

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL COMO LÍMITE AL  
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD MEDIANTE LA APLICACIÓN  
PREFERENTE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**MILAGROS ELIZABETH RIOS FERNANDEZ**

**ASESOR**

**KATHERINEE DEL PILAR ALVARADO TAPIA**

<https://orcid.org/0000-0002-8451-0475>

**Chiclayo, 2022**

**EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL COMO LÍMITE AL  
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD MEDIANTE LA  
APLICACIÓN PREFERENTE DEL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD**

PRESENTADA POR  
**MILAGROS ELIZABETH RIOS FERNANDEZ**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR

Carlos Wigberto Hernandez Montenegro  
PRESIDENTE

Freddy Ronald Centurión Gonzales  
SECRETARIO

Katherinee del Pilar Alvarado Tapia  
VOCAL

## **Dedicatoria**

A mis padres César y Donatila, por el esfuerzo y la confianza puesta en mí a lo largo de toda mi educación,

A mis abuelos, Julio y Lola por llenar de amor mi vida y ser mi refugio seguro para aliviar mis días grises,

A mi abuela Celia por sus consejos y constante impulso en la formación de mi vida profesional y a

A mi abuelo Gabriel, quien en vida me enseñó la importancia de amar lo que haces y que hoy desde el cielo me sonrío.

## **Agradecimientos**

Agradezco infinitamente a mis estimados asesores Katherine del Pilar Alvarado Tapia y Eduardo Martín Acosta Yparraguirre , por su gran compromiso y constante apoyo en la realización de esta investigación, así como por sus valiosas enseñanzas, paciencia y apoyo emocional, gracias por ser el referente de profesional y persona que me gustaría llegar a ser.

# RIOS MILAGROS - TESIS FINAL

---

## INFORME DE ORIGINALIDAD

---

25%

INDICE DE SIMILITUD

24%

FUENTES DE INTERNET

13%

PUBLICACIONES

10%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

---

## FUENTES PRIMARIAS

---

1	<a href="http://tesis.usat.edu.pe">tesis.usat.edu.pe</a> Fuente de Internet	3%
2	<a href="http://repositorio.uchile.cl">repositorio.uchile.cl</a> Fuente de Internet	2%
3	<a href="http://www.corteidh.or.cr">www.corteidh.or.cr</a> Fuente de Internet	2%
4	<a href="http://dialnet.unirioja.es">dialnet.unirioja.es</a> Fuente de Internet	2%
5	<a href="http://archive.org">archive.org</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	1%
7	<a href="http://todoleislacion.blogspot.com">todoleislacion.blogspot.com</a> Fuente de Internet	1%
8	<a href="http://perso.unifr.ch">perso.unifr.ch</a> Fuente de Internet	1%
9	<a href="http://qdoc.tips">qdoc.tips</a> Fuente de Internet	1%

---

## Índice

<b>Resumen</b> .....	7
<b>Abstract</b> .....	8
<b>Introducción</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I</b> .....	14
<b>EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.</b> .....	14
<b>1. Formación del Control de Convencionalidad.</b> .....	14
<b>2. Naturaleza Jurídica del Control de Convencionalidad.</b> .....	21
<b>3. Tipos de Control de Convencionalidad</b> .....	24
3.1. Control Externo de Convencionalidad .....	24
3.1.1. Instrumentos que integran el Control Externo de Convencionalidad: .....	24
3.2. Control Interno de Convencionalidad.....	27
3.2.1. Instrumentos que forman parte del Control de Convencionalidad Interno .....	29
<b>4. Definición del control de convencionalidad</b> .....	31
<b>5. Características del Control de convencionalidad</b> .....	31
<b>6. El Control de Convencionalidad frente al Control de Constitucionalidad.</b> .....	32
<b>7. Autoridades Estatales obligadas a aplicar el control de convencionalidad.</b> .....	33
<b>CAPÍTULO II</b> .....	35
<b>EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERNACIONAL.</b> .....	35
<b>1. Origen y evolución</b> .....	35
<b>2. Definición</b> .....	37
<b>3. Alcance del Margen de Apreciación Nacional.</b> .....	38
3.1. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos .....	38
3.2. En el Sistema Interamericano de derechos Humanos .....	41
<b>4. Límites al Margen de Apreciación.</b> .....	45
4.1. Límites Intrínsecos .....	45
4.1.1. Obligaciones generales y deberes de adaptación de disposiciones de derecho interno.	46
4.1.2. Deberes específicos producto de los derechos contenidos en los tratados internacionales.	47
4.2. Límites Extrínsecos .....	50
4.2.1. Principio de Proporcionalidad .....	50
4.2.2. El consenso internacional como límite al Margen de apreciación nacional .....	52
<b>5. El margen de apreciación como manifestación de la soberanía del Estado</b> .....	54
<b>CAPÍTULO III</b> .....	56
<b>LA DEFENSA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL NACIONAL MEDIANTE LA APLICACIÓN PREFERENTE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO...</b>	56
<b>1. Reseña de la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.</b> .....	56
<b>2. Posición jurídica de la Corte IDH respecto de las obligaciones que el Estado debe adoptar en virtud de la Opinión Consultiva 24/17.</b> .....	56

2.1. La identidad de género. ....	57
2.2. Cambio de nombre. ....	57
2.3. Los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.....	58
<b>3. Vinculatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH mediante el Control de Convencionalidad en los Ordenamientos Jurídicos de los Estados Parte.....</b>	<b>59</b>
3.1. Recepción de la Opinión Consultiva N° 24/17 en las Legislaciones Americanas.....	63
3.1.1. Situación de Costa Rica. ....	63
3.1.2. Situación en Ecuador.....	65
3.1.3. Situación en Perú.....	66
<b>4. Aplicación del Control de Constitucionalidad sobre el Control de Convencionalidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano. ....</b>	<b>68</b>
4.1. Determinar si la Constitución de 1993 protege el Matrimonio Heterosexual.....	69
4.2. El Control de Constitucionalidad frente al Control de Convencionalidad. ....	73
4.3. Posición Jerárquica de las disposiciones Convencionales. ....	77
4.3.1. Teoría Monista.....	77
4.3.2. Teoría Dualista.....	78
4.3.3. Práctica contemporánea de los Estados en torno a estas doctrinas.....	78
4.3.4. Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno .....	79
4.4. Aplicación del Control de Constitucionalidad respecto del conflicto entre la Opinión Consultiva 24/17 y la norma constitucional que regula el matrimonio heterosexual.....	81
<b>Conclusiones.....</b>	<b>85</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>87</b>

## **Resumen**

La presente investigación aborda la problemática referente a la aplicación del Control de Convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, y de cómo la doctrina del Margen de Apreciación se presenta como una salvaguarda de la soberanía Estatal frente al mencionado control, teniendo como propuesta la aplicación preferente del Control de Constitucionalidad para el resguardo de la Constitución y de nuestro ordenamiento jurídico y político.

**Palabras claves:** Control de Convencionalidad. - Margen de Apreciación- Control de Constitucionalidad.



### **Abstract**

The present research addresses the problem regarding the application of the Control of Conventionality in our legal system, and how the doctrine of the Margin of Appreciation is presented as a safeguard of the State sovereignty against the mentioned control, having as a proposal the preferential application of the Control of Constitutionality for the safeguard of the Constitution and of our legal and political system.

**Keywords:** Conventionality Control. - Margin of Appreciation - Control of Constitutionality.

### **Tabla de Abreviaturas**

<b>Corte IDH</b>	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
<b>CADH</b>	:	Convención Americana de Derechos Humanos.
<b>CEDH</b>	:	Convención Europea de Derechos Humanos.
<b>CIDH</b>	:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
<b>MAN</b>	:	Margen de Apreciación Nacional.
<b>TEDH</b>	:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
<b>SIDH</b>	:	Sistema Interamericana de Derechos Humanos

## **Introducción**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH, en adelante), es un escenario regional constituido por los Estados que integran la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya principal función es velar por el respeto, protección y realización de los derechos humanos en el continente americano, está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante).

Actualmente el SIDH se ha consagrado como el más grande organismo de defensa de los derechos humanos en el continente americano. Una de sus principales bases en la promoción y protección de los derechos humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH en adelante), conocida también como el Pacto de San José de Costa Rica. El Estado Peruano ratificó la CADH, incluyendo el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte en 1978, reiterando la ratificación en 1981, tras recobrar el régimen democrático. Para adaptar el ordenamiento interno del país a las exigencias de la CADH se modificó en la Constitución de 1993 el capítulo II, título II denominado De los Tratados, en donde se establece, entre otras disposiciones, que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional (artículo 55°), así mismo, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria se señala que las normas constitucionales relativas a derechos humanos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales inherentes a ellos.

En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido gran trascendencia, pues ha buscado crear el diálogo judicial entre los ordenamientos internos y lo dispuesto por la Corte IDH; dentro de este contexto y buscando efectivizar esta aspiración el Magistrado Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, acuñó por primera vez la expresión “control de convencionalidad”, siendo un término sin mayor trascendencia en su contenido; posteriormente en el caso Almonacid Arellano y

otros vs. Chile, emitida en setiembre del 2006, el referido control adquiere la consolidación y reconocimiento por parte de la Corte, trayendo como consecuencia la obligatoria observancia por parte de los Estados, los cuales deben tener en cuenta no solo el Pacto de San José de Costa Rica, sino también los criterios de interpretación jurisprudencial de la Corte IDH, extendiendo y facultando a todos los poderes del Estado, dentro de sus competencias, a aplicar estas disposiciones internacionales por encima del derecho interno incluso sobre la misma Constitución Política, que en el Perú es la norma de mayor jerarquía.

El Perú ha aceptado y reconocido rápidamente este control por el Tribunal Constitucional y por el Poder Judicial, y es de vital importancia resaltar que durante el desarrollo jurisprudencial de este control por la Corte IDH no se ha establecido el modo en el cual los operadores de los sistemas internos han de aplicar la convencionalidad sobre una norma (cualquiera sea su rango), incluso se ha llegado a equiparar el Control de Convencionalidad con el Control de Constitucionalidad, estando este último presente en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo fin es velar y hacer prevalecer la Constitución Política como norma culmen de todo nuestro sistema jurídico.

Por otro lado, dentro del Sistema Internacional de protección de los Derechos humanos, no podemos dejar de lado al Sistema Europeo, el cual es uno de los principales referentes para la Corte IDH, ya que en muchas de sus resoluciones se toma en cuenta los criterios adoptados por el Tribunal de Estrasburgo, el cual reconoce a cada Estado parte, un Margen de Apreciación para que estos determinen la forma de protección de los derechos humanos de acuerdo a su realidad social y a los principios que consagran, todo ello en base a la falta de consenso respecto de algunos temas como por ejemplo el aborto, la libertad de expresión, el matrimonio homosexual, entre otros; y el reconocimiento de una diversidad cultural que diferencia a cada Estado. Si bien es cierto, esta herramienta hermenéutica no ha tenido mucho desarrollo en nuestro sistema internacional, existen resoluciones tanto de la Corte IDH, como de la CIDH en donde se concede márgenes de discrecionalidad a cada Estado para determinar forma en la que se protegen los derechos humanos, sin que esto signifique una vulneración ni incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.

La situación descrita, ha generado incontables problemas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la Corte IDH por intermedio de la doctrina de Control de Convencionalidad ha dictaminado que todo lo que emite sea vinculante para los Estados, incluyendo las opiniones consultivas, las cuales no solo vinculan a los Estados que las han solicitado, sino a todos los miembros de la CADH. En el año 2016, el Estado de Costa Rica solicitó la facultad consultiva de la Corte IDH para que esta precise, entre otras cosas, si ampara la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, un año después, la Corte IDH emite la Opinión Consultiva OC-24 sobre La Identidad de Género y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, es en torno a esta resolución que Estados como Costa Rica y Ecuador deciden acogerla en sus respectivos ordenamientos jurídicos bajo el amparo del control del Convencionalidad, obviando los procedimientos contemplados para la reforma de su Constitución. El Perú no ha sido ajeno a esa situación ya que se han presentado algunos casos, que serán analizados en la presente investigación, donde se solicita el reconocimiento e incorporación del matrimonio homosexual por así haberse dispuesto por la Corte IDH mediante la referida Opinión Consultiva, los defensores de esta propuesta no han deparado un análisis integral del derecho constitucional peruano, ya que no han tenido en cuenta los preceptos constitucionales sobre el matrimonio, ni sobre la reforma constitucional, tampoco el principio de separación de poderes, ni de legalidad. Ante esta problemática nos hemos planteado la siguiente pregunta:

**¿El Margen de apreciación nacional sería un límite al Control de Convencionalidad mediante la aplicación preferente del Control de Constitucionalidad?**

En consecuencia con lo planteado, se ha adoptado como objetivo principal: Determinar si la doctrina del Margen de apreciación nacional es un límite al Control de Convencionalidad mediante la aplicación preferente del Control de Constitucionalidad, y como objetivos específicos: Determinar los alcances del Control de Convencionalidad de acuerdo a lo señalado por la Jurisprudencia de la Corte IDH y sus efectos en el Derecho Interno; Analizar la Doctrina del Margen de apreciación nacional en el Sistema Internacional de Derechos Humanos y

Establecer la defensa constitucional mediante la aplicación del Control de Constitucionalidad frente al Control de Convencionalidad.

La presente investigación se ha estructurado en tres capítulos, en el primero de ellos se abordará todo lo relacionado con la doctrina del Control de Convencionalidad, su naturaleza jurídica, los tipos de Control que existen, y la evolución jurisprudencial del cual ha emanado y se ha consolidado dentro de la Corte IDH, así como los instrumentos internacionales que son parámetro de obligatoria observancia por los Estados, y las obligaciones que se les ha impuesto a los Estados partes provenientes de esta doctrina.

En el segundo capítulo estudiaremos la doctrina del Margen de apreciación nacional, su origen y evolución hasta su integración al Convenio Europeo de Derechos Humanos mediante el protocolo N° 15; repasaremos los fallos más importantes del Tribunal de Estrasburgo donde aplica esta doctrina para resolver las controversias sometidas a su conocimiento, así como la sutil incursión de esta doctrina en algunos casos bajo el conocimiento de la Corte IDH y de la CIDH, abordaremos los límites intrínsecos y extrínsecos de esta doctrina, y rescataremos la importancia de su implementación en los Sistemas Internacionales, especialmente en el nuestro.

Por último, en el tercer capítulo propondremos la defensa de nuestro Sistema Constitucional mediante la aplicación preferente del control de constitucionalidad, teniendo como caso concreto la Opinión Consultiva OC-24 de fecha 24 de Noviembre del 2017, sobre la Identidad de Género y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, para ello se hará un recuento respecto del escenario en la que se ha emitido esta resolución, se analizará la vinculatoriedad de las opiniones consultivas para nuestro Ordenamiento Jurídico, se estudiará si nuestra Constitución contempla únicamente al Matrimonio heterosexual, determinándose si es que el matrimonio constituye realmente un derecho fundamental, así mismo se defenderá la aplicación del Control de Constitucionalidad como principal herramienta jurídica para la defensa de la Constitución, la cual por voluntad del constituyente se encuentra por encima de todo precepto de inferior jerarquía.

