad y establecer cuál es su lógica de poder.

3.2. El concepto de saber en Michel Foucault

Se ha dicho que el poder es una relación de fuerza, ahora toca entender el saber desde la óptica foucaultiana y así tener el panorama completo a que refiere con las relaciones de poder/saber. En esa medida, se parte por las prácticas de poder que articulan el saber. Por lo que, Foucault (1999) escribirá: "Lo que hace que el poder se aferre, que sea aceptado, es simplemente que no pesa solamente como una fuerza que dice no, son que de hecho circula, produce cosas, induce al placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo más como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social que como una instancia negativa que tiene como función reprimir". (p. 48). Es bastante clara su posición, al afirmar que el poder no solo reprime para consolidar su dominio, sino que produce saber. Eso implica básicamente que el poder es una maquinaria de creación o elaboración de conceptos para un acompañamiento efectivo en su ejercicio.

Para comprender esta racionalidad, lo que aquí se desarrolla está orientado a defender la tesis de la perpetua articulación del poder y el saber. Foucault (1992) afirma: "El ejercicio del poder crea perpetuamente saber e inversamente el saber conlleva efectos de poder". (p. 99). En este desarrollo, se pretende escudriñar y descubrir el fondo de las relaciones de poder y saber; si se analiza el saber desde su campo de lucha en el que se desplaza, se crea y recrea en la realidad, y por eso es viable captar su funcionamiento y los efectos de poder que abrazan. (Foucault, 1992).

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

En mérito a las afirmaciones efectuadas, Foucault (2000) explica como se forman los saberes dominantes. Al respecto, dirá que se presenta cuatro procedimientos que son: 1) La eliminación de saberes de aquellas que se consideran inútiles, onerosas o pequeños saberes; 2) La normalización de saberes que deja nexos discursivos que irrumpen con el secreto y otro tipo de dispersión de saberes; 3) Clasificación de saberes desde los englobadores pasando por los locales, entrelazándolas unos con otros; y 4) La centralización piramidal que controlará a los demás saberes por medio de la elección para su comunicación, jerárquicamente partiendo de arriba hacia abajo y viceversa, y predomine su organización. (p. 168).

Para explicar el proceso de formación de saberes dominantes, Foucault (1992) expone que, en el siglo XIX, el poder para afirmarse tuvo que llevar a la clandestinidad a todo lo diferente. Haciendo una selección de aquello que consideraba normal de lo anormal con la creación de instituciones represivas, sea la prisión o manicomio. Esto implica ofensivas y contraofensivas, llevando a una batalla de saberes, saliendo victorioso el saber dominante. (p. 108-109). El sistema de poder excluye y separa todo aquello que considera improductivo para la sociedad racional moderna. Entre estos están todos los sectores vulnerables como los delincuentes, minorías étnicas, enfermos, entre otros. (Foucault, 1992).

Los sistemas de exclusión desde las teorías envolventes y globales van formando saberes dominantes que tienen sus repercusiones en los saberes locales. (Foucault, 1992). La antítesis de los saberes totalizantes será la crítica desde lo local. Lo que Foucault llama retornos del saber que entiende que debe producirse la insurrección de los saberes sometidos. Explica que los saberes sometidos son, primero, contenidos o bloques de saberes históricos que están en la realidad, pero enmascarados o invisibilizados en la estructura social como es el caso de los asilos, la prisión, entre otros. (Foucault, 1992). Segundo, estos saberes son aquellas: “que estaban descalificados como saberes no conceptuales, como saberes insuficientemente elaborados: saberes ingenuos, saberes jerárquicamente inferiores, saberes por debajo del nivel del conocimiento o de la cientificidad exigidos”. (Foucault, 1992, p. 21).

Es posible sintetizar que el poder y el saber están estrechamente vinculadas; que no se pueden separar. La unión de ambos permite construir hegemonías de toda índole como la formación de saberes jurídicos dominantes. Esta formación de saberes, sin duda, tiene que ver con la faceta positiva del poder que es un mecanismo silencioso. Para establecer su poder un determinado saber se enfrenta con otros saberes; están en una pugna permanente por ocupar un lugar de privilegio. Entonces, cuando se hace referencia a las relaciones de poder/saber se está hablando del “poder del saber” o de la “fuerza del saber” como se tiene delineado en este trabajo. Por tanto, el reto trazado es analizar la fuerza del control de convencionalidad como un saber jurídico de la época de su momento de formación discursiva.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

3.3. Concepto de control de convencionalidad

Este punto se enfoca en el despliegue del objeto de estudio en su descripción teórica mínima en sus conceptos fundamentales. Para encarar sobre la temática planteada surgen preguntas: ¿Qué es?, ¿quién lo ejerce? Para responder estas interrogantes, se expone el contenido del denominado control de convencionalidad y se inicia con el debate sobre las teorías (dualista y monista) de la incorporación del derecho internacional en el derecho nacional.

La *"*teoría dualista" propugna que el derecho internacional y el derecho interno son dos estructuras jurídicas diferentes que mantienen su independencia. El derecho internacional no tiene la fuerza suprema, por tanto, no puede modificar el derecho interno, puesto que rige la primacia del derecho nacional. Esta teoría responde a un esquema estatal independiente y soberano de concepciones del liberalismo político. Esto significa que el derecho internacional y el derecho interno tienen sus características y fuentes de aplicación propios. (Kelsen, 2009). Es más, el derecho internacional pasará a formar parte de un orden jurídico interno a través de un acto de aprobación para ser tenida como derecho vigente; es decir, para que tenga efectos vinculantes debe ser primero aprobado. (Kelsen, 2009).

La "teoría monista" plantea que el derecho internacional y el derecho interno forman la unidad del sistema jurídico y no son diferentes o independientes. Son dos ordenamientos jurídicos que forman una unidad lógica que son interdependientes entre sí. (Kelsen, 2009). La teoría defiende el monismo de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno; surgiendo así, un derecho nacional subordinado al derecho internacional que busca su validez y fundamento en este. (Kelsen, 2009). Asimismo, la corriente tiene perfecciones jerárquicas, puesto que para la validez de una norma jurídica debe estar conforme a una norma fundamental. De ahí que, el derecho internacional para ser parte de un derecho interno no requiere de un acto de incorporación, siendo de aplicación directa. (Kelsen, 2009).

Las teorías tradicionales de recepción del derecho internacional en el derecho interno (dualismo y monismo) fueron ampliamente cuestionadas por parte de las *"*teorías complementarias". Entre éstas, la teoría coordinadora o conciliatoria que sostiene la unidad del derecho internacional y el derecho interno, pero sin supremacías jurídicas. Así que, es una doctrina que plantea la conciliación entre los dos sistemas jurídicos en términos de equilibrio, de una lógica de complementariedad. (Cabrera, 2014).

El tema de la incorporación del derecho internacional en el derecho interno en este trabajo investigativo tiene su propia importancia, porque en él confluye la lógica de poder de construcción de los derechos humanos. Pues, la teoría dualista tiene su relación con la "lógica de la diferencia"; la teoría monista tiene su vínculo con la "lógica de la identidad" y la teoría coordinadora o conciliatoria tiene su nexo con la "lógica de complementariedad de opuestos".