## CAPÍTULO I

### EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH.

#### 1. Formación del Control de Convencionalidad.

En el año 2006 la Corte IDH da inicio el desarrollo jurisprudencial de lo que hoy conocemos como *el Control de Convencionalidad*, encontrando su origen en la evolución jurisprudencial de la Corte IDH, doctrinariamente podemos diferenciar dos momentos: el primero, en donde se aludía a las disposiciones expresas en la CADH; y un segundo momento en el que se va nutriendo y ampliando los incipientes alcances de este control, generando incertidumbre en el mundo académico sobre los alcances de dichas modificaciones. Según Alonso desde el año 2006 “se han emitido por lo menos de 32 sentencias que, en menor o mayor grado, la plantean” (2015, p. 199). A continuación, haremos un breve análisis de las sentencias más relevantes en donde se desarrolla el control de convencionalidad:

Aparece por primera vez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003) mediante el voto razonado del Juez Interamericano Sergio García Ramírez, recurriéndose nuevamente a este, con mayor precisión en el caso *Tibi Vs. Ecuador*, en donde el Magistrado aborda específicamente el control de convencionalidad externo, expresando textualmente lo siguiente:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con sus normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran confrontar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al

orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional. (párr. 22)

En el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile (2006)*, la Corte IDH desarrolla con mayor amplitud esta novel doctrina, estableciendo su contenido y los alcances que este tienen en el derecho interno. En resumidas cuentas, en el caso en mención se discutía la compatibilidad del Decreto Legislativo N° 2191, sobre la amnistía general a todos los responsables de los delitos cometidos a partir del 11 de setiembre de 1973 hasta 10 de marzo de 1978 en Chile, al tomar conocimiento del caso, la Corte IDH estableció que las leyes de referido decreto, llevan a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, concluyendo que son totalmente contrarias a la finalidad de la CADH, ya que haciendo un análisis del artículo 2 del referido tratado, se determinó que si bien el Estado está obligado a adoptar disposiciones de su derecho interno de acuerdo a los estándares de la CADH, no se absuelve al Poder Judicial de brindar el deber de garantía del que habla el artículo 1.1. de la CADH, y en ese sentido, si el poder legislativo incumple su labor de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la Convención, le corresponde al Poder Judicial hacer uso de dicho deber. Se justifica así, que bajo el amparo de los artículos 1.1. y 2 de la CADH, el surgimiento y validez del control de convencionalidad:

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 un 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 (párr. 124).

En esta sentencia, se instituye lo que posteriormente se denominará *Control De Convencionalidad Interno*, en el cual básicamente se está designando a los jueces nacionales como responsables de la aplicación del control de convencionalidad, los cuales deberán tener en cuenta como parámetro de sus decisiones, no solamente lo establecido en el tratado, si no también, la interpretación que respecto a él realice la Corte IDH. Al año siguiente, en el caso *Boyce y otros Vs. Barbados* (2003), la Corte IDH va más allá de lo esbozado en las anteriores sentencias y precisa cual es el objeto del Control de Convencionalidad, en este caso se debía determinar la compatibilidad de las normas de Barbados que establecían la pena de muerte con la CADH, a lo que los tribunales nacionales de Barbados habían dictaminado que la pena de muerte era compatible con la Constitución Política, siendo el razonamiento de la Corte IDH el siguiente:

La Corte observa que el CJCP<sup>7</sup> llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el cumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines. El análisis del CJCP no debería hacerse limitado a evaluar si la LDCP<sup>8</sup> era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la Ley también era convencional. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. (párr. 78).

Así, lo establecido en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú* (2006),

---

<sup>7</sup> Comité Judicial del Consejo Privado

<sup>8</sup> Ley de delitos contra la persona.

va ampliando un poco más los alcances del control del Convencionalidad, estableciendo esta vez, que dicho control debe ser realizado ex officio por el Poder Judicial, y en el marco de sus respectivas competencias, señalando lo siguiente:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (párr. 158).

Cierta parte de la doctrina considera que es precisamente en esta sentencia en donde se consolida como tal el control de convencionalidad, ya que no se alude a la realización de un “cierto control de Convencionalidad” como se refería en la sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, sino que ahora se refiere directamente a lo que se denomina *Control de Convencionalidad*, incorporando una característica importante a su enunciado la realización ex officio, que a tenor de lo establecido en la sentencia, se realiza obligatoriamente por el operador jurídico en el marco de sus “respectivas competencias” y de las regulaciones procesales correspondientes, no siendo necesario que sea solicitado por las partes, Para Núñez (2014) es el punto central en la jurisprudencia, ya que la Corte IDH no puede imponer un modelo de control jurisdiccional, en ese sentido, consagra la obligación de todo juez- con independencia de las facultades procesales de que esté investido- de realizar un control de convencionalidad entre las normas internas y a CADH en los casos que se sometan a su conocimiento. Señala la autora, que también se establece un límite claro, que es que este control no debe realizarse siempre, ya que existe la posibilidad de que los Estados establezcan presupuestos formales y materiales de admisibilidad antes de conocer los casos que se someten

a la jurisdicción.

En el 2008, otra sentencia que nutre esta doctrina se encuentra en el caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (2003), mediante la cual la Corte IDH determina algunas directrices para la implementación del control de convencionalidad en el ámbito interno; someramente, el caso versa sobre la falta de tipificación del delito autónomo de desaparición forzada en Panamá, en donde la Corte IDH exhorta a los jueces nacionales a aplicar el control de convencionalidad a fin de evitar que la falta de tipificación del delito en cuestión genere impunidad ante la existencia del vacío legal, diciendo expresamente que:

Ante la imperiosa necesidad de evitar impunidad sobre desapariciones forzadas en situaciones en que un Estado no haya tipificado el delito autónomo de la desaparición forzada, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana. (párr. 180)

Para Alonso (2015) “la Corte IDH destacó un papel diferente para el juez nacional frente al mero rol de inaplicador de normas internas contrarias a la CADH... precisó que todo juzgador debía velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, tarea que se enmarcaría al interior de las dos vertientes de medidas que derivan del art.2 de la CADH” (p.199). Por otro lado, en el caso *Radilla Pacheco Vs. México* (2009), la controversia giraba en si la jurisdicción militar era compatible con la CADH a lo que la Corte IDH dictaminó que no era necesario exhortar al Estado la modificación del contenido del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, sino que se requería que “las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuaran a los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia”.

Precepto que añadió un nuevo rasgo a dicho control, el cual si bien es cierto, vela por la coincidencia entre las medidas adoptadas por un Estado parte y la CADH,

esto no implica que aquellas normas que son contrarias al tratado, deban ser expulsadas, sino que está abocado a realizar interpretación de las mismas que le permitan al Estado parte, el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, dotando de legitimidad a los jueces que no tienen competencia para eliminar normas, a que realicen el control de convencionalidad mediante la interpretación en sus decisiones judiciales, facultad que fue ampliada en el caso *Cabrera García Montiel Vs. México* (2010), señalando la Corte IDH que este control “corresponde ejercerlo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”. Con esta importante sentencia, se amplía la facultad de aplicar el control de convencionalidad a todos los que forman parte de la administración pública, por lo que ahora no solo los jueces en todos los niveles son los llamados a custodiar la convencionalidad de sus decisiones o actos, sino también todo servidor o funcionario público que en ejercicio de sus funciones emita un acto.

En la Sentencia emitida en el año 2011 en el caso *Gelman Vs. Uruguay* (2011) se somete a análisis la verificación de la compatibilidad de las leyes sobre amnistía, con la CADH, exactamente en las leyes de amnistía legitimadas mediante sufragio popular, en un marco, ante esta cuestión la Corte IDH afirmó que incluso “la democracia” se encuentra limitada por las obligaciones que impone el Derecho Internacional, pues señala que:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La Legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que particularmente esos casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en

instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. (párr.239).

En esta Sentencia la Corte IDH establece que la doctrina del Control de convencionalidad es también aplicable a leyes aprobadas mediante referéndum debiendo ser ejercida por todos los poderes del Estado y no solamente por los jueces, así mismo en el caso *Atala Riffo e hijas Vs. Chile (2012)*, la Corte IDH establecen directrices sobre la forma en la que se debe realizar el control de convencionalidad por parte de toda autoridad pública: “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y a las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso”. (párr. 284). En el año 2012, en el caso *Masacres del Río Negro Vs. Guatemala (2012)*, la Corte IDH ahora establece que el objeto de control de convencionalidad es conformado por todos los instrumentos interamericanos sobre Derechos Humanos que el Estado ha ratificado, expresando lo siguiente:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en

cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de otros estos ha hecho la Corte Interamericana. (párr. 262).

En esta sentencia del 2012, la Corte IDH estableció que dicho control no solo debe ser aplicado entre normas internas, por un lado, y por el otro la CADH, sino que se debe ampliar su alcance hacia otros tratados de Derechos Humanos de los que sea parte el Estado, y obviamente, a las interpretaciones que de ellos haya hecho, agregando expresamente al Ministerio Público también como destinatario de aplicar el mencionado control. Al año siguiente, en el 2013 la Corte IDH emite la resolución sobre la *Supervisión de Cumplimiento de sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay*, en este amplio documento, se sustenta el efecto erga omnes que poseen todas las sentencias que esta emita, es decir sus sentencias tendrán efectos vinculantes para todos los Estados sean parte o no de los procesos en las que emanaron. En el 2014, en la sentencia del caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, los jueces interamericanos precisaron que si bien existía una obligación por parte del Estado, de realizar la aplicación del control de convencionalidad, la CADH no imponía un determinado modelo de cómo llevarlo a cabo. Por último, en el *caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile (2014)*, se reiteró el deber que tienen las autoridades judiciales de determinar estándares establecidos en los diversos fallos de la Corte IDH.

## **2. Naturaleza Jurídica del Control de Convencionalidad.**

Hablar de la naturaleza jurídica de este control es complejo, debido al desarrollo progresivo que viene sufriendo y sobre todo al concepto indeterminado que presenta, por lo que no es una tarea fácil la que emprenderemos a continuación. Sobre este punto la doctrina ha mencionado que es una “manifestación de la obligación de garantía” que obliga a adoptar medidas en el ámbito interno, como su mismo nombre lo dice, es un Control internacional, el cual abarca “el conjunto de procedimientos y técnicas destinadas a verificar si el comportamiento de los Estados se adecúa o no a lo exigido por las normas de conducta internacionales” (Núñez, 2014, p. 39) lo que implica que esta concepción comprenda a aquel control realizado en sede internacional, sin embargo, como veremos en el siguiente acápite, existe un control de convencionalidad realizado en sede interna, que le

competen a los tribunales nacionales de cada Estado parte y a toda autoridad administrativa dentro de sus respectivas competencias.

Diversos autores coinciden en que el control interno de convencionalidad es una manifestación de la constitucionalización del derecho internacional, inspirado en el derecho constitucional, concretamente en el control de constitucionalidad, del cual hablaremos más adelante, y por el cual entenderemos que es un mecanismo de control de la supremacía constitucional, el cual nos marca la pauta para entender la naturaleza jurídica del control de convencionalidad interno, en cuanto a ser el mecanismo que busca defender la vigencia de la CADH.

Zamudio (citado en Núñez, 2014) afirma que la defensa de la Constitución está integrada por “todas aquellas instituciones jurídicas, sustantivas y procesales, que se han establecido en las propias Cartas Fundamentales, tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, alcanzar el desarrollo y evolución de las disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social y, desde el ángulo de la Constitución real o material, a fin de obtener su transformación conforme a las normas pragmáticas o disposiciones de principio contenidas en la propia ley suprema del Estado” (p.40).

Entendemos entonces, que la doctrina hace una diferenciación entre los *mecanismos de protección de la ley suprema*- tales como medidas de carácter preventivo o preservativo, que pueden ser políticas, económicas, sociales y jurídicas- y por otro lado, las *garantías*- medidas de carácter restitutoria o reparadora- haciendo un símil entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, podemos afirmar que este último al igual que el primero, son una garantía para la vigencia y defensa de la Constitución de cada Estado y de la CADH respectivamente. Citando nuevamente a Núñez, quién ha abordado a profundidad la naturaleza del control interno de convencionalidad desde el derecho constitucional y citando a su vez al Maestro Ferrajoli (2014), manifiesta que los “mecanismos de garantía de la Constitución” se clasifican en “garantías negativas” y en “garantías positivas”, en las primeras se encuentran las que establecen la prohibición de derogar la Constitución, mientras que en las segundas, obligan a realizar lo que disponen las

primeras -, y que a su vez, se dividen en las “garantías negativas primarias” las cuales dificultan cualquier revisión de Constitución y/o, estableciendo procedimientos estrictos para su reforma; por otro lado, en las “garantías negativas secundarias”, encontramos a aquellas normas referidas al control jurisdiccional constitucional, como puede ser la derogación o inaplicación una norma con rango de Ley, en confrontación con las normas de rango constitucional. Por ello, el análisis de la citada autora, concluye en que “el control de constitucionalidad calza en una garantía negativa secundaria, ya que permite controlar la supremacía constitucional a través del control judicial sobre la legitimidad de las leyes; en el caso del control de constitucionalidad no se trata solo de velar por la supremacía de CADH, lo que busca es que la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos que realiza en casos concretos, favorezca la protección de los derechos humanos, y por ende la protección de la persona misma” (p.22).

Teniendo definido lo anterior, nos surge otro escenario distinto, derivado claro está, de la evolución jurisprudencial del mencionado control, y es que cabe preguntarnos si la naturaleza jurídica del Control de Convencionalidad Interno es la misma respecto ala que realizan las autoridades no judiciales, recordemos que se ha establecido que este control no solo recae en los jueces en todos los niveles, pues también le compete a las autoridades administrativas su ejercicio y aplicación, al respecto debemos decir que todo el Ordenamiento Jurídico de un Estado se rige a base de principios, que se encargan de sentar las bases sobre las cuales los poderes del Estado deben actuar, por lo que, y en concordancia con lo establecido en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, la interpretación que realicen los jueces o autoridades administrativas, debe de coincidir con los estándares y principios establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH, en esa línea de pensamiento, el Control de Convencionalidad ejercido por toda autoridad pública, garantiza la no vulneración de los derechos humanos, lo que refleja que el Estado parte se encuentra actuando de conformidad con la CADH y adoptando aquellos estándares de protección que la Corte IDH viene desarrollando en sus fallos.



### **3. Tipos de Control de Convencionalidad**

En este apartado analizaremos las dos clases de control que se ejerce, caracterizándose principalmente por el órgano llamado a realizarlo, sus particularidades, así como el parámetro de convencionalidad de cada uno de ellos.

#### **3.1. Control Externo de Convencionalidad**

Conocido también como Control Original, propio o concentrado, recae en el tribunal supranacional, el cual debe confrontar los actos domésticos con las disposiciones convencionales, tiene como propósito que los mencionados actos, sean compatibles con las disposiciones internacionales, pudiendo resolver la disputa mediante la emisión de una sentencia, que puede ser declarativa y condenatoria según corresponda, disponiendo la reforma, inaplicación o abrogación de los referidos actos o normas, con el propósito de proteger los derechos humanos y la vigencia de la CADH. Se llama así porque le corresponde única y oficialmente a la Corte IDH cuando le corresponda analizar los casos sometidos a su jurisdicción.

Su finalidad, es analizar la compatibilidad o incompatibilidad con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en el que incurran los Estado. Para Castilla (citado en Castañeda y Tinoco, 2019) “es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte IDH, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la CADH u otro tratado, mediante el examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, con el objeto de garantizar la supremacía de la CADH”. Entonces, se trata de un control emana directamente de la Corte IDH, es decir se realiza en sede internacional, teniendo como finalidad detectar la compatibilidad de la legislación de un Estado, con lo señalado en la CADH y en los tratados que de esta se desprendan.

##### **3.1.1. Instrumentos que integran el Control Externo de Convencionalidad:**

Cabe señalar, que dentro del corpus iuris interamericano, la Corte IDH no tiene competencia contenciosa sobre todos los instrumentos que la conforman como lo veremos a continuación:

**a. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969):** en cuyo artículo 62 numeral 3, establece que “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

**b. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987):** en su artículo 8 señala que “Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”.(el subrayado es nuestro)

**c. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”(1988),** estableciendo en el artículo 19 numeral 6 que “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americanasobre Derechos Humanos.”

**d. Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención Belém do Pará”(1996),** en el artículo 12 de este instrumento internacional se precisa que “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por los Estados parte, (el subrayado es nuestro) y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos

de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.” Lo que quiere decir que, solo la Comisión Interamericana tiene competencia para recibir denuncias sobre o quejas por violaciones al tratado, sin embargo, de acuerdo con Sergio Ramírez, en el voto del caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, considera que al ser la Comisión competente y dado que el procedimiento ante la Competencia puede conllevar a sujetarse a la tutela de la Corte,consecuentemente, tiene que ser competente. Por lo que se puede afirmar que la Corte tiene competencia contenciosa sobre violaciones al artículo 7 de la convención en mención.

**e. Convención interamericana sobre la Desaparición Forzada de personas (1994)**, en el artículo 13 de esta convención, “Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares”, se le otorga la competencia contenciosa a la Corte en su totalidad.

**f. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013)** en su artículo 15 numeral 3 se determina que “Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Estatuto y Reglamento de la Corte.”

**g. Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013)** contempla en el artículo 15 numeral 3 que “Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención (el subrayado es nuestro). En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Estatuto y Reglamento de la Corte.”

### **3.2. Control Interno de Convencionalidad**

También llamado Difuso, es aquel control derivado de la jurisprudencia de la Corte, ejercido en sede interna por cada uno de los Estados parte, es decir, supone la confrontación entre la norma de derecho interno y la CADH para una eventual interpretación conforme o inaplicación de la referida norma de derecho interno; recordemos que desde el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, La Corte IDH estableció que“(...) la autoridad estatal, al realizar el control debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte.”(Sentencia C-154, 2006, párr. 124). Al respecto, el Juez Interamericano Sergio Ramírez (2011), en una de sus reflexiones sobre el control de convencionalidad dijo que: "cuando menciono el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional"(p.126). Sin embargo, Castañeda y Tinoco (2019) encuentran una deficiencia en esta prescripción, ya que la Corte IDH no hace distinción respecto a si por interpretación se refiere a la jurisprudencia que emite en razón de su competencia contenciosa o de las opiniones que emite en su competencia consultiva, para estas autoras, este control no es únicamente respecto a la CADH, sino también respecto a la jurisprudencia y a las opiniones consultivas

de la Corte.

Respecto a las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, el artículo 64 de la CADH dice lo siguiente:

Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

De lo señalado en el artículo, la CADH regula expresamente la competencia consultiva de la Corte IDH, cabe señalar que el Perú solicitó la primera Opinión Consultiva, respecto de la interpretación de la Convención o de otros tratados, estableciendo el Tribunal internacional en su fundamento 37, lo siguiente:

El sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a ciertos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser partes de estos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. No se exige que sean tratados entre Estados americanos, o que sean tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano. Ese propósito restrictivo no puede presumirse, desde el momento en que no se expresó de ninguna manera (Opinión Consultiva 1, 1982).

Tenemos que la Corte IDH tiene competencia consultiva sobre cualquier tratado del que un Estado sea parte y sea factible interpretar una norma sobre la protección de Derechos Humanos. Por lo que queda claro que la competencia consultiva de la

Corte IDH recae sobre cualquier tratado internacional, forme o no del corpus iuris interamericano, siempre y cuando verse sobre la protección de los derechos fundamentales en el continente americano y que un Estado sea parte.

### **3.2.1. Instrumentos que forman parte del Control de Convencionalidad Interno**

Como lo mencionamos líneas arriba, este control deriva del control de convencionalidad en sede internacional, por lo que no podrá ir más allá de los instrumentos de competencia de la Corte IDH. Respecto a los instrumentos internacionales que forman parte de este tipo de control, Sergio García, expresa que dicho control no se limita a la CADH, sino que abarca aquellos instrumentos de igual naturaleza que forman parte del corpus iuris interamericano, por otro lado Castañeda y Tinoco difieren con estas afirmaciones, ya que consideran que no todos los tratados que forman parte del mencionado corpus iuris le otorgan competencia contenciosa a la Corte, como porejemplo el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (2019, p. 26).

Al respecto, es importante hacer referencia al caso *Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala* (2012) se expresa lo siguiente:

Cuando un Estado es parte de los tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belén do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el Poder Judicial, cuyos miembros deben velar por y los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea los jueces y órganos vinculados a la administración pública, como el Ministerio Público deben

tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. (párr. 126)

Esta sentencia nos permite concluir que el Control de Convencionalidad difuso versará únicamente sobre los instrumentos del Corpus iuris interamericano respecto a los cuales la Corte IDH tenga competencia contenciosa, pues no se puede derivar de una facultad que no se tiene, recordemos por ejemplo, que en la Convención Belém do Pará solo le otorga competencia contenciosa exclusivamente respecto a su artículo 7, por lo que cualquier interpretación de otro artículo de la referida convención, no puede considerarse como control de convencionalidad. Rodríguez y Tinoco (2019) señalan que "el control de convencionalidad difuso no comprende todas las normas de derecho internacional, sino que encuentra su límite en la interpretación que realiza la Corte de estos en el ejercicio de su facultad consultiva, por lo que una vez que un instrumento que no forman parte del corpus iuris interamericano es interpretado por la Corte IDH, dicha interpretación pasa a formar parte del mismo y esta interpretación debe ser contrastada con las normas de derecho interno". (p. 29). Por lo expuesto podemos concluir que el control de convencionalidad interno es el examen de confrontación normativo que se realiza entre una norma de derecho interno y:

- a. La Convención americana sobre derechos humanos.
- b. La Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.
- c. Los artículos 8 a. y 13 del Protocolo de San Salvador.
- d. El artículo 7 de la Convención Belém do Pará.
- e. La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.
- f. La Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia.
- g. La Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.
- h. La jurisprudencia de la Corte IDH
- i. Las opiniones consultivas de la Corte IDH, independientemente del tratado sobre el que versen.

#### **4. Definición del control de convencionalidad**

El Control de Convencionalidad ha sido definido por la Corte IDH “como una institución que se utiliza para aplicar el derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos y sus fuentes incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el derecho interno de los Estados parte de aquella” (Thompson, 2015). El principal exponente y creador de esta doctrina, el jurista mexicano Sergio García Ramírez (2011), quien postula que el control de convencionalidad “es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación del sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano, con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico”. (p.127).

Por otro lado, Carbonell (citado en Monroy, 2016) refiere que debe entenderse por control de convencionalidad a aquella herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional tales como tratados internacionales, y demás derivados del mismo, lo que significa que los jueces nacionales deben realizar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por tratados internacionales, de lo que se infiere que un juez nacional puede dejar de aplicar una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional.

#### **5. Características del Control de convencionalidad**

Entre las características destacadas por la mayoría doctrinaria, destacan las siguientes:

- Nace de aceptación nacional, sistemática del orden jurídico convencional internacional, Para García (2015) se traduce en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional



interamericano

- Se ubica en un sistema jurídico construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos los cuales se reflejan en los documentos internacionales que forman parte de dicho sistema, de normas comunes, bajo la mirada de una instancia supranacional con poder de intervención vinculante (la Corte IDH, y la CIDH).
- Es una herramienta hermenéutica que favorece el diálogo entre la jurisprudencia de los tribunales internos con el del tribunal internacional, busca lograrla unificación de criterios de interpretación de los derechos consagrados en la CADH en el continente americano.
- Es de aplicación ex officio por parte de los órganos del Poder Judicial, y de la administración pública en el marco de sus respectivas competencias, respetando los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones que haya adoptado el Estado.
- Es complementario al control de constitucionalidad de manera que el operador jurídico debe aplicar ambos, de forma que las disposiciones o actos sean constitucionales y convencionales a la vez.

## **6. El Control de Convencionalidad frente al Control de Constitucionalidad.**

Como señalamos en acápite anteriores, el Control de Convencionalidad Interno, el cual debe realizarse en sede nacional por los jueces y autoridades públicas de cada Estado parte, presenta la misma naturaleza y características que el control de Constitucionalidad que se ejerce en cada ordenamiento jurídico. En palabras de Sergio García (2015), “el control de convencionalidad posee, en el ámbito externo, un significado semejante al que caracteriza al de constitucionalidad en el interno, aunque no necesariamente se confunde con este: el control de constitucionalidad se atiende al marco de la Constitución- que desde luego puede incorporar en ese marco las disposiciones de fuente internacional-, en tanto que el control de convencionalidad se ajusta al marco del sistema internacional y por ello su punto de llegada no se halla en la Constitución, sino en el Derecho internacional convencional de los derechos humanos: mira hacia el jus commune”. (p.28). Podríamos afirmar que se trata del mismo mecanismo, sin embargo tienen un objeto

de protección diferente, por un lado, el control de Constitucionalidad está llamado a proteger la Constitución Política de un Estado, y el control de Convencionalidad se encarga de velar por la salvaguarda de la CADH, lo que nos da como resultado, que nuestros jueces nacionales tengan una doble obligación, de velar por la efectividad y aplicación de ambos controles, sin embargo, *¿qué pasaría si la interpretación de los derechos fundamentales de la Corte IDH entra en conflicto con lo que prescribe la Constitución? ¿Qué deber debe cumplir el Juez, aplicar la Constitución o aplicar la CADH?*, estas interrogantes las resolveremos en el siguiente capítulo.

## **7. Autoridades Estatales obligadas a aplicar el control de convencionalidad.**

Si bien la Corte IDH ha establecido que todas las autoridades y órganos vinculados a un Estado parte en CADH tienen la obligación de aplicar un control de convencionalidad ex officio, no ha precisado respecto de qué autoridades se encuentran obligadas a hacerlo en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, sobre este punto la doctrina ha señalado que existe una aparente contradicción en lo establecido por la Corte IDH, pues en un primer plano, se impone la obligación de realizar un control de convencionalidad de oficio a todas las autoridades de un Estado, pero por otra parte se advierte que dicho control se realizará únicamente dentro del marco de sus competencias para realizarlo, por lo que si las regulaciones procesales internas no lo permiten expresamente, la autoridad no podrá llevar a cabo el referido control (Rodríguez y Tinoco, 2019).

Ante ello nos queda la pregunta sobre *¿Qué autoridades se encuentran facultadas para llevar a cabo un control de convencionalidad difuso?* Al respecto, se afirma que las autoridades obligadas a ejercerlo variarán dependiendo de si el Estado se rige por un sistema de control concentrado o difuso de constitucionalidad, de manera que si un Estado tiene un sistema de control difuso, un juez de cualquier nivel tendrá la obligación de llevar a cabo un Control Convencional, lo que podría traducirse en la inaplicación de una norma en un caso concreto, por otro lado, si hablamos de un Estado que tenga un sistema constitucional concentrado, la obligación recae en los organismos especializados, como por ejemplo Tribunales o salas constitucionales, quedando los demás jueces y autoridades de distintos niveles imposibilitados para poder llevar a cabo este control. En el caso peruano, como lo

veremos con mayor amplitud en el siguiente capítulo, tenemos un sistema constitucional mixto, en donde coexisten ambos sistemas constitucionales. Ferrer Mac- Gregor (2011), ha indicado que el hecho de que existan autoridades que no tienen facultad de ejercer un control constitucional, no significa que no puedan ejercer un control de convencionalidad, sino que lo deberá ejercer con una intensidad menor, por lo que dicha prescripción no debetomarse como una limitación para ejercer el control difuso de convencionalidad, sino como una manera de graduar la intensidad de este.

## CAPÍTULO II

### EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN EL SISTEMA INTERNACIONAL.

#### 1. Origen y evolución

Al igual que la doctrina del Control de Convencionalidad, el Margen de Apreciación Nacional, (en adelante MAN), tiene su origen en la jurisprudencia, en este caso, en la jurisprudencia del TEDH, el cual es el máximo intérprete de la CEDH que rige la protección de los derechos humanos en el continente europeo. Primigeniamente, el “margen de apreciación” surgió en el derecho administrativo francés y luego fue utilizada por el TEDH mediante la interpretación del artículo 15 de la CEDH, disposición que tiene como finalidad hacer compatible la Convención con determinados supuestos de emergencia, permitiendo a los Estados parte faltar a algunas obligaciones bajo determinadas situaciones, ya sea en caso de guerra o de otro peligro público que amenace a la Nación, con el paso del tiempo, esta doctrina ha evolucionado, permitiendo la restricción a derechos en situaciones cotidianas, valorándose las peculiaridades de los Estados cobrando mayor relevancia aspectos ligados a la cultura, tradición moral o la moral pública, así como a derechos con contenido más homogéneo en todo el continente, como el de participación en elecciones libres, entre otros. (Rodríguez, 2015).

La doctrina fue empleada por primera vez en el año 1968 en el caso *de la Escuela lingüística belga contra Bélgica*, indicando el TEDH que la CEDH tiene carácter subsidiario respecto a la acción del Estado producto de su voluntad, destacando y reconociendo que existen ámbitos en la vida social en donde se le concede libertad a las autoridades nacionales para elegir las medidas que consideren apropiadas, siempre y cuando se encuentren dentro de los parámetros establecidos por la CEDH. Posteriormente en la sentencia del caso *Lawless contra Irlanda*, se estableció que el Estado tenía un cierto margen de apreciación de cara a la implementación de medidas que debía adoptar para la salvaguarda de la nación. Es en el año 1971 en

el cual el TEDH utiliza por primera vez la expresión “*margen de apreciación nacional*” en el caso *De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica*, señalando que la medida de detención un grupo de indigentes no habría vulnerado el artículo 8.2 de la CEDH, ya que “el Estado pudo tener razones válidas y necesarias para defender el orden y prevenir infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de los otros”.

Otra sentencia importante se encuentra en el caso *Handyside contra Reino Unido* de 1976, en la cual por primera vez se aplicó esta doctrina en un caso sobre libertad de expresión, en donde el TEDH indicó que Reino Unido no había vulnerado la CEDH al prohibir la difusión en su territorio de un libro titulado *The Little Redbook for Students*, un caso muy similar a este último se dio en 1982 en España en donde también se prohibió una publicación escolar del libro titulado *¡A ver!*, el cual presentaba contenido sexual, resolviendo el TEDH que en ambos casos no se había vulnerado el derecho de expresión del editor argumentando en su decisión que tanto el legislador, al tipificar el delito de escándalo público, había actuado dentro del margen de apreciación que merecía otorgársele para realizar la interpretación de los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión.

En el caso *Irlanda contra Reino Unido (1976)*, el TEDH señaló que incumbe a cada Estado parte, determinar si un peligro público amenaza “la vida de la nación” y si esto sucede, le compete analizar las medidas que puede emplear para erradicarlo, textualmente señala que “Las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como la naturaleza y alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación”. A partir de este fallo, la CEDH empieza a utilizar esta doctrina en casos donde existía discusión respecto a aspectos culturales de cada Estado.

Algunos opositores a esta doctrina la acusaban de ser un impedimento para la consolidación del objetivo de la CEDH, el cual es establecer un estándar mínimo pero común de protección de derechos fundamentales en Europa y favorecer a la integración jurídica entre los Estados parte. “Hoy en día, el balance que suele hacerse del margen de apreciación encuentra generalmente su fundamento en su funcionalidad, si se aplica razonablemente, para establecer un ponderado punto medio entre el respeto por la diversidad y la soberanía nacional de cada Estado miembro, por una parte y el establecimiento, por otra, de estándares

homogeneizadores de protección de derechos que fortalezcan la integración entre todos ellos” (Rodríguez, 2015, p. 92).