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

Precisado la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, se pasa a establecer el marco teórico del control de convencionalidad empezando por su origen. Respecto al origen conceptual del control de convencionalidad se halla en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hacen a su vigencia en la actualidad. El antecedente más inmediato sobre el control de convencionalidad se tiene en los votos razonados separados del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el jurista Sergio García Ramírez, entre los esenciales, el caso *Mack Chang v/s Guatemala* de 25 de noviembre de 2003 y el *caso Tibi v/s Ecuador* de 7 de julio de 2004. (García, 2011).

Se enfatiza que la práctica jurídica del control de convencionalidad conceptualmente surge con ese nombre en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más precisamente en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, en el que se preciso:

> 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… (Corte IDH, 2006, parr. 124).

Por su parte, Natalia Torres Zúñiga (2013) sostiene:

> El control de convencionalidad es una técnica de contraste normativo que determina la compatibilidad de las disposiciones de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); y/o permite declarar la inconvencionalidad de las disposiciones, interpretaciones u omisiones de derecho interno a la luz de los instrumentos antes mencionados. De este modo, la CADH se convierte en el parámetro de control, mientras que las disposiciones de derecho interno en el objeto controlado. En líneas generales, se trata de una obligación que deben llevar a cabo los jueces nacionales y la Corte IDH. (p. 3).

Pues bien, esta formación del saber jurídico ha ido madurando en un escenario de evolución conceptual de la que fue objeto en el transcurso del tiempo, entre las más importantes se tiene: el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

vs. Perú[4] (2006), en el que se estableció que *el control de convencionalidad debe ser realizado ex officio* en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes; el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México[5], en el que se constituye la obligación de realizar el control a los jueces y órganos vinculados a *la administración de justicia en todos los niveles*; el Caso Gelman Vs. Uruguay[6], que establece la obligación de *toda autoridad pública* de ejercer el control de convencionalidad; el caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala[7], relativo a que los parámetros de convencionalidad *se extienden a otros tratados de derechos humanos* (la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Belém do Pará y otros); el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname[8], que nos da la lección de que la Convención Americana sobre derechos Humanos *no impone un determinado modelo de control de convencionalidad*; y la opinión consultiva OC-21/14 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración[9] que prescribió acerca de *la ampliación del parámetro de convencionalidad a las opiniones consultivas*.

Al margen de su evolución conceptual, el control de convencionalidad también tiene sus tipos de ejercicio; los cuales tienen sus ámbitos de competencia, tanto en sentido material como formal, con sus propias estructuras y funcionamientos a la manera de cómo es realizado cada uno con sus objetos y fines. En ese trance, el tratadista Luis Eusebio Alberto Avendaño González (2014) orienta que el control de convencionalidad tiene dos sentidos; el externo o concentrada, ejercida por la Corte Interamericana; y el interno o difuso, como competencia de los jueces y autoridades nacionales. (p. 10). Cada tipo de control de convencionalidad tiene configuraciones y efectos diferenciados que están supeditados a su manera de ejercicio, sea realizado por un juez nacional o por un juez interamericano. (Urviola, 2019).

Para entender el control de convencionalidad es vital determinar las bases sobre la cual se edifica esta construcción conceptual. Sobre el fundamento del control de convencionalidad, el jurista Néstor Pedro Sagüés (2010) aseveró: "Las razones dadas por

4 Cfr. Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, (24 de noviembre de 2006).

5 Cfr. Corte IDH, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, (26 de noviembre de 2010).

6 Cfr. Corte IDH, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), *Caso Gelman Vs. Uruguay*, (24 de febrero de 2011).

7 Cfr. Corte IDH, Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*, (20 de noviembre de 2012).

8 Cfr. Corte IDH, Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, (30 de enero de 2014).

9 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultativa OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014 (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional), *solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*, (19 de agosto de 2014).

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son dos, y ambas de derecho internacional: (i) las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe; (ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados". (p. 4).

Bajo los criterios anotados, la inobservancia *per se* del control de convencionalidad implica la vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la jurisprudencia interamericana que tiene como consecuencias la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado. ¿Qué es la responsabilidad internacional del Estado? Esta responsabilidad es la atribución que se realiza a un Estado por un hecho o acto ilícito que contraviene a las obligaciones internacionales de carácter obligatorio y *erga omnes* de derechos humanos. (Bazán, 2015). Al respecto, Víctor Bazán (2015) dirá: "Existe hecho estatal internacionalmente ilícito cuando un comportamiento consistente en una *acción u omisión* es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación a una obligación internacional de aquel". (p. 4). El punto central para la responsabilidad internacional está en la inobservancia en los deberes[10] estatales. Estos deberes se refieren al respeto, garantía y armonización (la modificación, derogación, anulación o reforma) del derecho interno, que surge al momento de su ratificación, que están reguladas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana. (Organización de Estados Americanos, 1969).

En suma, el control de convencionalidad es una herramienta jurídica internacional que tiene por objeto velar el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras normas del *corpus iuris* para que no se vean mermados o anulados por la aplicación de normas contrarias a sus disposiciones. Pues, este control de convencionalidad no es solo una atribución de la Corte Interamericana, sino de todas las autoridades nacionales en los Estados internos; tiene una importancia sustancial, ya que incide en forma directa en el funcionamiento de los distintos sistemas jurídicos que forman parte del sistema interamericano.

4. RESULTADOS

En el horizonte de análisis, se sostendrá la idea de que las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad se manifiesta en la formación de saberes jurídicos dominantes. Lo que se pretende es describir cómo funciona el poder en complicidad con el saber en el ámbito de los derechos humanos. Se estableció que el poder no sólo reprime, sino que produce saber y, para que este sea uniforme y no se disperse define la unidad de los saberes en los discursos. Tomando como base el método foucaultiano se

10 "Los arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, sientan "deberes" específicos para los Estados a ella adheridos. El primero, esencialmente, establece dos: a) *respetar* los derechos de la Convención, y b) *garantizarlos,* sin discriminación alguna. A su turno, el art. 2º les obliga a adoptar" disposiciones legislativas o de otro carácter" necesarias para efectivizar aquella garantía. Aquí se alude al "efecto útil" que debe tener el Pacto". (Sagüés, 2010, p. 2).

va describir cómo se separa, clasifica, jerarquiza y centraliza las formaciones discursivas del saber desde la experiencia del control de convencionalidad.

4.1. El principio de exclusión en la formación de saberes jurídicos dominantes

Para el análisis de las relaciones de poder/saber en los derechos humanos se va empezar con la primera estrategia que tiene que ver con el principio de exclusión aplicable a la formación de saberes jurídicos dominantes que se propicia desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para el análisis correspondiente se individualiza la formación discursiva como saber de la época. En tal sentido, los enunciados que dieron inicio a la formación del control de convencionalidad es la que se sustentó en el caso Almonacid Arellano vs. Chile en el año (2006):

> …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… (Corte IDH, 2006, parr. 124).

En este pronunciamiento se puede hallar la aplicación del principio de separación, puesto que se produce la afirmación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para que sea honrado en su cumplimiento, que sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin por los Estados que han ratificado este tratado internacional. Lo que se está haciendo en realidad es establecer la formación de un saber jurídico, pero que implica la exclusión de otros saberes jurídicos. Las institucionalizaciones del saber generan asimetrías desplazando otros saberes que se van considerando infrasaberes. De ahí que, la teoría del control de convencionalidad es una postura jurídica que tiene su estrecha relación con los saberes de la modernidad que determinan los conocimientos a ser separados para manifestar su poder. En este caso, el derecho nacional ha quedado como un saber local desplazado frente a la teoría unitaria del control convencional, estando filtrado, jerarquizado y condenado a ser sitio de recepción y adecuador entre las normas jurídicas en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y esto no es más que una guerra silenciosa que se hace a través de la destrucción de los saberes locales. Por tanto, el control de convencionalidad se convierte en una juridicidad única en detrimento de las demás existentes; esto no es otra cosa que la uniformización del derecho afirmando a la dominante y suprimiendo el otro derecho más débil.

Desde luego, que esta formación ha generado transformaciones jurídicas en el derecho. El Estado nacional como centro generador del derecho es desplazado por las instancias internacionales. Hoy se asiste desde hace más de una década y media a la consolida-

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

ción de un modelo de derecho distinto a la configurada por los Estados nacionales. Lo que se quiere mostrar es que el derecho tiene una multiplicidad de fuentes, pero con la prevalencia del derecho internacional, que el Estado ya no es la privilegiada y que ahora comparte su labor de producción de saberes jurídicos con organismos supraestatales como es el caso de la Corte Interamericana.

4.2. El principio de homogeneización en la formación de saberes jurídicos dominantes

En este acápite se analizan las reglas de formación de los discursos en su elemento homogeneizador que es un segundo momento de la formación de saberes dominantes. Aplicando la opción metodológica arqueológica asumida, se describirá de cómo se homogeneiza los saberes jurídicos a través de la práctica jurídica del control de convencionalidad. La figura que mejor permite explicar la homogeneización de saberes jurídicos es la "clausula de interpretación conforme" como imperativo en el campo de la *episteme*. Para fundamentar las circunstancias de su formación, se tomará el discurso del caso Radilla Pacheco Vs. México, que prescribe:

> Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención… (Corte IDH, 2009, parr. 338).

En base al régimen discursivo anterior, es posible sostener que el control de convencionalidad para su aplicación en los sistemas jurídicos internos se materializa a través de la expulsión de preceptos jurídicos internos y de la interpretación conforme. Para entender esta última, Néstor Pedro Sagüés (2010) de manera analítica dirá: "el control de convencionalidad parece operar como una suerte de rayo exterminador de normas locales. Esto vendría a ser la 'faceta destructiva' de ese control. Pero avizoramos otra, de tipo 'constructivo' o positivo". (p. 14). Precisamente, esta última faceta positiva está relacionada con la interpretación conforme que fue planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco Vs. México (2009) para establecer un contrapeso frente el carácter expansivo-represivo (exterminador) del control de convencionalidad que había sido formado en el caso Almonacid Arellano vs. Chile y el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006). En ese ámbito, la interpretación conforme es una labor de rescate de normas (sin expulsar las normas de derecho interno), que permiten mantener en vigencia el derecho interno

puesto en colisión con las normas convencionales y que estaría encargado a todos los sujetos legitimados a la aplicación del derecho convencional. (Sagüés, 2010).

Ahora bien, si bien la cláusula de interpretación conforme es una herramienta de protección de derechos y permite el rescate de normas internas; empero, es un instrumento de homogeneización de saberes jurídicos, siendo que le corresponde observar a *todas las autoridades del Estado* compitiéndoles aplicar los estándares jurisprudenciales emanados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sin excusa alguna o alegación de derecho interno. (Loianno, 2020). Ciertamente, todo operador jurídico en su tarea de aplicador de derechos humanos lo primero que debe realizar es concretar la interpretación conforme, para luego en caso extremo, efectuar la expulsión de la normativa interna que sea calificada de inconvencional.

En el orden jurídico internacional homogeneizador, lo que se está configurando es un problema ya no desde dominador que necesita legitimar sus imposiciones, sino que es el propio dominado quien asume el rol de autoinstrumentalizarse para la aplicación del derecho. En ese sentido, los actuales sistemas jurídicos se enfrentan a una tendencia homogeneizante de las orientaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que las autoridades del Estado y los jueces vinculados a la administración de justicia simplemente se dedican a la compatibilización en su ordenamiento jurídico interno por las interpretaciones conforme.

4.3. El principio de supremacía en la formación de saberes jurídicos dominantes

Para la prosecución del análisis de la práctica discursiva-saber del control de convencionalidad, se procede a la descripción del tercer elemento para la formación de saberes dominantes referida al principio de supremacía. Dado este contexto, se tiene la narrativa de que en el derecho también está presente las ideas de supremacismos como prácticas específicas del poder indispensables para la formación de saberes dominantes.

En esa línea, para establecer la tesis de la superioridad convencional se tiene el enunciado contenido en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que prescribe: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. (Organización de las Naciones Unidas, 1969). Es sobre la base de esta norma internacional que se define la jerarquía normativa de los tratados que se reconoce la supremacía del derecho convencional sobre el derecho local como una formación de un saber dominante.

La formación del control de convencionalidad es parte de un pensamiento cosmopolita que mira a los demás derechos locales para asimilarlos. Este instituto convencional ocupa un lugar privilegiado teniendo consecuencias en los Estados nacionales para garantizar la protección de los derechos humanos. En el ámbito, se dio la cobertura al desvanecimiento del derecho nacional con su relativización y la pérdida de fuerza normativa. Claramente, las normas convencionales y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen una influencia marcada en los ordenamientos

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

internos. Ahora, corresponde asimilar esta nueva realidad jurídica en la que los sistemas de fuentes del derecho se han modificado con una situación de superioridad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Giménez, 2020).

El discurso del control de convencionalidad procura hacer prevalecer el Pacto de San José de Costa Rica sobre las reglas locales que se le oponen. El mecanismo va a establecer que los Estados no pueden invocar su derecho interno para no cumplir con los parámetros de convencionalidad (como la prescripción, el principio de *non bis in idem*, la irretroactividad, la cosa juzgada, etc.). En consecuencia, los Estados miembros están obligados a cumplir con las decisiones convencionales que se les impongan haciendo realidad en sus sistemas jurídicos internos. (Velandia, 2017).