## 2. Definición

La doctrina del Margen de Apreciación Nacional (MAN), se ha constituido en *un criterio hermenéutico* empleado por parte de los tribunales nacionales de derechos humanos, con la finalidad de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales. “Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal, entre ellos se encuentran países con diversas realidades sociales, económicas, culturales y por lo tanto tradiciones jurídicas distintas” (Barbosa, 2011, p. 109). En efecto, su origen se justifica por la falta de consenso entre la diversidad de Estados que forman parte del Tratado, situación que ocasiona que los tribunales regionales no puedan establecer una regla universal al momento de interpretar los derechos humanos.

Para Delmas –Marty e Izoche (citado en Barboza 2011), el margen conlleva el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos, el cual podría dividirse en dos: uno interno y el otro externo, en el primero permite un diálogo entre derecho interno y el derecho internacional a partir de principios que el Estado adopta dentro de su ordenamiento al momento de firmar o ratificar los instrumentos internacionales, obligándose a respetarlos y garantizarlos, el segundo nivel, es completamente diferente, aquí el Estado se vuelve parte del conflicto ante la jurisdicción internacional, la cual se activa por la acción de los denunciantes de violaciones de derechos humanos, los cuales recurren a las Cortes Internacionales que protegen en forma subsidiaria los derechos humanos mediante el “principio de proporcionalidad” con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por parte del Estado.

Para otra parte de la doctrina constituye un “The breadth of deference” o un “espacio de maniobra” que los tribunales internacionales, específicamente el TEDH, les concede a las autoridades nacionales, en la doctrina española ha sido catalogada como una “regla de no decisión”, que deriva del principio de subsidiariedad que rige el Sistema Internacional y de la prudencia de sus

Tribunales. (Sánchez, 2014). Como lo indicamos, el margen de apreciación nacional hace posible que en ciertas cuestiones controvertidas se pueda aplicar diversas formas de interpretación de un mismo derecho, sin que implique que este derecho sea vulnerado, permitiendo que las resoluciones de los tribunales internacionales tengan el ímpetu de una jurisdicción constitucional, reconociéndosele a los Estados parte una suerte de voluntad propia frente a la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en las Convenciones.

### **3. Alcance del Margen de Apreciación Nacional**

Como lo señalamos, surge a raíz de la falta de consenso entre los diversos estados parte de la CEDH, respecto a determinados temas que han sido tratados de distintas formas en sus respectivos ordenamientos jurídicos, haciendo que sea imposible que el TEDH emita un criterio universal en la interpretación y aplicación de algunos derechos humanos, otorgando a las autoridades nacionales un principio de “deferencia” respecto a temas como el de la protección de los derechos. En las líneas siguientes analizaremos la aplicación de esta doctrina por el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano, que, si bien son instancias muy similares, no son idénticas.

#### **3.1. En el Sistema Europeo de Derechos Humanos**

Como se ha venido afirmando, el margen de apreciación nacional surge en el sistema europeo de derechos humanos, empleado como un criterio hermenéutico con la finalidad de interpretar y aplicar el CEDH en donde el tribunal de Estrasburgo concede expresamente a los estados nacionales un “espacio de maniobra” o “discrecionalidad” para determinar el contenido y alcance de los derechos del instrumento internacional, considerando las particularidades jurídicas, sociales o culturales de cada estado, pues “parte de la idea de que un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circulan” (López, 2017, p. 55). El fundamento de su origen es la falta de consenso entre los diversos Estados parte, lo que ocasiona que el Tribunal de Estrasburgo se encuentre impedido de construir una “regla de interpretación unificada”. López (2017) afirma que este mecanismo “refuerza el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional, que solo interviene sobre eventuales violaciones de derechos humanos tras el agotamiento de recursos internos” (p.55).

La doctrina surge a partir de la interpretación del artículo 15° de la CEDH, dentro del cual el margen se encontraba ligado a la posibilidad de suspender ciertos derechos ante una situación de peligro público. Durante algún tiempo se pensó en integrar esta doctrina a la CEDH, hasta que el 16 de mayo del 2013, los estados miembros del referido tratado internacional, acordaron que se agregaría un nuevo considerando al final del preámbulo de la Convención, el cual versa de la siguiente manera:

<<Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de Subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades definidos en este Convenio y sus protocolos, y que al hacerlo disfrutaban de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción supervisora del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos establecidos por este Convenio>>” (Protocolo N° 15, 2013, Art. 1°).

Fue usado por primera vez en la actuación de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos respecto a los asuntos de Grecia vs. Reino Unido, sobre las medidas de emergencia en Chipre y en otros ligados al artículo 15 de la CEDH, en este caso el MAN se encontraba vinculado a la discrecionalidad del Estado al momento de hacer la valoración de la situación en concreto, en palabras del maestro Claudio Nash “el margen estaba ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas”(Nash, 2018, p.5).

Con el transcurso del tiempo y las diversas situaciones que llegaron ante la CEDH como por ejemplo asuntos referidos *al derecho a la educación o a la libertad de expresión*. En el caso Irlanda vs. Reino Unido (1976), el Tribunal europeo señaló que “las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo, el artículo 15 permite un amplio margen de apreciación” (párr. 58). A partir de esta decisión, el TEDH empieza a emplear esta doctrina, no solo en situaciones de peligro público, sino ampliándola a situaciones culturales que enmarcan a cada Estado, tales como la moral pública, como el caso de la eutanasia, aborto, fecundación in vitro o matrimonio entre personas del mismo sexo; así el TEDH ha sostenido que no es posible interpretar de forma unánime un derecho recogido en la CEDH, siendo



necesario que los Estados en materia de moral adopte la aproximación que mejor se identifique con sus principios internos, fijando las restricciones que la CEDH permite para el ejercicio de algunos derechos.

Una de las sentencias referidas a los temas mencionados, la encontramos en el caso *Vo vs. Francia* (2004), en el cual se discutía si el embrión se encontraba amparado dentro de los alcances del artículo 2° de la CEDH, es decir, si era o no titular del derecho a la vida, a lo que el TEDH determinó que “resulta que el punto de partida del derecho a la vida emana del margen de apreciación de los Estados, que la Corte tiende a considerar que le debe ser reconocido a los Estados en este campo. Las razones que llevan a considerar a la Corte a esta constatación son por una parte que la solución para dicha protección no se encuentra en el seno de la mayoría de los Estados partes, y particularmente en Francia, donde la cuestión ha suscitado debate, y por otro lado, que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida” (párr.49), si bien el Tribunal determinó que el artículo 2 de la CEDH no había sido vulnerado, considerando que el feto no se encuentra amparado bajo del derecho a la vida, reconoce que no existe consenso respecto de ello en el continente, por lo que deja a los estados un margen de apreciación establecer su punto de vista bajo los argumentos que estime pertinentes. Con relación al derecho de libertad de asociación, en el caso *Partido Comunista Unificado vs. Turquía* (1998), el TEDH reconoce un reducido margen de apreciación nacional, siendo necesario la realización de un control europeo riguroso. La Corte reconoce que la democracia es un elemento vital del orden público y las libertades de asociación y de expresión manifestada en los partidos políticos son necesarios para que esta exista. Sin embargo, en donde la doctrina del margen de apreciación nacional tiene incidencia, es en los casos sobre libertad religiosa, como por ejemplo en el caso *Leyla Sahi vs. Turquía* (2005) en donde el TEDH confirma la decisión del Tribunal Constitucional turco, el cual dictaminó que la medida adoptada por la Universidad de Estambul sobre la prohibición del uso del velo islámico y otros atuendos religiosos eran necesarias, declarando que son las autoridades estatales las que determinan el elemento normativo en dichas situaciones, al respecto Nash (2018) señala que “el margen de apreciación en sentido estricto implica que, para la solución de un caso concreto que requiere la valoración del contenido normativo de elementos indeterminados que sirven de base para la restricción de derechos, dicha valoración queda fijada por los órganos

nacionales sin que el sistema internacional los controvierta” (p.13).

### **3.2. En el Sistema Interamericano de derechos Humanos**

Nuestro Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos no ha sido ajeno a la aplicación de este mecanismo de interpretación adoptado por el Sistema Europeo, si bien su aplicación ha sido en menor medida y en diferentes situaciones que el Sistema Europeo, ya que muchos de los casos que han recurrido a su competencia, han sido respecto a situaciones sobre violaciones a derechos como el derecho a la vida, integridad personal, la libertad, etc., lo que en la doctrina se conoce como “gross violations”, existen algunos casos en los que tanto la Comisión IDH como la Corte IDH, han recurrido a esta doctrina para resolver dichas controversias. Si bien la CADH no ha reconocido expresamente este mecanismo, como en la CEDHA en su protocolo N° 15, esto no ha sido impedimento para que en algunos fallos hagan referencia al margen de apreciación nacional, al respecto Faúndez (citado en López, 2017) señala que a pesar de que la doctrina no se encuentra expresamente reconocida en la Convención “tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el Sistema Interamericano y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones” (p. 58). A continuación, haremos un repaso de aquellos casos en los cuales explícita o implícitamente la Corte IDH y la CIDH han adoptado esta doctrina en su interpretación.

La Comisión Interamericana en el caso *Efraín Ríos Montt vs. Guatemala (1993)* analizó las reglas de elegibilidad para los cargos de elección popular, aplicando el margen de apreciación nacional de forma restrictiva y excepcional. Señalando que “...el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso Sub *judice*, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional”. Para Nash (2018) este fallo es el que tiene mayor relación con el margen de apreciación en un sentido estricto, donde se deja a cada Estado la adopción de la estructura de su sistema político.

Por otro lado, en la actuación de Corte IDH, en más de una ocasión ha concedido cierto margen de apreciación a los Estados para decidir sobre ciertos temas en específico. En la Opinión Consultiva 4/84, se le encomendó a la Corte IDH interpretar la compatibilidad con la CADH el proyecto de reforma Constitucional de Costa Rica, sobre las condiciones preferentes para la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización a favor de solo un cierto grupo de extranjeros, a lo que el Tribunal internacional estableció que “El Estado goza de un margen de apreciación para el establecimiento de requisitos (el subrayado es nuestro) para la naturalización de extranjeros o para precisar los imperativos del bien común, al momento de realizar una distinción de trato, sin embargo, esta decisión no debe ser ilegítima, conforme al principio de proporcionalidad que debe guiar el accionar estatal”(párr.62), como puede entenderse de lo expresado, la Corte IDH establece un límite al margen de apreciación, el cual será determinado mediante el Principio de Proporcionalidad, que estudiaremos más adelante.

En algunas sentencias sobre restricciones de la *libertad de expresión*, la Corte IDH ha reconocido mínimamente un margen de apreciación, como en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile (2005)* y el caso *López Álvarez vs. Honduras (2006)*, casos que han contribuido al desarrollo del Test de proporcionalidad, el cual es empleado por la Corte IDH para declarar conforme a la CADH, las medidas de restricción que el Estado emplea; en la primera señala que dicha limitación debe estar prevista expresamente, además debe ser necesaria para asegurar el respeto al derecho o a la reputación de los otros, debe contribuir a la seguridad nacional, orden público, la salud o la moral pública, y no debe limitar más de lo necesario el alcance pleno de la libertad de expresión, en el segundo caso agrega que la restricción ha de estar orientada a satisfacer el interés público imperativo, dejando un margen de apreciación muy reducido y supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos mediante el test de proporcionalidad.

Otra área en la que encontramos alusión al margen de apreciación nacional la encontramos en el *derecho a los recursos* en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004)*, donde reconoce la existencia del margen de apreciación en cuanto a la regulación del ejercicio del recurso siempre y cuando no limite la esencia del derecho. Al respecto, la Corte IDH señala que, si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho

razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés político. (párr.127).

También se habla de esta doctrina en lo que respecta a los *derechos políticos y a los sistemas electorales*, en ese contexto, en el caso *Castañeda Guzmán vs. México (2008)* la Corte IDH precisa que los derechos no son absolutos, salvo en los casos en los que no se puede caber ninguna restricción, en el caso de los derechos políticos, la Corte IDH concede un margen de apreciación a los Estados al momento de determinar los requisitos para el ejercicio de estos. Asimismo, señaló que no protege la existencia de un determinado sistema electoral latinoamericano, ya sea de partidos o candidaturas independientes, sino que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación establecer los requisitos para ejercitar los derechos políticos, siempre y cuando las regulaciones y restricciones superen el estándar de razonabilidad.

Un caso interesante referido al ámbito político, en donde la Corte IDH aplica implícitamente el margen de apreciación nacional, se da en el caso de la Ley de terrorismo en Perú, específicamente en el caso *Lori Berenson vs. Perú (2004)*, en el que si bien es cierto, la citada Ley de terrorismo iba en contra de los estándares convencionales, infringiendo el artículo 2 de la CADH, “Ordenar anular la ley por inconvencional implicaba dejar en libertad a todos los presos políticos juzgados por ella” (Nash, 2018, p. 19) situación que nuestro país no iba a permitir, en este caso, la Corte IDH brinda un amplio margen a las consideraciones políticas por sobre las jurídicas.

Por otro lado, existe un conglomerado de casos en los cuales la Corte IDH no acude a la figura del margen de apreciación nacional, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo, el cual sí la ha empleado. Entre esos casos tenemos a aquellos referidos a la “justicia transicional”, dada en el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006), en el cual la Corte IDH se pronunció diciendo que “las condiciones del país, sin importar que tan difíciles sean no liberan a un Estado parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente” (párr.146); no dejando cabida al Estado para adoptar medidas de acuerdo a sus circunstancias, recordemos que el margen de apreciación nacional surge primigeniamente para implementar medidas frente a situaciones excepcionales como el peligro público, y conflictos armados. En esa misma línea, sobre la “legitimidad de las amnistías”, en las conocidas

sentencias de los casos *Barrios Altos vs. Perú* (2001), *Almonacid vs. Chile* (2006) y *Gelman vs. Uruguay* (2011), dentro de las cuales básicamente los estados establecían auto amnistías o sometían las mismas a plebiscito para envolverlas en legitimidad democrática, no fueron admitidas por la Corte IDH ya que generaban impunidad ante los crímenes de lesa humanidad, por lo que estamos de acuerdo con el fallo de la Corte IDH respecto a no conceder el margen de apreciación nacional en estos casos.

Por otro lado, existen temas en los que la Corte IDH pudo haber recurrido al margen de apreciación nacional, pero no lo hizo, como por ejemplo en el caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica* (2012), el cual versaba específicamente sobre la Fecundación in vitro, tema que hasta la actualidad genera discusión, ya que en el sector de las ciencias de la salud aún está dividido en quienes avalan esta práctica y otro que la censura debido a la amplia variedad de problemas éticos en torno al embrión humano, en este caso en específico, se podía identificar dos alternativas de solución por parte de la Corte IDH por un lado evaluar si respecto al inicio de la vida existe consenso latinoamericano y por el otro dejar a cada estado parte la determinación de este criterio aplicando el margen de apreciación nacional, que como hemos abordado, no resultaba ajeno, tengamos en cuenta que una circunstancia indispensable para el uso de la doctrina estudiada, es la inexistencia de consenso entre los estados parte sobre determinados temas - tocaremos este punto con mayor precisión en el acápite siguiente- sin embargo, la Corte IDH hace caso omiso a esta falta de consenso respecto a tan delicada situación, e impone un criterio universal a los Estados, y afirmamos que impone un criterio universal, ya que como analizamos en el primer capítulo, a diferencia del Sistema Europeo, el nuestro acoge también la doctrina del control de convencionalidad, lo que significa que aquella decisión tiene efectos en todos los Estados parte de la CADH, aun cuando muchos de estos no comparten dicha disposición, estableciendo que:

La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El tribunal considera que estas prácticas de los Estados se

relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4° de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección del embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona (párr.256).