La superioridad radica en que las normas convencionales y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se superponen sobre las resoluciones de los tribunales locales (tribunales constitucionales o tribunales supremos). Fundándose en el hecho de que los supuestos facticos que van ocurriendo en los ordenamientos jurídicos locales no pueden ser contrarias a las normas y la jurisprudencia interamericana. En ese contexto, las razones de orden interno no son validas para incumplir con los parámetros convencionales. Uno de los ejemplos expresivos sobre la supremacía convencional, es el caso "La última tentación de Cristo"[11] (caso Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, en el que se dispuso la modificación del derecho interno chileno buscando su compatibilidad con las normas internacionales en resguardo de los derechos humanos.

4.4. El principio de centralización en la formación de saberes jurídicos dominantes

El último elemento de análisis sobre la formación de saberes jurídicos dominantes está referido al principio de centralización que se va desplegando desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del control de convencionalidad. Para la circulación de saberes es relevante contar con un sitio de formación y sus respectivos lugares de recepción y así tener un contraste perfecto. Por lo que, es necesario entrar a comprenderlo por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana tomando el caso Almonacid Arellano vs. Chile en su última parte que tiene el siguiente enunciado:

> …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 esta 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. (Corte IDH, 2006, parr. 124).

11 "En la sentencia de 5 de febrero de 2001, la Corte Interamericana declaró que el Estado de Chile violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los denunciantes y que incumplió los deberes generales establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la propia Convención. Ordenó al Estado modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película 'a última tentación de Cristo', así como rendir a la Corte Interamericana, dentro de un plazo de seis meses, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto". (Ovalle, 2012, p. 19-20).

Es una jurisprudencia fundante del control de convencionalidad en el que la Corte Interamericana adoptó rol centralizador –para hablar de centro tiene que haber periferia– de la producción jurídica a través de sus precedentes en el continente americano. Se establece que los obligados a ejercer el control de convencionalidad no solo deben observar como sus fuentes a los tratados y convenios internacionales interamericanos, sino la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En ese escenario, la jurisprudencia es de una inexcusable aplicación pasando a ser una fuente del derecho fundamental para el funcionamiento del derecho en los pueblos latinoamericanos.

Tan importante es la jurisprudencia de la Corte Interamericana que la creación de la figura del control de convencionalidad es un mérito de esta institución. Entonces, los fallos de este Tribunal son una fuente suprema y centralizadora de los derechos humanos, a tal grado, que el derecho de un ordenamiento jurídico interno para que tenga validez y eficacia tiene que estar acorde a los lineamientos jurisprudenciales convencionales. Además, las decisiones de este tribunal internacional son de carácter obligatorio y vinculante que no se puede invocar razones de derecho interno para su incumplimiento.

Lo que queda hacer en el ámbito interno a los operadores jurídicos es realizar las interpretaciones vinculantes en función de los estándares dejados por la Corte Interamericana como intérprete último y definitivo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, las autoridades del Estado no solo deben observar las normas convencionales, sino las normas convencionales interpretadas (*res interpretata*). El poder-institucional internacional es sin duda un taller del mundo jurídico que tiene sus fuertes influjos en las estructuras jurídicas estatales, convirtiéndose en el cerebro del sistema jurídico interamericano. Así que, los jueces deben tener un papel preponderante en la interpretación normativa y jurisprudencial de los derechos convencionales. Por ende, la resolución de casos se inspira en los derechos humanos para ser tenida como válida en sus determinados Estados.

Para ilustrar las afirmaciones realizadas, a modo de ejemplo, se toma la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021[12], solicitada por la República de Colombia referida a la figura de la *reelección presidencial indefinida* en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En el que se solicitó la interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana. Se hará un breve comentario sobre el tema a razón de que este fallo es de cierta manera muy polémico en el contexto latinoamericano y de mucha importancia para los sistemas políticos. También cabe señalar que las opiniones

12 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Resolución de 7 de junio de 2021 (La reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), *solicitada por la República Colombia*.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

consultivas[13] tienen fuerza normativa; es decir, tienen el carácter de vinculatoriedad para los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los que no son parte de la Convención, pero que se han obligado a respetar los derechos humanos.

En la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió e interpretó que: "La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos". (Corte IDH, 2021). El argumento central es el principio de la democracia representativa y que sus elementos esenciales, entre otros, sería el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, la periodicidad de las elecciones, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho, la garantía de la alternancia en el poder, proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación e independencia de poderes, la obligación de evitar que una persona se perpetúe en el poder y el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. (Corte IDH, 2021, parr. 67).

Sobre el particular, se tiene dos votos disidentes, el primero es del Juez Patricio Pazmiño Freire que de manera pertinente refiere su desacuerdo en torno al tema tratado en la Opinión Consultiva Oc-28/21 de 7 de junio de 2021[14] realizando varias observaciones, de entre ellos, el que conviene enfatizar es lo relativo al alcance del control de convencionalidad en el que la Corte Interamericana hubiera excedido su competencia consultiva al interpretar de manera directa provisiones de la Carta Democrática Interamericana, otorgándole rango de instrumento de derechos humanos, sin tener competencia y carecer de facultad para ello. (Corte IDH, 2021, parr. resumen). Razonamiento que se comparte, puesto que la Carta Democrática efectivamente no es parte de la Convención y otros tratados referidos a la protección de derechos humanos. La Carta Democrática está diseñada para la promoción y fortalecimiento de la democracia de los Estados la-

13 "Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesaria que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.l) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos". (Corte IDH, 2014, párr. 31).

14 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. (Voto disidente del juez Patricio Pazmiño Freire sobre la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos). Para entender el comentario lease esta.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

tinoamericanos, que no tienen nada ver en estricto sentido con los derechos humanos. De lo que se establece que se ha realizado interpretaciones de instrumentos que están fuera del alcance del control de convencionalidad.

Asimismo, es conveniente precisar en torno al tema de fondo, el Juez Pazmiño Freire considera que es erróneo el planteamiento de la reelección como un derecho humano. Sin embargo, tiene sus observaciones a los argumentos de la opinión consultiva; en su criterio debió profundizar el concepto de democracia no solo desde una mirada representativa, sino desde su componente participativo. Además, tocar el tema de la reelección es necesariamente involucrarse en la arquitectura política o constitucional de los Estados y sería vulneratorio a la autodeterminación y la soberanía de los pueblos, constituyéndose en una injerencia en los asuntos internos de los países miembros en esa búsqueda de la homogeneización jurídica.

El segundo voto disidente, es del Juez Raúl Zaffaroni que considera que la Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021[15] no es procedente por varias razones que cuestiona la misma competencia de la Corte, pero fundamentalmente por razones de que no es competente para juzgar las particularidades de las formas de gobierno que adopten los Estados latinoamericanos. Es decir, es ir en contra la ingeniería institucional de los sistemas democráticos con imposiciones de organización política institucional que afecta la soberanía estatal y es vulneratoria al principio de la no intervención. Empero, más allá de este disenso expresa que no tiene ninguna preferencia por las reelecciones indefinidas, ni siquiera por los sistemas presidencialistas, sino que es partidario de los sistemas parlamentarios. De sus argumentos socio-juridicos e históricos cabe enfatizar que todo es imprevisible en los ámbitos del poder, que las realidades son complejas existen casos como del presidente norteamericano Franklin Delano Roosevelt que fue cuatro veces elegido como presidente que rompió la regla de los dos mandatos. También existe realidades como la concentración de poder por parte de los medios de comunicación que no son incompatibles con la democracia plural que operan como partidos únicos que realizan linchamientos mediáticos que van afectando la cultura de los Estados del hemisferio y que nadie cuestiona ni regula ni observa ese tipo de arbitrariedades.