Otra sentencia de la Corte IDH en la que tampoco hace uso de la doctrina del margen de apreciación se encuentra en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012) sobre la discriminación por orientación sexual, la Corte IDH expresó que “... la falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no pueden ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”. (párr.92) Nuevamente la Corte IDH ante la falta de consenso en los Estados adopta una postura general respecto de esta situación y no renuncia a ser quien define los aspectos normativos para el ejercicio de cada derecho.

#### **4. Límites al Margen de Apreciación**

Al tratarse de una especie de discrecionalidad conferida a los estados para determinados asuntos sobre derechos humanos, existe una delgada línea entre lo permitido y lo que resultaría a todas luces arbitrario, motivo por el cual, los tribunales internacionales o regionales, mediante su jurisprudencia y, claro está, en base a lo establecido en sus respectivos instrumentos internacionales (CADH, TEDH), vienen formulando límites para impedir que esta doctrina sea utilizada en forma excesiva por parte de los estados. De acuerdo con Barboza (2011) podemos hablar de dos tipos de límites, los límites intrínsecos y los límites extrínsecos.

##### **4.1. Límites Intrínsecos**

Los límites intrínsecos son aquellos que se determinan a partir de las obligaciones generales y los deberes de adaptación de las disposiciones Estatales a los que se comprometen una vez que han firmado y ratificado un tratado, así como las condiciones y términos que los diversos Organismos regionales de protección de

los derechos humanos tienden a fijar. López (2017) afirma que dichos límites se traducen en que “las autoridades nacionales deben honrar las obligaciones asumidas al momento de ratificar los tratados de derechos humanos” (p. 57), en las siguientes líneas analizaremos en qué consisten estas obligaciones y deberes de los estados en los dos Sistemas internacionales objeto de estudio como lo es el Sistema Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos:

#### **4.1.1. Obligaciones generales y deberes de adaptación de disposiciones de derecho interno.**

A partir del momento en el que un Estado firma y ratifica un tratado sobre derechos humanos se entiende que se está comprometiendo a respetarlo y sobre todo a garantizar los preceptos que contiene, quedando obligados los jueces y toda autoridad a someterse al cumplimiento de las obligaciones supranacionales que se insertan en ellos, al momento en el que tenga que resolver asuntos que involucren directa o indirectamente a los derechos humanos.

En el continente europeo, la CEDH no ha establecido expresamente las obligaciones a las que somete a los Estados europeos, cuando estos ratifican la CEDH, sin embargo, de la interpretación del artículo 1º del citado cuerpo normativo, referido a la obligación de respetar los derechos humanos, establece expresamente que: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.” A simple vista es una prescripción que no dice mucho en relación con las obligaciones de los Estados, sin embargo, establece la obligación a los estados parte de respetar los derechos y libertades de toda persona perteneciente a cualquier Estado parte de la CEDH. Sobre la Convención Europea de Derechos Humanos. Tigroudja y Panoussis (citadas en Barboza, 2011) consideran que es el texto más protector en materia de protección del individuo, ya que si bien es cierto no establece directamente la posibilidad de obligar a un Estado a adoptar los actos necesarios para garantizar la efectividad, esta se encuentra implícita al ratificar dicho tratado, obligando al Estado a adoptar los actos necesarios para garantizar la efectividad de derechos enunciados. Consideramos que, para este Sistema Internacional, que los Estados parte adopten medidas para la efectividad de los derechos es una obligación implícita que emana de la misma

aceptación de la CADH, ya que si no lo hacen “estarían en una situación de desarreglo institucional, además de una anarquía fáctica, ante la falta de relación entre los hechos y la normatividad” (Barboza, 2011, p. 114).

Por otro lado, en nuestro sistema Internacional, se ha creído conveniente que estas obligaciones se encuentren expresadas textualmente en la CADH para que los Estados las puedan implementar dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, estableciéndose en los artículos 1.1. y 2°, que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)”, mientras que en el segundo artículo, se complementa lo señalado agregando que los “Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo de sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. De lo señalado, se puede apreciar que el artículo 1° es muy similar al de la CEDH, en cuanto reconoce la protección a toda persona sometida a su jurisdicción, sobre este punto el profesor Hennebel (citado en Barboza, 2011) indicó “el carácter de respeto para todos los ciudadanos se deriva de las obligaciones generales contempladas en la CADH, no se opone a la adopción de medidas positivas para un grupo minoritario de la población cuyos derechos se encuentren en desigualdad histórica...” (p.114), como por ejemplo brindar mayor protección a sectores como los pueblos indígenas, para erradicar la violencia contra las mujeres, entre otros. Por otro lado, se complementa con el artículo 2° respecto a la adecuación que tienen que realizar necesariamente los Estados dentro de sus Ordenamientos Jurídicos para que estos sean compatibles con el tratado.

#### **4.1.2. Deberes específicos producto de los derechos contenidos en los tratados internacionales.**

Cuando los Estados parte se comprometen a respetar la CADH y la CEDH respectivamente, no solo se obligan a adoptar las disposiciones directamente establecidas por los instrumentos internacionales, sino, además, quedan totalmente vinculados a custodiar cada uno de los derechos contemplados en los referidos instrumentos, por lo que, los estados deben interpretar y aplicar los derechos según su descripción dentro de los instrumentos regionales de protección. Esto es de tal



forma que en ambos instrumentos internacionales (la CADH y la CEDH) se establezcan aquellos supuestos que permitan a los Estados la restricción o suspensión bajo determinadas circunstancias.

Respecto a estas suspensiones, los Sistemas internacionales, establecen cláusulas limitativas de derechos contemplados en sus instrumentos. Es decir, los Estados tienen la facultad de suspender los derechos permitidos por los instrumentos internacionales ante la concurrencia de causales específicas como por ejemplo una situación de guerra, riesgo público, o algún atentado contra la seguridad del Estado. De acuerdo con Barboza (2011) “Esta suspensión debe ser justificada por un tiempo establecido, al tiempo que deben acatarse las formalidades que los documentos ratificados establecen” (p. 115). Estas restricciones directas las encontramos en la CADH en el extenso artículo 27° sobre la suspensión de garantías, donde expresamente señala que:

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Parte en la presente

Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. (el subrayado es nuestro)

Como se evidencia, en el primer numeral del citado artículo de la CADH expresamente señala los supuestos en los cuales los estados parte pueden incumplir con sus obligaciones internacionales, lo que no implica una duración permanente, ya que indica que esta suspensión es por un tiempo determinado, así mismo en el segundo párrafo, señala aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser suspendidos por los Estados como el derecho a la vida, a la integridad, la prohibición de la esclavitud, entre otros. También indica que estas restricciones deben ser comunicadas a la comunidad internacional, fundamentando las razones por las cuales se está tomando esta medida.

En el caso de la CEDH, las cláusulas limitativas se encuentran su el artículo 15°, el cual expresamente dice que:

- “1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.
2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.
3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al secretario general del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.”

Al igual que en el caso de Sistema Interamericano, el incumplimiento de las

obligaciones internacionales solo es posible bajo determinados y muy excepcionales supuestos, impidiendo también la restricción sobre el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, prohíbe la tortura y el trabajo forzado, y se debe informar de estas medidas al secretario general del Consejo de Europa.

Cabe señalar que las restricciones indirectas, se hallan en la prescripción de cada derecho, en ambos sistemas internacionales se realiza un control determinado por los jueces internacionales, lo que va a determinar la intensidad de la intervención sobre el margen de apreciación nacional, menciona Barboza (2011) que “si los derechos en cuestión son civiles o políticos existirá un control estricto del margen de apreciación nacional, mientras que si se trata de un derecho de naturaleza social, económica o cultural, el control judicial internacional será laxo por la libertad de configuración estatal y la palpable ausencia de consenso interestatal”. Estos límites intrínsecos tienen por finalidad lograr un consenso entre los estados, mediante la construcción de estándares de protección de los derechos humanos, los cuales marcan la pauta de lo que no pueden hacer los Estados en relación con la interpretación de los derechos, lo que, en el Sistema Interamericano, se le conoce como el control de convencionalidad.

## **4.2. Límites Extrínsecos**

Dentro de los límites extrínsecos encontramos al conocido Principio de Proporcionalidad, el cual ha sido utilizado en muchas sentencias por nuestro Tribunal Constitucional.

### **4.2.1. Principio de Proporcionalidad**

Este principio se ha consagrado como una técnica de interpretación particularmente utilizada por la Corte IDH, contando también, con gran acogida en el derecho constitucional. Originariamente, fue propuesta por el jurista alemán Robert Alexy (2011) quien hizo una distinción entre las reglas y los principios, afirmando que las reglas son normas o mandatos definitivos, y su forma de aplicación es mediante la subsunción de dicho precepto, mientras que los principios, son mandatos de optimización, y exigen ser cumplidos en la mayor medida posible. Agrega el autor que “La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación” (p.12).

Está conformado a su vez tres sub-principios: el de idoneidad, de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros referidos a optimizar posibilidades fácticas y el tercero referido a optimizar las posibilidades jurídicas. Por otro lado, la aplicación que realiza la Corte IDH de este principio no es idéntico al que se realiza en el derecho constitucional, en el cual se deben seguir los sub-principios señalados, en la jurisprudencia de la Corte IDH, “...en ocasiones solo suponen un balance y valoración sobre si las restricciones a un derecho se justifican y es proporcional o no, a favor del goce de otro derecho” (Lovatón, 2018, p. 361). De acuerdo a Clérico (citado en Lovatón, 2018) “la proporcionalidad se aplica a normas-principio y la subsunción se aplicará a norma-regla” (p. 357). Este principio ha sido adoptado en la jurisprudencia internacional para salvar los vacíos interpretativos que los métodos hermenéuticos no pueden resolver, debido a la complejidad que se presenta al momento de ponderar derechos fundamentales. Bernal (citado en Barbosa, 2011) afirma que “la aplicación de este principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objetivo se realice en la mayor medida de lo posible” (p. 118).

Este límite ha sido desarrollado por la Corte IDH en el fallo del caso sobre las Reformas Constitucionales en Costa Rica (2004) donde estableció que:

La Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos por naturalización” (párr.62).

Sobre la relación del principio de proporcionalidad y el margen de apreciación nacional, López (2017) manifiesta que “el propio margen de apreciación nacional es un ingrediente más de ese juicio de proporcionalidad. Un límite estructural a su aplicación que permite no entrar a revisar en ciertos casos la interferencia en el derecho si el fin es legítimo, y la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades nacionales” (p. 57). Constituye un límite a la doctrina del margen de apreciación nacional, en el sentido de que si la medida adoptada por el Estado, en uso de la discrecionalidad concedida y esta es excesiva, el Tribunal

internacional puede someter la dicha medida a supervisión aplicando el principio de proporcionalidad. Tanto en el Sistema interamericano como en el sistema europeo se ha aplicado este principio para establecer la conexión entre el control judicial y el margen de apreciación nacional.

#### **4.2.2. El consenso internacional como límite al Margen de apreciación nacional**

Para abordar el consenso como límite extrínseco del margen de apreciación nacional, partiremos desde la concepción consensualista del ordenamiento internacional, en la cual se habla de una “doble dimensión” representada en una dimensión material y una dimensión formal.

##### **a. Dimensión Material:**

Desde esta dimensión, el consenso viene a representar aquel acuerdo general de los sujetos de derecho internacional, mediante el cual se indican intereses y convicciones que han sido generalmente aceptadas, haciendo que el contenido de las normas internacionales sean obligatorias para toda la comunidad internacional, de acuerdo a Pascual (2013), la dimensión material “produce un efecto vertebrador en la jurisprudencia regional de derechos humanos, al canalizar la aplicación del margen de apreciación nacional a través del examen de la práctica de los Estados” (p. 248), para citar un ejemplo, en el caso *Dungeon vs. Reino Unido (1981)* sobre la criminalización de la homosexualidad, y *Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012)* sobre la prohibición de las prácticas de fecundación in vitro, ambos casos, no existía aún consenso sobre estos temas en específico, teniendo en cuenta la data de ambos casos para entender la falta de consenso en torno a estas medidas, sin embargo los tribunales CEDH y la Corte IDH respectivamente, determinaron que las medidas empleadas por los Estados eran contrarias a las disposiciones de los instrumentos internacionales, basando su decisión en la práctica generalizada de los Estados en sus respectivos sistemas internacionales.

- **El Margen de apreciación nacional cuando existe consenso entre Estados:**

Como se viene señalando, el “consenso” en el Sistema Internacional, nace del análisis de la práctica de los Estados, y permite interpretar los tratados sobre

Derechos Humanos, de manera que estos favorezcan en la mayor medida posible a los individuos, impidiendo la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, Pascual (2013) afirma que “la ausencia de esta circunstancia extrínseca, en el contexto de la vida privada y familiar, da pie a que los Estados miembros mantengan sus propias tradiciones normativas” (p. 250).

Por otro lado, se ha dado el caso, en el que pese a existir consenso entre la mayoría de Estados, los Tribunales han admitido algunas objeciones planteadas por los Estados sobre ciertos derechos fundamentales, por citar un ejemplo, en el Sistema Europeo, en el *caso A, B y C vs. Irlanda* (2010) respecto a la oposición del Estado Irlandés al aborto, refugiándose en el margen de apreciación nacional para regular esta cuestión delicada, el Tribunal Europeo afirmó que “... este consenso europeo, no podía constituir un elemento decisivo que limitara o impidiese la invocación del margen de apreciación nacional, aceptando de alguna forma la << objeción persistente >> irlandesa. Al examinar el carácter necesario y proporcional de las medidas adoptadas por Irlanda” (párr. 235). En esta sentencia, el TEDH deja en claro que la noción de consenso general en materia de Derechos Humanos no es absoluto, por lo que puede permitir un espacio para el margen de apreciación nacional en determinados supuestos, como en el caso ético-moral del aborto.

- **El Margen de apreciación nacional cuando no existe consenso entre Estados**

Existen muchas situaciones sobre casos en particular en las que los Estados no llegan a un acuerdo, como por ejemplo en aquellas áreas referidas a cuestiones religiosas, es sabido que en el continente europeo coexiste una amplia variedad de religiones, y en más de una ocasión han llegado a la jurisdicción del TEDH, como es el caso de *Leyla Sabin vs. Turquía* (2005) relacionado con el uso del velo islámico “yihab” en una universidad turca, el Tribunal de Estrasburgo tuvo que ponderar si la reglamentación turca que prohibía el uso del yihab dentro de la Universidad de Turquía constituía una vulneración al derecho de Libertad de Pensamiento, Conciencia y de Religión, “La prohibición de vestir el velo islámico dentro del recinto universitario se justificó como una restricción necesaria y proporcional por el significado político que este había adquirido en Turquía, frecuentemente asociado con los movimientos integristas islámicos” (Pascual, 2013, p. 253). El referido Tribunal terminó por respetar el margen de apreciación nacional acogido por las

autoridades turcas, ya que habían adoptado medidas que impedían la difusión de movimientos políticos de tendencia extremista.

Otro caso igual de interesante y sobre símbolos religiosos, se encuentra en el caso *Lautsi y otros vs. Italia (2009)* caso en el que el Estado Italiano había declarado que la presencia de crucifijos en escuelas públicas no vulneraba el “principio de laicidad” ya que además de ser un símbolo de religiosidad para el Estado Italiano, representaba también los valores que erigían la sociedad italiana, al ser cuestionada la medida tomada por el Estado Italiano, y argumentar que este debe mantener una posición neutral respecto a los símbolos de las diversas religiones del continente, el TEDH “reconoció un amplio margen de apreciación nacional para desarrollar su obligación de proporcionar una educación conforme con las propias convicciones religiosas y filosóficas, en cumplimiento con el Artículo 2 del Primer Protocolo Adicional” (párr. 61). Concluyó que, a diferencia del caso anteriormente estudiado, el TEDH dictaminó que la presencia de los crucifijos, a diferencia del uso del yihab, no generaba ningún tipo de presión sobre los estudiantes, ya que, para el alto Tribunal, los crucifijos constituían un “símbolo pasivo”, considerando que la Religión Católica es mayoritaria en dicho espacio geográfico no generando en los estudiantes ningún tipo de adoctrinamiento ni discriminación.

#### **b. Dimensión Formal:**

Desde la perspectiva formal, el consenso se presenta como un elemento importante y necesario para la integración de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales dentro de su Sistema Internacional. Se concibe como aquel mecanismo que permite “la adopción de decisiones en el seno de una estructura institucional mediante la adopción de una decisión sin objeciones formales para que se registre un consenso” (Pascual, 2013, p. 248), es decir, presupone la falta de oposición por parte de los sujetos participantes.

### **5. El margen de apreciación como manifestación de la soberanía del Estado**

La soberanía es la máxima potestad del gobierno, es quizá la característica más importante del Estado, ya que sin soberanía no existe Estado, en palabras de Juri (2021) “Es un elemento esencial del Estado: El Estado o es soberano o no es Estado”; ello se traduce en el ejercicio de los poderes dentro del mismo, teniendo el poder

Ejecutivo, Legislativo y Judicial los cuales forman el núcleo de un Estado de Derecho.

El ejercicio de dicha soberanía le permite a los Estados crear relaciones internacionales, adherirse a tratados, celebrar pactos y acuerdos, y comprometerse a asumir nuevas obligaciones, sin que esto signifique un menoscabo o pérdida de su soberanía, ya que es en virtud de esta, que el Estado puede realizar dichas actuaciones. De acuerdo con Bidart Campos citado por Acosta (2020), “se trata de una cualidad del poder que lo hace no dependiente ni subordinado y que garantiza la existencia y supremacía del Estado” (p.191), recordemos que todo poder deviene del poder superior que origina el ordenamiento jurídico en todas sus escalas y se consolida en la Constitución, siendo esta, para el maestro Landa (2010, p.136), “la expresión jurídica de la soberanía popular”, ya que justifica su existencia y razón de ser; por lo que no se puede entender que esta soberanía se pierde o pasa a ser dependiente de un poder que va más allá de la constitución misma, ya que si esto se entiende de esta forma, estaríamos hablando de un rompimiento del principio de soberanía y por ende una vulneración a la Constitución del Estado.

Ahora bien, respecto a los tratados internacionales ratificados por el Estado, específicamente en las interpretaciones realizadas por la Corte IDH de la CADH, se pretende, por medio del Control de Convencionalidad, conferir a los funcionarios nacionales, de nuevas obligaciones, cuya principal finalidad es hacer prevalecer la Convención, y con ella, la interpretación que los magistrados internacionales realizan sobre ella, esto sin tomar en cuenta la realidad y particularidad de cada Estado, y más aún, si existe o no consenso general sobre las materias abordadas, siendo el espacio idóneo en donde actúa el margen de apreciación. Por tales motivos, compartimos la postura de Acosta (2020, p.191) al afirmar que “la soberanía se traduce en la figura del margen de apreciación”, recordando que este criterio propugna que los jueces nacionales se encuentran en mejor posición para resolver cuestiones de Estado en las cuales no existe consenso. Siguiendo este línea de pensamiento, podemos concluir que el margen de apreciación nacional significa la preservación de la soberanía nacional y con ella, de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico.



### CAPÍTULO III

#### **LA DEFENSA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL NACIONAL MEDIANTE LA APLICACIÓN PREFERENTE DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOBRE LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO.**

##### **1. Reseña de la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.**

El día 18 de mayo del 2016 el Estado de Costa Rica presentó una solicitud de opinión consultiva con la finalidad de que la Corte IDH precise tres cuestiones principales: la primera sobre la protección de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas según su auto-percepción, la segunda cuestión se centró en el derecho interno de la República de Costa Rica respecto de si su Código Civil tenía un procedimiento adecuado para proteger a las personas que querían optar por un cambio de nombre según su identidad de género; y por último, la tercera cuestión versó respecto de si la CADH reconocía y protegía los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Concluido el proceso de audiencia oral y escrita, la Corte IDH tomó una posición y resolvió el cuestionamiento el día 24 de noviembre del 2017, basándose en una interpretación del alcance de los artículos 11.24, 185 y 246 de la CADH, y notificando su resolución a los Estados parte el día 09 de enero del 2018.

##### **2. Posición jurídica de la Corte IDH respecto de las obligaciones que el Estado debe adoptar en virtud de la Opinión Consultiva 24/17.**

A continuación, se expondrán brevemente los puntos analizados por la Corte IDH en la mencionada opinión consultiva, precisando de antemano, que no es objeto de la presente investigación su análisis minucioso, por lo que se enunciarán las principales obligaciones que la Corte IDH exhortó a los Estados parte a observar.

## **2.1. La identidad de género.**

Con relación a la Identidad de género, la Corte IDH en base al principio de dignidad humana, afirma que todas las personas deben ser tratadas como iguales y respetando su autonomía en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida, reconociendo la inviolabilidad de la vida privada y familiar, ya que es un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública (Opinión Consultiva N° 24/17, 2017, p. 44). En esa línea, la Corte IDH considera que la identidad de género está directamente conectada con la idea de que el género es parte de una construcción identitaria, la cual es resultado de la libre elección de cada persona, sin que exista condicionamiento de su genitalidad biológica asignada al nacer, dando como resultado la construcción de su propia Identidad personal, la cual debe ser reconocida por el Estado para garantizar el pleno goce de los derechos humanos; por lo que la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos. La Corte IDH puntualiza que el Estado:

En su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas” (Opinión Consultiva N° 24/17, 2017, p. 49)

Aunado a ello, debe garantizar la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer.

## **2.2. Cambio de nombre.**

Sobre este punto, la Corte IDH señala que el nombre, al ser atributo de la personalidad “constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado” (Opinión Consultiva N° 24/17, 2017, p. 51). Agrega que su finalidad es

lograr que cada persona se distinga frente a las demás, permitiéndole identificarse y reconocerse como tal, además le permite al Estado reconocer y registrar a cada persona dentro de su territorio. Señala, que el derecho al nombre se encuentra reconocido en el artículo 18 de la CADH y también en diversos instrumentos internacionales.

Finalmente, concluye que la CADH protege el derecho que posee cada persona de definir autónomamente su identidad sexual y de género, resguardando que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acorde o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, protección que se encuentra resguardada en el derecho de libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Por lo que es obligación del Estado “respetar y garantizar a toda persona, la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades o por parte de terceros” (Opinión Consultiva N° 24/17, 2017, p.54), consecuentemente, no pueden verse obligadas a poseer una identidad que no las representa.

### **2.3. Los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.**

Al respecto, la Corte IDH señaló que la protección del derecho a la vida privada y familiar contemplada en el artículo 11.2 de la CADH y el derecho a la protección familiar establecida en el artículo 17 del mismo instrumento internacional, deben contemplar y proteger no solo a las parejas entre personas heterosexuales, sino también a aquellas parejas del mismo sexo, en todo y en cuanto a los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar. Por lo que el Estado tiene la obligación internacional de hacer efectivo este derecho a aquellas uniones, sin hacer distinciones entre las uniones heterosexuales de las homosexuales, reconociéndose el mismo estatus jurídico y demás derechos patrimoniales y extramatrimoniales surgidos a raíz de dicha unión. Agrega que no es aceptable la diferenciación entre las uniones de parejas heterosexuales y homosexuales respecto a la institución del matrimonio. Por lo que exhorta a los Estados a extender las instituciones existentes a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, de conformidad con el

principio pro persona contenido en el artículo 29 de la Convención.

### **3. Vinculatoriedad de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH mediante el Controlde Convencionalidad en los Ordenamientos Jurídicos de los Estados Parte.**

Para determinar si el Estado Peruano está obligado a observar lo señalado en la Opinión Consultiva materia de estudio, es necesario establecer si el referido documento es vinculante para el Estado peticionante, en este caso Costa Rica, o si se extiende a los demás Estados parte. De acuerdo con la CADH, la Corte IDH ejerce cuatro funciones principales: la función contenciosa, la cual permite que los Estados le otorguen jurisdicción para resolver controversias en torno a la violación de Derechos Humanos; la función preventiva, la cual le confiere facultad para dictar medidas provisionales; la función ejecutiva, para realizar la supervisión de cumplimiento de las sentencias que emite y la función consultiva, que la habilita para pronunciarse sobre la interpretación del contenido del Pacto de San José de Costa Rica, así como para determinar la interpretación y compatibilidad de cualquier ley interna respecto de otros instrumentos internacionales.

Para este punto de la investigación nos centraremos específicamente en la competencia consultiva de la Corte IDH regulada en el artículo 64° de la CADH, en donde expresamente señala que “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

De la lectura del artículo 64° de la CADH, se deduce que los propósitos de esta función “pueden estar relacionadas con la interpretación de la CADH o con los tratados de protección de derechos humanos que involucran a los Estados americanos, así como sobre la compatibilidad entre las leyes internas y los tratados internacionales antes referenciados” (López y Saiz, 2017, pp. 27-28), es decir,

obtener una interpretación convencional sobre la CADH o de otros tratados que versan sobre Derechos Humanos, sin embargo, la norma no hace mención a la obligatoriedad de la consulta para los Estados, más aún cuando no existe una controversia a resolver, ni un Estado demandado por alguna violación al Pacto, simplemente se tiene la solicitud de un Estado parte respecto a una alguna disposición de su propio derecho para ser interpretada de acuerdo a los estándares internacionales y aplicar una correcta interpretación en su derecho nacional.

Tomado como referencia el trabajo de Sagües (2015), quien tras la ausencia de prescripción alguna en el Pacto y en el estatuto de la Corte IDH sobre el grado de vinculación de las Opiniones Consultivas, revisa los pronunciamientos de esta, llegando a postular cuatro tesis para dar respuesta a la interrogante planteada. Así, en palabras del autor tenemos:

**a) Tesis amplia implícita:** donde se evidencia que, en algunos pronunciamientos, la Corte IDH no ha hecho diferenciaciones expresas cuando habla del material controlante, o de referencia, entre sentencias y opiniones consultivas. Por ello, de modo implícito, indica que “donde la ley no distingue, no debemos distinguir”, por lo que ambas fuentes tendrían valor idéntico como fuentes generadoras de doctrina. Precisa que en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, se establece que, para velar por el efecto útil de la CADH, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH. Es decir, se debe tener en cuenta tanto los fallos de la Corte IDH, como las Opiniones Consultivas ya que en ambos la Corte IDH realiza interpretaciones al Pacto.

**b) Tesis amplia explicativa:** en esta tesis se encuentran los fallos que oblicuamente llevan a comprender en el mismo rango a las sentencias y opiniones consultivas. Por ejemplo, citando a la sentencia de supervisión de cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay, del 20 de marzo de 2013 señala en su párrafo 69 que al realizar control de convencionalidad, los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, deberán tener en cuenta el propio tratado y según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH. Por lo que se entiende que el material controlante abarca tanto precedentes como lineamientos jurisprudenciales, amparándose a las opiniones consultivas dentro de los primero, si entendemos por precedente a todo antecedente del tribunal sobre el

tema enfocado.

**c) Tesis presuntamente restrictiva:** esta se centra en aquellos fallos de la Corte IDH donde insta a las autoridades nacionales a considerar los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal (por ejemplo “Contreras y otros vs. El Salvador”, párrafo 228), podría circunscribir la vinculatoriedad de su doctrina judicial cuando constituye jurisprudencia, término que naturalmente se aplicaría a las sentencias contenciosas, pero que podría escapar de las opiniones consultivas, de las que cabe preguntarse si son jurisprudencia.

**d) Tesis de la indefensión actual:** el autor toma en cuenta el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en la Sentencia de Supervisión de Cumplimiento del Caso Gelman, donde se señala en el párrafo 59 que “el Tribunal Interamericano tendrá que determinar si la ‘norma interpretada’ alcanza eficacia *erga omnes* más allá de los ‘casos contenciosos’ donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las ‘opiniones consultivas’ donde no realiza una función jurisdiccional en sentido estricto...”(p. 298). El voto destaca que dichas opiniones consultivas los Estados parte intervienen ampliamente, incluso con la posibilidad de realizar audiencias públicas, recibir Amici Curiae, etc. Lo señalado parte del supuesto de que la opinión consultiva de la Corte Interamericana no implica estrictamente una función jurisdiccional, pero se emite con un mecanismo que guarda ciertas y significativas similitudes. Hasta el momento no hay doctrina de la Corte Interamericana sobre si esas opiniones conforman cosa interpretada jurisdiccional, correspondiéndole al Tribunal definir el punto.

De lo expuesto, podemos concluir que las opiniones consultivas interpretan la CADH, originándose en una consulta de convencionalidad, por lo que el trabajo realizado por los jueces sobre la interpretación de las normas del Pacto también resultan ser jurisprudencia, teniendo muy en cuenta que el Control de Convencionalidad tiene su fundamento en la autoridad de la Corte IDH como supremo intérprete del Pacto, siendo las opiniones consultivas el resultado de dicha labor, no interesando “la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado”. (Sagües, 2015, p.297). De acuerdo con el artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la

**aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...**” (el énfasis es nuestro) al respecto Faúndez (citado en Salazar, et al., 2019) manifiesta que al ejercer este objetivo estipulado expresamente en su Estatuto, “sea en el campo contencioso, sea en el consultivo, la función de ‘aplicar o interpretar’ el Pacto de San José, la Corte actúa como un órgano jurisdiccional y sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional”. (p. 129) (Énfasis agregado). Se debe precisar, que si bien es cierto, el efecto vinculante de las Opiniones Consultivas es menor al que tienen los procesos contenciosos, ya que en virtud del artículo 68 numeral 1 de la CADH, “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (énfasis agregado), así lo ha establecido la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos” en su párrafo 26, al señalar que:

Aun cuando **la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables.** De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento. (Énfasis agregado)

No obstante, ello no implica que carezcan de vinculación para los demás Estados, así lo ha precisado la Corte IDH en sus recientes pronunciamientos, en la Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014 y en la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párrafo 28, precisamos que en ambas opiniones se señala lo mismo, por lo que citaremos esta última:

Es por tal razón que estima necesaria que los diversos órganos del Estado **realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia 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. (Énfasis es nuestro).

Así tenemos pues, que, debido a la creación pretoriana del Control de

Convencionalidad, la Corte IDH se ha visto en la labor de ampliar los instrumentos vinculantes para los Estados, ya que, a su criterio, no es suficiente para salvaguardarla eficacia del pacto en los Estados lo estipulado en la CADH, sino que se debe extender a todos los pronunciamientos sobre la aplicación e interpretación de los derechos humanos, incluyendo las opiniones consultivas. El fundamento puede encontrarse en que no es una interpretación cualquiera, pues se refiere a las conclusiones que la misma Corte IDH, como órgano competente de interpretar y aplicar la CADH ha llegado. Por lo que podemos concluir que las Opiniones Consultivas son vinculantes para los Estados partes, pues constituyen una “interpretación autorizada del alcance obligaciones internacionales directamente relacionadas con la protección de los derechos humanos, las cuales han sido asumidas por los Estados miembros del SIDH a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos”(Salazar, et al. 2019, p.130); y por constituir también, parte del material controlante o de referencia para la aplicación del Control de Convencionalidad.