Ahora bien, en el caso existe dos argumentos centrales: cinco jueces que votan en contra de la *reelección presidencial indefinida* en sistemas presidenciales (aunque disimulen que el objeto de la opinión consultiva[16] no es restringir la reelección presidencial en general, sino aclarar la ausencia de limitación razonable) con la justificante de que

15 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. (Voto disidente del Juez Raúl Zaffaroni sobre la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos). Para entender el comentario lease esta.

16 "En este sentido, el objeto de la presente Opinión Consultiva no es restringir la reelección presidencial en general, sino aclarar que la ausencia de limitación razonable a la reelección presidencial, o la implementación de mecanismos que materialmente permitan el irrespeto de las limitaciones formales existentes y la perpetuación directa o indirectamente de una misma persona en el ejercicio de la Presidencia es contraria a las obligaciones establecidas en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". (Corte IDH, 2021, parr. 148).

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

sería contraria a los principios de la democracia representativa y dos disidentes (el Juez Patricio Pazmiño Freire y el Juez Raúl Zaffaroni) que piensan que la opinión consultiva en su posición sería vulneratoria a la soberanía de los pueblos. Es decir, unos defienden la democracia representativa y otros la soberanía. Tomando en cuenta estos criterios, se puede comentar más allá que uno esté o no de acuerdo con la reelección presidencial indefinida lo que debe primar en la construcción de cualquier sistema político, económico, o social es la lógica del equilibrio. Está claro que los derechos tienen un contenido esencial. Para la determinación de ese contenido no se puede relativizar, ni absolutizar, sino buscar en todo tiempo los puntos de equilibrio; caso contrario, los *extremos* siempre generarán su propia resistencia provocando conflictos eternos dentro de las sociedades. Si no se entiende esto, a las sociedades humanas no les queda ninguna esperanza, solo la destrucción mutua.

La resolución se podría analizar desde distintas perspectivas, para el tema planteado, se enfoca desde la centralización de saberes que es generada por parte de la Corte Interamericana partiendo de su competencia consultiva. No cabe duda, que esta opinión consultiva es vinculatoria para los Estados miembros, y que su cumplimiento debe ser observado. La opinión consultiva en análisis es un claro ejemplo de cómo se centralizan los saberes a partir no solo del sometimiento de casos contenciosos, sino a través de las interpretaciones canalizadas en las opiniones consultivas y que permite calificar a la Corte Interamericana como un sitio de producción jurídica para los Estados nacionales. Esta capacidad generadora de normas lleva a calificar a esta instancia internacional como aquella creadora de saberes jurídicos dominantes.

Por lo que, la centralización de saberes es otro de los rasgos distintivos de la formación de saberes jurídicos dominantes que se manifiesta en la emisión de jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las decisiones judiciales de esta instancia internacional son fuente de derecho y la principal orientadora en la formación jurídica en el continente. Esta centralización de saberes se orienta hacia la mono-producción discursiva, pero no hacia la solución de discursos de diferencia y respeto hacia el pensamiento jurídico del otro. Con esto, lo que se está generando es un lugar privilegiado de discursos hegemónicos en el que los demás están destinados a ser sitios de recepción y subordinación.

Queda de esta manera demostrado que las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad se manifiesta en la formación de saberes jurídicos dominantes. Claramente se evidencia la concurrencia de los cuatro principios lógicos: el principio de exclusión o separación, el principio de homogeneización, el principio de supremacía y el principio de centralización en la formación del control de convencionalidad. Lo que permite calificar que este control es parte de la lógica de la universalización del pensamiento jurídico.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

5. DISCUSIÓN

Es certero afirmar que la idea de la formación de saberes jurídicos dominantes a través del ejercicio del control de convencionalidad es parte del monismo jurídico internacional. Pues, los derechos humanos siguen la tradición universalista que aspira a la identidad indiferenciada; es decir, que están a la medida de la lógica de la identidad en antagonía con la lógica de la diferencia. En ese orden de ideas, el control de convencionalidad es concordante con la lógica de la unidad del derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos, en el que prime el primero y que para su validez debe estar basado en una norma fundamental.

Indudablemente, la lógica del monismo jurídico internacional significa la supremacía convencional que tiene discusiones y tensiones al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales. Para equilibrar o *tener vías de escape* a los efectos expansivos del orden convencional se han planteado una serie de figuras jurídicas. Entre estas, se tiene la institución del diálogo interjurisdiccional, el principio de margen de apreciación nacional, la cláusula de interpretación *pro homine*, la cláusula de interpretación conforme, el principio de interpretación mutativa por adición, entre otros.

Se referirá brevemente al diálogo interjurisdiccional y la doctrina del margen de apreciación por la importancia que estas tienen. En ese sentido, a criterio de Adelina Loianno desde un punto de vista judicial para frenar los efectos expansivos de la supremacía convencional debe estar en escena el concepto de “diálogo interjurisdiccional” entre los jueces nacionales e internacionales. (Loianno, 2020). Este planteamiento es un reto en ambos niveles de justicia que permita encontrar lugares de equilibrio en casos concretos buscando la eficacia de los derechos humanos. (Campos , 2013).

Es considerable que los dos ámbitos –constitucional y convencional– tengan sus contradicciones; si bien son instancias que tienen sus particularidades; sin embargo, tienen esferas de interrelación. El propio Víctor Bazán (2011) sostendrá que el control de convencionalidad para su trama interactiva con el control de constitucionalidad se debe plegar a una especie de diálogo interjurisdiccional. (p. 5). En consecuencia, ante una ocasional colisión de derechos debe intermediar un diálogo entre ambas jurisdicciones y establecer ahí una resolución a sus diferencias.

En esta referencia rápida al diálogo interjurisdiccional, si uno analiza seriamente, concluirá que no se cumple en la realidad, puesto que los efectos expansivos y exterminadores del control de convencionalidad priman sobre los ordenamientos jurídicos internos que no pueden alegar ni su derecho interno para evadir con sus responsabilidades internacionales estatales. Sin duda, presenta dificultades no solo por los diseños constitucionales diferenciados con la presencia de niveles de justicia (legal, constitucional y alterna) en cada Estado miembro, sino por los mismos criterios interpretativos de los operadores jurídicos al momento de la aplicación de los *test* de compatibilidad o de adecuación. (Loianno, 2020). El panorama descrito, como no podría ser de otra manera, es el corazón del problema de la interrelación entre la simbiosis del ejercicio del

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. En ese sentido, el diálogo interjurisdiccional más que una realidad es un reto que se debe trabajar entre ambas instancias jurisdiccionales donde la jurisprudencia nacional comparta su labor con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En lo relativo al principio de margen de apreciación[17] habrá que precisar que es un tema de difícil abordaje. En ese marco, se interroga: ¿Tienen los Estados parte un cierto margen de apreciación para una interpretación que se adecue a las exigencias de su propia identidad? Cualquiera sea la respuesta, al momento de aplicar las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos siempre estará presente la dificultad o la imposibilidad de aplicar dichos criterios, por la realidad compleja y dinámica; además, el derecho de los pueblos tiene sus particularidades que deben ser armonizados con los estándares convencionales. (Loianno, 2020). Esta respuesta, conduce a más interrogantes: ¿Será mejor para el control de convencionalidad una mayor atención a las peculiaridades nacionales? o ¿Delegar a los Estados partes la facultad de interpretación de normas convencionales generará un desmedro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

La teoría de margen de apreciación tiene muchos detractores. En lo tocante, Nestor Sagües sustenta que no adhiere a esta doctrina del margen de apreciación nacional. Piensa que su recepción pondría en serio peligro la universalidad de los derechos humanos por sobre todas las disposiciones internas generando incluso que un mismo derecho pueda tener diversas dimensiones según sea el país donde se aplique o las pautas tenidas en cuenta para apreciar el contenido del derecho que se trate. Es cierto que dichas apreciaciones son intolerables, pero le toca a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos encauzar u otorgar la justa interpretación reafirmando así su carácter de intérprete final de los tratados regionales de derechos humanos. (Sagües, 1998). En este mismo ámbito temático, Marcelo F. Trucco (2013) sostiene que no está de acuerdo con la doctrina del margen de apreciación nacional, porque para él cuando un Estado ratifica un tratado sobre derechos humanos, en el caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede alegar disposiciones de su derecho interno, y pedir la ductilidad de su derecho particular al ser contraproducente a la característica de la universalidad de los derechos humanos. (p. 12).

Tomando las interpretaciones anteriores, la doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano no ha sido bien recibida. Si bien en cierto momento se reco-

17 "consiste en la posibilidad de interpretar o valorar un derecho o garantía contemplado en un tratado de derechos humanos de acuerdo a las particularidades propias del país donde dicho derecho sea invocado, otorgando en definitiva, una especie de privilegio a los tribunales nacionales en la apreciación de derechos conforme las realidades que se presenten en ese país, conservando así la última palabra para "moldear" o "adaptar" al contexto social, económico o jurídico nacional, el derecho emanado de un tratado o convenio internacional". (Trucco, 2019, p. 11).

noció este instituto; sin embargo, ni la Corte Interamericana ni los Estados partes profundizaron sobre la misma. Vale decir, en la actualidad los Estados internos no tienen márgenes de apreciación nacional para la interpretación de los derechos que se adecue a las exigencias de su propia identidad, ni siquiera en los casos de *justicia indígena* por cuestiones de autodeterminación. La justicia indígena está reconocida de manera expresa por algunos Estados de la región (Bolivia, Ecuador y otros) bajo el concepto de "pluralismo jurídico".

Se entiende el pluralismo jurídico como la coexistencia del derecho indígena y el derecho estatal. Si se analiza entre la fuerza del control de convencionalidad y la fuerza del pluralismo jurídico está claro que prima el primero. De inicio que la justicia indígena debe guardar concordancia con la justicia estatal y esta con la justicia internacional. O sea, la justicia indígena no es un hecho social aislado, sino debe ser compatible con la constitución, y, por ende, con el derecho convencional. Entonces, el derecho de la autodeterminación termina siendo un discurso lírico frente a los derechos humanos. Ejemplo, en Bolivia la costumbre del *tinku* está prohibida, porque es atentatoria a los derechos humanos.

Se subraya que el diálogo interjurisdiccional y la doctrina del margen de apreciación son vías de escape para la limitación de los efectos expansivos del control de convencionalidad (la lógica del monismo jurídico internacional); siendo una especie de freno a la arrolladora maquinaria convencional, quedando como un reto para los pensadores del derecho su discusión. Es de percibir teóricamente que la relación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad no es equilibrada; su relación es jerárquica con un claro supremacismo convencional. Es más, si bien al interior del proceso del ejercicio del control de convencionalidad existe una discusión en torno a un "diálogo interjurisdiccional" y la doctrina del margen de apreciación; sin embargo, no es un debate a su momento de *formación*, sino son discursos de desarrollo para justificar el control de convencionalidad ante cuestionamientos de las resistencias. Al final, más allá de estas discusiones de la interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional lo que prima es el derecho convencional conforme manda el artículo 27 de la Convención de Viena y eso es lo que debe quedar claro.

La práctica del control de convencionalidad no depende de la simple aplicación acrítica y mecánica, sino de la observación de una serie de mecanismos de discusión en torno a su formación de su saber. Para superar la lógica del monismo jurídico internacional son fundamentales los conceptos de ruptura y transformación. La pregunta siempre será: ¿Qué hacemos con lo que hacen de nosotros? Frente a la figura del control de convencionalidad no se puede ingresar a conductas de tipo condenatorias, ni de resentimiento social, sino es preciso tener una actitud propositiva. Ahora bien, en cuanto a –nuestra posición–, no se comulga con ninguna de las formas de pensar jurídico (la lógica monista y la lógica dualista) de los derechos humanos. Esta vieja dicotomía (lógica de la identidad y la lógica de la diferencia) debe ser superada. Pues, para salir de la contradicción no basta con yuxtaponer el poder por el poder (quítate para poner yo). De ahí, que se inclina

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

por las "teorías complementarias" de los derechos humanos en esa búsqueda de equilibrios entre el derecho nacional y el derecho internacional. En términos foucaultianos, las teorías complementarias no tienen una lógica desplazadora, sino *acopladora* en su manera de pensar. El planteamiento de una teoría complementaria está recuperada del pensamiento de Foucault quien después de estudiar y defender la "lógica dualista" de poder tomó partido por las lógicas complementarias que los denomina *lógica acopladora*.

Las fuerzas en contradicción deben ser agitadas para la complementación y no la polarización. La complementación cognitiva no solo es una garantía para el respeto entre seres humanos, sino es la salvaguarda de la extinción del conocimiento de los grupos humanos. Los seres humanos a lo largo del tiempo han vivido en el fraccionamiento, siendo una ilusión la unidad óntica de la humanidad. Las aspiraciones de los discursos subalternos es alterar el principio de identidad de los discursos dominantes, pero se la debe hacer desde el acoplamiento. En un lenguaje jurídico, si bien el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen su campo de acción en distintos espacios; empero, los dos tienen la misión fundamental de hacer efectivo los derechos y libertades de las personas, siendo que deberán ser manejadas de manera complementaria, favoreciendo siempre a la justicia en sus ámbitos de aplicación. Está claro que los nacionalismos chauvinismos intolerantes ya no tienen su espacio en este diseño de la comunidad jurídica internacional; tampoco las concepciones unitarias-monistas del derecho. Se requiere un equilibrio de fuerzas jurídicas que integren el derecho local con el derecho internacional, sin supremacismos jurídicos. Lo que se ambiciona con el cuestionamiento de los saberes jurídicos dominantes es el reconocimiento de los saberes del derecho descalificados, pero que se conjuguen en un equilibrio de saberes.