### **3.1. Recepción de la Opinión Consultiva N° 24/17 en las Legislaciones Americanas.**

Pese a la controversia que gira en torno a esta Opinión Consultiva dentro de diversos ordenamientos jurídicos, algunos de los Estados parte han adoptado sus preceptos mediante la aplicación del Control de Convencionalidad.

#### **3.1.1. Situación de Costa Rica.**

Como se ha señalado, fue la República de Costa Rica quien presentó la solicitud que dio origen a la Opinión Consultiva materia de estudio, a raíz de lo resuelto por la Corte IDH, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho Estado, mediante fallo de fecha 08 de agosto del 2018, resuelve dos acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra la normativa del Código de Familia que prohibía las uniones entre personas del mismo sexo, en esta sentencia la Sala Constitucional adopta lo establecido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva 24/17, señalando que los Estados partes de la CADH se encuentran en la obligación de adecuar las figuras existentes dentro de sus Ordenamientos Jurídicos, incluyendo el matrimonio, de modo que se garantice su acceso a parejas



homosexuales. Así lo establece textualmente la Sentencia de la Sala Constitucional mencionada:

Por mayoría se declaran con lugar las acciones planteadas por los accionantes y conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos” (opinión consultiva OC-24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses. (Sala Constitucional de Costa Rica 12782/2018, de 08 de agosto del 2018, p.42.)

El fallo emitido por mayoría, más no por unanimidad, es claro al señalar que el Estado de Costa Rica debe adaptar sus normas sobre lo solicitado, de modo que se incluyana las parejas homosexuales, garantizando así el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Opinión Consultiva 24/17. Esta sentencia a la fecha

sigue siendo materia de discusión, ya que la Sala Constitucional llega a ordenar al Poder Legislativo del país a que en un plazo de dieciocho meses contados a partir de la publicación de la sentencia, modifique la legislación vigente; por otro lado, el plazo otorgado venció este 26 de mayo del 2020 y a pesar de que el Congreso no tramitó ninguna ley al respecto, el matrimonio igualitario es legal a partir de esa fecha, convirtiendo a Costa Rica en el primer país de Centroamérica y el vigésimo noveno del mundo que regula el matrimonio homosexual en su ordenamiento interno a raíz de la mencionada opinión consultiva y sin una Ley de por medio.

### **3.1.2. Situación en Ecuador.**

El matrimonio entre personas del mismo sexo, fue reconocido en Ecuador el 12 de junio del 2019 por medio de la sentencia de la Corte Constitucional, originada tras la consulta de constitucionalidad realizada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, solicitando que el máximo intérprete de la Constitución Política de Ecuador, precise si la Opinión Consultiva 24/17 emitida por la Corte IDH, es compatible con el artículo 67 de su Constitución, que reconoce el matrimonio solo entre un varón y una mujer.

En respuesta, la Corte Constitucional de Ecuador, basando su fallo en la aplicación del Control de Convencionalidad para la adecuación de las normas de derecho interno con lo señalado por la Corte IDH en la referida Opinión Consultiva señaló que “El deber de adecuar el sistema jurídico interno a los derechos y estándares internacionales de derechos humanos cuando fueren más favorables, no se agota con las reformas normativas. La exigencia internacional también es el cambio en las prácticas” (Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 11-18-CN/19, de 12 de junio del 2019, p. 61). Para finalmente dictaminar que la Opinión Consultiva OC24/17, expedida por la Corte IDH el 24 de noviembre de 2017, es una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, las cuales integran el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Estableciendo que no existe contradicción entre el texto constitucional con el convencional sino más bien complementariedad, en virtud de la aplicación del principio pro homine, prevaleciendo así la interpretación más favorable de los derechos, llegando a la conclusión de afirmar que la norma del artículo 67 se complementa con la regulación e interpretación de la CADH, realizada por la Corte IDH mediante la

Opinión Consultiva OC24/17, que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. (Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 11-18-CN/19, de 12 de junio del 2019). Asimismo, la Corte dispuso que se ordene al Registro Civil a que registre el matrimonio de la pareja peticionante, alegando que no era necesaria la realización de una reforma constitucional a la normativa ecuatoriana, ya que mediante la interpretación constitucional y lo dicho en sede internacional, era suficiente para adecuar las figuras preexistentes respecto del Matrimonio.

Cabe precisar que esta decisión, contó con cinco votos a favor y cuatro votos en contraparte de los Magistrados de la Corte Constitucional, estos últimos recalcaron que para el reconocimiento del matrimonio igualitario se debe realizar un procedimiento de reforma constitucional, ya que se está cambiando sustancialmente la institución del Matrimonio.

### **3.1.3. Situación en Perú.**

Nuestros Legisladores todavía no han regulado el matrimonio igualitario dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, sin embargo, pese a que en los años 2013 y 2016 respectivamente se presentaron ante el Congreso de la República dos Proyectos de Ley para regular la Unión Civil, los cuales fueron rechazados y archivados tras el procedimiento respectivo, no ha sido impedimento para que algunas parejas homosexuales que han celebrado su matrimonio en el extranjero, en Estados en los que se encuentra permitido, hayan pedido ante nuestras autoridades administrativas, específicamente ante el Registro Civil, que se reconozca dicha unión alegando ser un derecho reconocido en instancias Internacionales. Mencionaremos dos casos importantes: el matrimonio constituido por Oscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche Reyes; y el matrimonio entre Susel Paredes y Gracia María Aljovín.

#### **a. Caso Ugarteche:**

En este caso, se tiene que el 12 de enero del año 2012, Óscar Ugarteche Galarza solicitó ante el Registro Nacional (RENIEC), la inscripción de su matrimonio con Fidel Aroche Reyes, celebrado en los Estados Unidos Mexicanos, al tratarse de un matrimonio entre dos hombres, el 7 de marzo del año 2012 se declaró improcedente la solicitud. En la resolución de primera instancia administrativa, se estableció que

la variación en el sexo era una violación del “elemento estructural” del matrimonio. Haciendo referencia al Código Civil, específicamente a lo estipulado del artículo 234, en el cual se establece que el matrimonio es “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código”. Agotando vía administrativa tras la denegatoria de lo solicitado, la pareja interpuso acción de amparo el día 12 de diciembre del 2012, recaída en el expediente N° 22863-2012 solicitando ante el Poder Judicial que se le ordene al RENIEC inscribir su matrimonio válidamente celebrado en el extranjero. Luego de la actividad procesal, el 09 de enero del 2017 la jueza del Séptimo Juzgado Constitucional de Lima emitió sentencia, declarando fundada la demanda y ordenando al RENIEC que inscriba el matrimonio celebrado por las demandantes en el extranjero; obviamente fue apelada por la entidad demandada dentro del plazo legal, interponiendo una excepción de prescripción. El expediente fue elevado a la Cuarta Sala Civil de Lima, la cual mediante Resolución N° 25 de fecha 19 de enero de 2018, revoca el Auto de Saneamiento y, reformándolo, declaró fundada la excepción de prescripción y, en consecuencia, nulo todo lo actuado, dando por concluido el proceso. Esto quiere decir, que, de acuerdo con la Sala, la demanda es improcedente, ya que se interpuso fuera del plazo legal. Con lo resuelto los demandantes interpusieron Recurso de Agravio Constitucional para que el Tribunal Constitucional se encargue de revertir la decisión adoptada por la Sala. El 20 de junio de 2018 se realizó la vista de la Causa del proceso, quedando pendiente hasta la fecha que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de agravio Constitucional recaído en el Expediente N° 01739-2018-AA/TC.

#### **b. Caso Susel Paredes**

Bajo la misma modalidad, la actual funcionaria pública Susel Paredes, quien contrajo matrimonio con Gracia Aljovín el 04 de agosto de 2016 el estado de Florida, EEUU, tras regresar a Perú, solicitaron ante RENIEC la inscripción de su unión, solicitud que fue rechazada, al igual que en el anterior caso, bajo el argumento de que las normas en Perú sobre el matrimonio, únicamente corresponden a las uniones voluntarias celebradas entre varón y mujer, supuesto en el que no encajan las peticionantes al ser ambas del mismo sexo, luego de agotar

vía administrativa, la pareja interpone un recurso de amparo. En la Sentencia de fecha 22 de marzo del 2019, recaída en el Expediente N° 10776-2017, el Juez del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte de Lima, señala que la Constitución actual, entonces “no restringe de forma expresa ni tácita el matrimonio entre personas del mismo sexo” (Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia 10776 -2017, de 22 de marzo del 2019, p.12), en dicha resolución, el Juez aplica el Control de Convencionalidad a lo prescrito en el artículo 234 del Código Civil, al señalar que “además de haberse sustentado la existencia de una afectación de un derecho fundamental, con la aplicación, para este caso, del Código Civil de 1984, que es posible realizar un Control de Convencionalidad aplicando la OC-24/17, que determina que el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico, es amparado por los principios fundamentales positivados en esta convención, como una forma de familia y una forma de matrimonio...” (Corte Superior de Justicia de Lima, sentencia 10776 -2017, de 22 de marzo del 2019, p.17). Finalmente, dispuso que la entidad demandada (RENIEC) inscriba sin restricciones la partida matrimonial de la pareja demandante, obteniendo la resolución en primera instancia a su favor. Con fecha 20 de junio del 2017, las recurrentes interponen demanda de amparo contra RENIEC, sosteniendo que la resolución administrativa 077-2017-GOR/JR10LIM/RENIEC, afecta sus derechos a la dignidad, a la igualdad ante la ley y no discriminación, a la personalidad jurídica, a la identidad a la integridad moral, psíquica y física al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, y a la intimidad familiar y personal, por lo que solicitan que se ordene al demandado que vuelva a calificar el título que contiene la partida de su matrimonio.

#### **4. Aplicación del Control de Constitucionalidad sobre el Control de Convencionalidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano.**

De lo visto en las sentencias del Poder Judicial de nuestro país y al igual que en los estados de Costa Rica y Ecuador, se está aplicando el Control de Convencionalidad para reconocer la Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, alegando que nuestro texto constitucional no lo prohíbe ni lo permite expresamente, por lo que solo es el Código Civil el que representa el impedimento para este reconocimiento, y al ser una norma con rango de ley, inferior a la Constitución, es factible la aplicación del Control de Constitucionalidad en lugar

del Control de Constitucionalidad. Para ello, es conveniente determinar si realmente la Constitución protege o no el matrimonio heterosexual, y si este forma parte de una norma con rango constitucional o no.

#### **4.1. Determinar si la Constitución de 1993 protege el Matrimonio Heterosexual.**

Para iniciar este análisis, es necesario determinar si nuestra Constitución vigente protege al Matrimonio heterosexual, puesto que, al tratarse de una norma con rango constitucional, lo que corresponde aplicar a nuestros jueces es el Control de Constitucionalidad, ya que estos se encuentran llamados a velar por la vigencia y supremacía de nuestra Constitución por sobre cualquier otra norma.

Al respecto, nuestro texto constitucional nos dice en el Capítulo II de los derechos sociales y económicos en su artículo 4° se señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. *También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.* La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”. (El énfasis es nuestro) Seguidamente, en el artículo 5° prescribe que “*La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial,* que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (el énfasis es nuestro).

De la lectura de estos artículos, claramente se hace expresa alusión al matrimonio y a la familia como institutos naturales de la sociedad, cabe resaltar que esta característica propia, amerita que sean colocados como “precedentes en orden de prioridad y de existencia real a la ley; no son constituidos por ella, sino que existen desde antes de la ley” (Bernaes, 196, p.162) siendo la función de esta última, solamente su reconocimiento. Estas instituciones naturales son reconocidas como las bases fundamentales de la sociedad, entendiéndose que una sociedad está conformada por familias, las cuales devienen, principalmente, de un vínculo matrimonial, hecho que solo puede generarse naturalmente de la unión entre un hombre y una mujer, razón por la cual, el Constituyente plasma en la Carta Magna

de 1993 el deber del Estado de proteger y promover estas instituciones naturales que hacen factible su propia existencia.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia del expediente N° 2868-2004-AA/TCha confirmado este precepto constitucional, calificando al matrimonio y a la familia como *institutos jurídicos constitucionalmente garantizados* al concluir que:

El Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental **no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio**. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional. **Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados**. De modo que **la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial**. En efecto, **ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo**. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido. (El énfasis es nuestro).

Con esta Resolución, el Supremo Intérprete de la Constitución, precisa que al tratarse de instituciones naturales y además, de institutos jurídicos constitucionalmente garantizados, la esencia de estos no puede ser alterada ni siquiera por el propio Legislador; asimismo, refiere que no existe un derecho constitucional al matrimonio, ya que este es una institución natural previa a cualquier derecho, precisa que lo que existe en realidad es el derecho de contraer libremente matrimonio, que “...si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico... sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la

Constitución.” (Fundamento 14).

Al referirse al derecho al Libre Desarrollo, se le está reconociendo a la persona una libertad de actuación sobre el desarrollo de su personalidad, en palabras del TC son “...parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”, por consiguiente, en virtud de este derecho, cada persona sería libre de decidir contraer o no matrimonio y de elegir con quien hacerlo, todo ello, claro está, dentro de la regulación propia del Sistema Jurídico Peruano, así lo destaca el TC, al señalar que este derecho constitucional no es absoluto, ya que “...su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio. (Fundamento 15).

Aurelio Fernández (citado en Carrillo, 2015) realiza una interesante reflexión sobre el matrimonio al manifestar que:

El matrimonio es la palabra que empleamos para designar específicamente la unión estable entre un hombre y una mujer. **Si la unión es entre dos hombres, o dos mujeres, ya no es matrimonio, sino otro fenómeno humano y social diferente.** De igual forma una compraventa sin precio ya no es compraventa, sino donación; y decir que una donación no es una compraventa no es decir nada peyorativo para la donación, sino simplemente delimitar realidades sustancialmente distintas, acreedoras de un tratamiento jurídico diferente. **Pretender que una unión homosexual es matrimonio es algo así como pretender que una unión homosexual sea heterosexual: una contradicción en sus propios términos.** (El énfasis es nuestro).

En efecto, el citado autor destaca la característica esencial de la institución del matrimonio, la cual vendría a ser la unión estable y permanente entre un varón y una mujer, ya que esta combinación es la única que naturalmente da continuidad a la sociedad mediante la procreación de nuevos ciudadanos en la comunidad de una familia, que como vimos, el Estado protege y promueve por mandato



constitucional; por lo que cualquier otra forma de unión distinta a la señalada, deja de ser una unión matrimonial, ya que no logra los fines propios del mismo, esto es la procreación de hijos y continuidad de la sociedad, convirtiéndose en un fenómeno social distinto a la institución referida; y es aquí donde surge uno de los principales argumentos de los que afirman que el no reconocimiento del matrimonio homosexual genera discriminación para estas minorías, al respecto, Carrillo (2005) afirma que no se está produciendo discriminación alguna contra las personas homosexuales, ya que no nos encontramos ante una situación igual, la diferencia radica en que "...las parejas homosexuales solo pueden cumplir los deberes individuales que cumplen las parejas heterosexuales, pero no los sociales". (p.12) por dicha razón, el Estado no tiene el deber de amparar un matrimonio homosexual, ya que no responde a lo que el artículo 4° de la Constitución demanda.

Por otro lado, tenemos al artículo 5° del mismo cuerpo normativo, referido a las uniones de hecho, hemos de destacar que no es la intención del Constituyente equipararla a la institución del matrimonio, lo que busca es brindarle una limitada protección en tanto que reconoce que no todas las familias encuentran su fuente generadora en el matrimonio, evidenciando que existen uniones heterosexuales estables y permanentes que se asemeja al matrimonio pero que no son de igual naturaleza, por lo que las protege en cuanto sea posible, pero nunca las equipara.