En el ámbito de la propuesta de complementación jurídica de contrarios, se está consciente de las enseñanzas del profesor Foucault, donde hay poder siempre hay resistencia. En esta batalla por el poder-jurídico lo que está en riesgo es la libertad y la dignidad humana y es desde ahí donde se debe resistir. La libertad y la dignidad humana tienen su relación con la existencia auténtica de los pueblos. El ser auténtico existe y vive para la libertad y la dignidad (somos lo que elegimos ser). Al respecto, Martin Heidegger explica la existencia humana y toma el concepto de *dasein* –el ser-ahí–. Fundamenta que el ser humano puede tener una existencia inauténtica o una existencia auténtica. El primero, consiste en negar que es un ser para la muerte (niega su finitud), por tanto, se entrega al mundo del "se dice" o "habladurías"[18], que está constantemente determinado por el mundo externo o desde afuera obedeciendo al señorío de los otros, viviendo una vida

18 "No va a usarse aquí la expresión 'habladurías' en un sentido 'despectivo'. En nuestra terminología significa un fenómeno positivo que constituye la forma de ser del comprender e interpretar del 'ser ahí' cotidiano. El habla se expresa regularmente y se ha expresado ya siempre. Es lenguaje. Más en lo expresado está, por ende, implícita en cada caso ya una comprensión e interpretación. El lenguaje, en cuanto es un 'estado de expreso', alberga en sí un 'estado de interpretada' de la comprensión del 'ser ahí'. Este 'estado de interpretada' dista tanto como el lenguaje mismo de ser no más que 'ante los ojos', antes bien su ser es él mismo de la forma del ser del 'ser ahí'. A la responsabilidad de tal estado es entregado el 'ser ahí' inmediatamente y dentro de ciertos límites constantemente; tal estado regula y distribuye las posibilidades del comprender del término medio y del correspondiente encontrarse". (Heidegger, 1974, p. 186-187).

de pasibilidad y anonimato; fundamentalmente no piensa por sí mismo, replicando o reproduciendo el pensamiento de los otros, sin ninguna posibilidad de posición crítica frente a la realidad. Entonces, lo que le queda al ser inauténtico es estar atento a la "avidez de novedades"[19] de lo que pasa en su entorno o lo que le ofrecen las publicidades. El segundo, por el contrario, sabe que va a morir (acepta su finitud) y aprovecha para elegirse a sí mismo. (Heidegger, 1974).

En consecuencia, la libertad de los pueblos está en su existencia auténtica porque se elige a sí mismo negando la influencia externa; para ser libres no se puede depender del otro. La libertad es la condición de todo sujeto con dignidad humana y pieza fundamental para entender la capacidad de elección –la autodeterminación es vital para la libertad de las sociedades humanas–. Por ello, se plantea la lógica de la complementación como medio de liberación de los pensamientos sometidos. Vale decir, que la libertad está en la desaparición de la polaridad o la lucha de contrarios. Por ende, la libertad tiene su costo social, toca afrontar las luchas por el pensamiento; el sujeto libre es el que hace con su praxis la historia; además, que es un ideal supremo de toda conciencia crítica.

Por tanto, un rasgo fundamental de las sociedades auténticas es la aspiración a pensar por sí mismos. El pensamiento humano propio es el más eficaz poder, siendo una herramienta poderosa de subversión para frenar la intervención de poderes externos. Es decir, la libertad tiene su vínculo con la creación y no la recepción de ideas y que su precio es el esfuerzo de pensar y producir conocimiento –sin voluntad de saber no hay libertad–. Lo que queda es actuar positivamente y potenciar el pensamiento humano, necesitándose cabezas pensantes para la liberación y no brazos ejecutores inconscientes de las relaciones de poder/saber. Se ambiciona a que el ser sujetado o bestia-esclava se transforme en un ser libre o creador de su propia realidad. En definitiva, las sociedades latinoamericanas tienen el imperativo moral: primero, de trabajar su existencia autentica (crear su propio conocimiento jurídico); y segundo, dialogar o complementarse con los saberes jurídicos globales (derechos humanos), y así, puedan ocupar también su lugar en la historia universal.

6. CONCLUSIONES

Al final de esta exposición, es posible arribar a algunas conclusiones sobre la temática desarrollada, como siguen:

1. La idea a defender de la investigación, quedó demostrado en base a los referentes de la teoría crítica de perspectivas foucaultianas. Lo que significa que las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad: se expresa en la formación de saberes

19 "La avidez de novedades no tiene nada que ver con la admirativa contemplación de los entes, con él; a la avidez de novedades no le importa ser llevada por la admiración a la incomprensión, sino que se cura de saber, pero simplemente para tener sabido. Estos dos ingredientes constitutivos de la avidez de novedades, el no demorarse en el mundo circundante de que se cura y la disipación en nuevas posibilidades, fundan el tercer carácter esencial de este fenómeno, que llamamos la 'falta de paradero'. La avidez de novedades es en todas partes y en ninguna. Este modo del 'ser en el mundo' desemboza una nueva forma de ser del 'ser ahí' cotidiano con la que éste se desarraiga constantemente". (Heidegger, 1974, p. 192).

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

jurídicos dominantes. Lo relevante es afirmar que esta respuesta es acorde a la lógica del monismo jurídico internacional que propugna la unidad del derecho internacional y el derecho interno, pero con la prevalencia del primero. Es decir, la construcción del control de convencionalidad es parte de la corriente de la "lógica de identidad" que tiene una mirada unidimensional del derecho que no reconoce la lógica jurídica del otro; en el que claramente se manifiesta los principios: exclusión, homogeneización, supremacismo y centralización de los derechos humanos.

2. En este trabajo se realizó un estudio teórico del concepto de poder y de saber desde la perspectiva epistemológica de la teoría crítica de Michel Foucault. En su exposición, para plantear su propia óptica de poder analiza dos concepciones de poder: la visión jurídica liberal-contractualista y la visión marxista-economicista del poder y a partir de la crítica de estas visiones postula que el poder se la debe entender desde las relaciones de fuerza, desde las tácticas de dominación que se manifiestan en el entramado social. En su planteamiento Foucault módulo dos hipótesis sobre el poder: primero, la hipótesis de que el poder es represión; segundo, la hipótesis de que el poder es guerra. El mecanismo que mejor permite explicar el poder sería la hipótesis de la guerra o el enfrentamiento, la lucha belicosa de fuerzas. Lo que más ayudó a comprender el concepto de poder es el marco categorial –saber– que fue dotado de contenido por Foucault y que sirvió para el análisis de discurso de las relaciones de poder/saber en el control de convencionalidad.

3. En este reto investigativo se desarrolló teóricamente en sus dimensiones básicas el control de convencionalidad. Lo más relevante del desarrollo teórico fue trabajar el concepto mismo de control de convencionalidad como objeto de estudio. A la fecha ha ido adquiriendo su propia importancia bajo la dirección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el encargo de velar por la eficacia de los derechos humanos contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. O sea, lo que se pretende con este control es resguardar el efecto útil de la Convención para no mermar los derechos humanos. Tiene su fundamento en el principio pacta *sunt servanda* que obliga a los Estados signatarios a cumplir con lo pactado en el marco de su soberanía. El control no solo es competencia de la Corte, sino de todas las autoridades estatales, en especial, los jueces nacionales.

4. En el desarrollo de la investigación se efectuó el análisis de las relaciones de poder/saber del discurso jurídico del objeto de estudio utilizando el método arqueológico de Foucault. Se dejó establecido que para la unidad de los saberes y construir la lógica de un monismo jurídico internacional se debe seguir cuatro procedimientos estratégicos: la aplicación del principio de exclusión que en el caso de análisis quedó como saber jurídico excluido el derecho nacional frente a la teoría unitaria del control de convencionalidad; segundo, la aplicación del principio de homogeneización de saberes que esta explicada por la cláusula de interpretación conforme que está encargada a observar a todas las autoridades del Estado para el ejercicio del control de convencionalidad; tercero, la aplicación del principio de supremacía de saberes que se halla en el factor

discursivo previsto por el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados de que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; y cuarto, la aplicación del principio de centralización de los saberes que se percibe en la obligación que se les impone a todas las autoridades a observar no solo las normas convencionales, sino la jurisprudencia o normas convencionales interpretadas.

5. Finalmente, se realizó una discusión en torno a las limitaciones a los efectos expansivos de la lógica del monismo jurídico internacional relativos al diálogo interjurisdiccional y la doctrina del margen de apreciación. Se dejó establecido que para limitar los efectos del monismo jurídico internacional y tener una relación equilibrada entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad es necesario abandonar las ideas de supremacismos jurídicos.

7. REFERENCIAS

Angulo, L. F. (2013). El control difuso de convencionalidad en México. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (1). https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/05%20Luis%20Fernando%20Angulo%20Jacobo.pdf

Avendaño, L. E. A. (2014). La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Un estudio al discurso reciente a cargo la Suprema Corte de Justicia en México. *Ciencia UAQ*, (1). https://www.uaq.mx/investigacion/revista_ciencia@uaq/Archivos-PDF/v5-n3/art7.pdf

Bazán, V. (2011). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (18). http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16775.pdf.

Cabrera, L. (2014). El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia. *DIXI*. (19). doi: http://dx.doi. org/10.16925/di.v16i19.732

Campos, G. (2013). El control de convencionalidad en la jurisdicción chilena: la superación de los problemas de su aplicación. *Revista de Derechos Fundamentales-Universidad Viña del Mar*, (10). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4754540

Corte IDH. Opinión Consultativa OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014 (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional). *Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*. (19 de agosto de 2014). https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Resolución de 7 de junio de 2021 (La reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), *solicitada por la República Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

Corte IDH. Sentencia 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, a la sentencia de la Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*. (24 de noviembre de 2006). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

Corte IDH. Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. (20 de noviembre de 2012). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf

Corte IDH. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. (23 de noviembre de 2009). http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf

Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). *Caso Gelman Vs. Uruguay*. (24 de febrero de 2011). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Corte IDH. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. (26 de noviembre de 2010). http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf

Corte IDH. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. (26 de septiembre de 2006). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte IDH. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. (26 de septiembre de 2006). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte IDH. Sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. (30 de enero de 2014). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf

Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad*. Traducido por Horacio Pons. Fondo de Cultura Económica.

Foucault, M. (2013). *El poder, una bestia magnifica*: *Sobre el poder, la prisión y la vida*. Traducido por Horacio Pons. Siglo XXI editores.

Foucault, M. (1999). *Estrategias de poder*. Traducido por Fernando Álvarez Uría y Julia Varela. Editorial Paidós.

Foucault, M. (1976). *Genealogía del racismo*. Traducido por Alfredo Tzveibel. Editorial Altamira. https://www.academia.edu/34719954/Foucault_Michel-GENEALOG%-C3%8DA_DEL_RA CISMO.pdf.

Foucault, M. (1997). *La arqueología del saber*. Traducido por Aurelio Garzón del Camino. Siglo XXI editores.

Foucault, M. (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Traducido por Enrique Lynch. Editorial Gedisa, S.A.

Foucault, M. (1992). *Microfísica de poder*. Traducido por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Las Ediciones de La Piqueta.

García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, (28). http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf

Giménez de Allen, M. (4 enero de 2020). Control de convencionalidad: Herramienta de uso obligatorio para Los Jueces. *Derechos humanos*. https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/derechos-humanos/Ma-Eugenia-Gimenez-de-Allen-Control-Convencionalidad.pdf.

Heidegger, M. (1974). *El ser y el tiempo.* Traducido por José Gaos. Fondo de cultura económica.

Hitters, J. C. (2015). Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*, (1). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho.* Traducido por Moisés Nilve. Universitaria de Buenos Aires. http://www.herrerapenaloza.com/images/biblioteca/Teoria%20pura%20del%20derecho.%20Hans%20kelsen.pdf

Loianno, A. (4 de enero de 2020). El control de convencionalidad y la justicia constitucional Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad. *Revista jurídica UCES*. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2502/Control_Loianno.pdf?sequence=1.

Medina, J. (2010). *Mirar con los dos ojos, Insumos para profundizar el Proceso de Cambio como un dialogo de matrices civilizatorias*. La mirada del salvaje.

Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”. (22 de noviembre de 1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B 32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización de las Naciones Unidas. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (23 de mayo de 1969). http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Ovalle, J. (2012). La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Latinoamericanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (134). 19-20. http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n134/v45n134a5.pdf

Sagües, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionale.* (1). https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 21 - 50

Sagües, N. P. (1998). La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. Anticipo de anales*. https://ucu.edu.uy/sites/default/files/pdf/XV_sem_int_dc-e1.pdf

Silva, M. (2016). Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. *Estudios Constitucionales*, (2). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200004

Torres, N. (2013). Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Derecho PUCP*. (70). https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656139018.pdf

Trucco, M. F. (3 de enero de 2019). El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales. *UAI*. https://www.uai.edu.ar/media/42514/ganadores-2013_el-control-de-convencionali dad-en-la-interpretaci%C3%B3n-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.pdf.

Urviola, Ó. (2 de enero de 2019). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad como Herramientas y Deberes del Juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho. *OUH*. https://es.scribd.com/document/344103466/OUH-Control-de-Convencionalidad-Cons titucionalidad.

Velandia, A. (2017). El control de convencionalidad y las decisiones de la procuraduría general de la nación, en Colombia caso Gustavo Petro. *Inciso, derecho y ciencia política*. (2). DOI: https://doi.org/10.18634/incj.19v.2i.817.