Hay quienes afirman que el texto constitucional no establece literalmente que la unión matrimonial deba ser entre un varón y una mujer, y que el hecho de que sí lo haga con la figura de la unión de hecho no es suficiente para afirmar que el matrimonio se dé solo en parejas heterosexuales, en ese contexto, al ser el concubinato una figura similar al matrimonio, evidentemente el Constituyente contempla a este último como la unión de un hombre y una mujer, caso contrario, y bajo la lógica de los que defienden la protección constitucional del matrimonio homosexual, la norma estaría discriminando expresamente a las parejas homosexuales de la figura del concubinato, lo que abiertamente ocasionaría una incompatibilidad entre normas constitucionales (artículo 2.2.), escenario que no existe ya que la Constitución se interpreta bajo el Principio de Unidad, según el cual "la Constitución es un ordenamiento completo, integral, en el que cada una de sus disposiciones debe armonizarse con las demás" (Hakansson, 2009, p.9). No

siendo posible la existencia de contradicciones internas.

De la interpretación del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 139-2013-PA/TC, sobre el reconocimiento de cambio de sexo de una persona transexual y la subsecuente obligación del RENIEC a registrar dicho cambio, en el considerando número 34 afirma que “La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, **el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja**”. (El énfasis es nuestro) Con esta Sentencia, el TC está afirmando que de la interpretación el artículo 4° de la Constitución, no se reconoce la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo al amparo de la Constitución, ni tampoco se permite la formación de una familia por medio de la adopción, supuestos que claramente no corresponden a la institución del matrimonio ni a la institución de la familia.

Podemos concluir que el Texto Constitucional de 1993 promueve y garantiza al matrimonio y la familia como instituciones naturales, preexistentes y esenciales para el preservación de la sociedad, siendo la esencia del matrimonio la unión permanente entre un varón y una mujer, es decir una unión heterosexual, del mismo modo, en base a la interpretación del TC se ha demostrado que el matrimonio no es un derecho constitucional en sí mismo, sino que por medio del derecho al Libre desarrollo de la personalidad, una persona tiene derecho a contraer matrimonio, derecho que obviamente tiene toda persona indistintamente de su orientación sexual; de este modo, el TC zanja toda duda respecto a la posibilidad de un reconocimiento de matrimonio homosexual amparado de una interpretación al artículo 4° de la Constitución.

#### **4.2. El Control de Constitucionalidad frente al Control de Convencionalidad.**

Como se ha señalado en el primer capítulo, ambos controles parecen tener la misma naturaleza jurídica en cuanto a su diseño y finalidad, sin embargo, son diferentes a la vez debido a particularidades sustanciales que presenta cada uno. Esta confusión puede deberse a la falta de delimitación y precisión que despliega el Control de Convencionalidad, el cual al nacer en el seno jurisprudencial, presenta algunas complicaciones en la doctrina al momento de comprender su estructura, su

fundamento y fines, lo que hace pensar que se trata de figuras idénticas, Barros, et.al (2015) postula que esta identidad se encuentra fundada en argumentos de carácter formal, carentes de un análisis exhaustivo respecto al tema, comenta que “las figuras nada tienen en común, porque el control de convencionalidad interno es una especie de control de convencionalidad, alejado por tal de la naturaleza, origen, voluntad y efectos propios del control de constitucionalidad”. (p.212)

Como se expone, no se tiene un concepto definido ni uniforme de lo que es el Control de Convencionalidad Interno, ya que desde su “consolidación” en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* en el 2006, a la fecha, la Corte IDH no ha precisado la forma ni el modo de cómo realizarlo, lo que evidentemente ha ocasionado que se le equipare a la estructura, fundamento y fin del control de Constitucional, el cual ya se encuentra consolidado y delimitado dentro de los Ordenamientos Internos.

Al respecto, Barros et.al. (2015), realizaron un importante trabajo para precisar los criterios que diferencian a uno y otro control, para estos autores, la diferencia radica en tres criterios: a) principios en que se fundamentan; b) voluntades comprometidas en su establecimiento; y c) efectos.

**a) Principios en que se fundamentan:** el control de constitucionalidad ha sido instituido como el mecanismo de adecuación de la normativa nacional a la Constitución Política, emanando del principio de supremacía constitucional. Por otro lado, el control de convencionalidad interno se sustenta en un principio distinto, esto es, el principio de observancia convencional, cuya finalidad es velar por el efecto útil del Pacto y el cumplimiento de las obligaciones internacionales

**b) Voluntades comprometidas en su establecimiento:** Cuando se habla de la voluntad del constituyente o la voluntad del Parlamento, se entiende que ha existido un procedimiento efectuado para que esa actuación sea legítima, por lo que cuando se aprueba la Constitución y los mecanismos de control del mismo, está interviniendo la voluntad del poder constituyente, y cuando se aprueba y se ratifica un tratado internacional, como la CADH, está actuando la voluntad soberana del

Estado. Siendo diferentes las voluntades actuantes en cada uno de los controles materia de estudio.

- c) Efectos:** respecto al Control de Convencionalidad interno, no se ha especificado sus efectos, sin embargo se ha precisado que es una “especie de Control de Convencionalidad” razón por la cual se puede especular que los efectos de este control son los mismos que los que detenta el Control de Convencionalidad externo frente a un supuesto de “inconveniencia”, es decir, la determinación de responsabilidad internacional ante la verificación del incumplimiento de las obligaciones internacionales por los Estados partes. Siendo otro de sus efectos buscar la inaplicación de la norma, acto o instrumento contrario a la CADH, como su posible expulsión del mismo del Ordenamiento Jurídico por “inconveniencia”, no obstante esto último debe quedar descartado, ya que sería un error pretender asimilar sus efectos al de control de constitucionalidad, puesto que no siempre el juez responsable de realizarlo tiene la facultad para dejar de aplicar al caso concreto una norma contraria a la CADH y su potencial expulsión del Ordenamiento Jurídico por lo que no podríamos hablar de efectos idénticos.

De lo expuesto podemos concluir que tanto el Control de Constitucionalidad como el Control de Convencionalidad interno se desarrollan en base a principios y normas distintos, el primero en base al Principio de Supremacía Constitucional, el cual pretende conducir la toma de decisiones de un Estado a los lineamientos del poder Constituyente sea originario o derivado a diferencia del segundo, erigido jurisprudencialmente bajo el Principio de Efectividad del Pacto, cuyo objeto es proteger y asegurar los Derechos contenidos en la CADH y, de ser el caso, responsabilizar al Estado trasgresor de los mismos.

Otro punto a tratar se centra en que cuando existe compatibilidad entre el texto Constitucional y el instrumento Internacional, no existe colisión entre ellos, ya que se encuentran en la misma dirección, el Control Constitucional garantizando la Supremacía Constitucional, y el Control de Convencionalidad, resguardando el efecto útil del Pacto Internacional, no obstante, no debemos olvidar que el Control de Constitucionalidad se erige precisamente en base al principio de

Supremacía Constitucional, el cual coloca en la cima del sistema jurídico a la Constitución Política del Estado, dotándola de naturaleza vinculante y de eficacia directa, ello implica que “el control que se ejerce se realiza bajo el criterio de pertenencia de las normas objeto de examen al ordenamiento jurídico y a la luz de determinados patrones de relación entre las normas controladas y controladoras que justifican los mecanismos de control normativo que se examinarán” (Torres, 2012, p. 111).

Sin embargo, en los últimos tiempos, esto ya no es una regla general, que se supone debería existir al ser un requisito necesario para la adopción del tratado, que los ordenamientos internos adecuen sus disposiciones al mismo de manera que no exista discordancia entre ambos sistemas, sin embargo al haberse vinculado obligatoriamente a los Estados no solo a los preceptos del contenido de la CADH, sino también a toda interpretación de la Corte IDH sobre derechos humanos, ha ocasionado que en más de una ocasión el derecho interno colisione con derecho internacional, y claro, por principio de Jerarquía Normativa, siempre ha primado indirectamente el Derecho Internacional ya que forma parte del Derecho interno (artículo 55° de la Constitución Política) y además por contemplarse en la Cuarta Disposición Final y Transitoria que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú por pertenecer al bloque de constitucionalidad”.

Sin embargo, en este caso en concreto, nos encontramos ante una norma constitucional (el matrimonio) enfrentada a una disposición vinculante de carácter Internacional (la Opinión Consultiva N° 24/17) cabe preguntarnos, ¿qué disposición prevalece sobre la otra? para responder esta interrogante debemos analizar la jerarquía normativa en la que se encuentran las disposiciones convencionales y las disposiciones constitucionales.

### **4.3. Posición Jerárquica de las disposiciones Convencionales.**

Al hablar sobre las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, la doctrina estudia la manera en la que estos cohabitan, si existe interconexión o independencia entre ambos sistemas jurídicos, recordemos que la eficacia del Derecho Internacional depende en gran medida de la correcta aplicación de la norma internacional en el Derecho interno. Estas relaciones se pueden explicar planteando los siguientes supuestos: el primero se refiere a Si el Derecho Internacional necesita de algún acto específico de recepción o conversión para surtir efectos en el ordenamiento interno; y el segundo, respecto a Si en caso de conflicto entre ambos prevalece el derecho internacional o el derecho interno. Para dar respuesta a los supuestos planteados, se propusieron dos teorías: la teoría Dualista y la teoría Monista.

#### **4.3.1. Teoría Monista**

La teoría monista desarrollada principalmente por la escuela normativista de Kelsen y la escuela sociológica de Scelle, parte de la base de la unidad del conjunto de normas jurídicas del sistema internacional y de los órdenes jurídicos estatales. Se rige por el principio de Subordinación, en la cual todas las normas jurídicas están subordinadas unas con otras, en un orden jerárquico. Verdross citado en Monroy (2002, p. 136) destaca que de esta teoría surgen dos corrientes doctrinarias: la primera, el monismo con primacía del derecho interno, debido a la ausencia de una autoridad supraestatal; y la segunda, el monismo con primacía del derecho internacional, cuyo principal defensor fue Kelsen, para quien las normas jurídicas encuentran su fundamento en una norma superior, sostiene que el derecho internacional no requiere el reconocimiento de los Estados para su validez, defendiendo desde 1934, que la norma fundamental reside en el derecho internacional, ya que es el orden internacional el que reconoce el poder a los sujetos estatales para crear normas jurídicas. Para la teoría monista la norma internacional se integra en el sistema interno sin la necesidad de ningún acto expreso de voluntad del Estado, es decir sin esa transformación que se tenía que realizar en la teoría dualista. Cualquier conflicto entre normas provenientes del orden internacional y el interno se tendrían que solucionar en términos de jerarquía normativa.

### **4.3.2. Teoría Dualista**

Esta teoría propuesta principalmente por el alemán Triepel, el italiano Anzilotti, plantea que el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos distintos, independientes y separados que nunca llegarán a confundirse, por lo que no existe subordinación de uno sobre otro, surgiendo tres principales razones: 1. sus fuentes son distintas; 2. regulan distintos sujetos; 3. abordan diferentes materias. Díez (2007, p. 242) precisa que las consecuencias prácticas de separar estos sistemas son dos: primero, que una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden jurídico interno, pues los destinatarios son los Estados que han dado su consentimiento, por lo que para que esta surta efectos en el ordenamiento interno debe ser transformada en norma interna mediante un acto por el Legislador; segundo, como el Tratado se transforma en norma interna, la norma posterior puede derogar o modificar la norma anterior. Esto quiere decir que como el derecho internacional no puede alcanzar a los individuos, requiere ser transformado en derecho interno, por lo que el Estado tendría que emitir una norma de derecho interno que sea conforme a la norma internacional. Observa Salmón (2014, p. 273) que una norma internacional solo podrá ser directamente obligatoria en el ordenamiento jurídico interno de un Estado si media un acto de transformación de ésta a través de un acto de voluntad del legislador estatal, por lo que no se puede producir un conflicto real entre ambos sistemas ante el juez interno. Esto significa que no se puede aplicar el derecho interno directamente a los individuos, ya que es indispensable que se transforme en una norma de derecho interno mediante los mecanismos establecidos por cada Estado.

### **4.3.3. Práctica contemporánea de los Estados en torno a estas doctrinas**

Teniendo en cuenta la evolución de la sociedad, por ende, el derecho, en las últimas décadas, para la mayoría de tratadistas, estas teorías están desfasadas, carecen de base empírica y resultan insuficientes para responder a la complejidad de las relaciones internacionales contemporáneas. Salmón (2014) precisa que “en la actualidad se tienen posturas moderadas donde se constata que las relaciones entre derecho internacional y derecho interno no solo son de conflicto sino también de cooperación y complementación” (275) jerárquica bajo un orden jurídico común, de acuerdo a Truyol citado en Monroy (2002) este orden común no puede ser otro que el derecho

natural.

#### **4.3.4. Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno**

Como se afirmó, la recepción del derecho internacional en el ámbito nacional hace que los tratados internacionales se conviertan en derecho interno, y dejen de ser derecho extranjero. El Estado, en virtud de su Soberanía, configura su ordenamiento interno permitiéndole al derecho internacional tener fuerza normativa dentro del mismo, motivo por el cual, los tratados pueden tener rango supraconstitucional, como es el caso de Argentina<sup>9</sup> y Colombia<sup>10</sup>; constitucional como es el caso de Ecuador<sup>11</sup>, supralegal y legal. Asimismo, existen Constituciones como la de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, El Salvador, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, y la nuestra, que no han establecido expresamente la jerarquía de los tratados internacionales.

Para Salmón (2014) nuestra carta magna ha optado por un modelo monista, el artículo 55 de la Constitución señala que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Los artículos 56 y 57 del mismo cuerpo normativo, regulan la aprobación de los tratados mediante un sistema de requisitos que depende de las materias que dicho tratado pretende normar:

- Tratados que requieren aprobación congresal (art. 56) los tratados que versen sobre estas materias requerirán aprobación del Congreso antes de su ratificación: derechos humanos, soberanía, dominio o integridad territorial, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, los tratados que crean, modifican o suprimen tributos, los que exigen modificación o derogación de alguna ley, y los que requieren de medidas legislativas para su ejecución.

---

<sup>9</sup> Artículo 31- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.

<sup>10</sup> Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<sup>11</sup> Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.



- Tratados que no requieren de aprobación congresal (art. 57) sobre el resto de materias el presidente celebra y ratifica los tratados dando cuenta al Congreso.

En el segundo párrafo del artículo 57 se dispone que los tratados que afecten disposiciones constitucionales deben ser aprobados por el procedimiento que rige la reforma constitucional dispuesta en el artículo 206 de la constitución, a fin de evitar la contradicción normativa.

Por otro lado, tenemos a la Cuarta Cláusula Final y Transitoria, que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce y se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Como vemos, en ninguna norma del texto Constitucional se establece la jerarquía de una disposición convencional, y menos se ha puesto al derecho internacional, en este caso, a las Opiniones Consultivas de la Corte IDH por encima del derecho nacional.

No obstante, sabemos que el Principio de Supremacía Constitucional constituye el pilar fundamental de nuestro Sistema Jurídico ya que, entre otras, limita, encuadra y orienta los actos, la conducta y gestión de los gobernantes y gobernados, garantiza el equilibrio en el ejercicio del poder político, protege y desarrolla los derechos fundamentales de la persona y legaliza y legitima el sistema político (Robles, 2007). Al respecto, el TC ha señalado que “Exige una concepción de la Constitución como norma jurídica, la primera entre todas, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, siendo cada uno parámetro para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno (Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia N.º 2939-2004-AA/TC de fecha 26 de diciembre del 2005, p. 8).

Volviendo al tema central, podemos afirmar que de la misma forma en la que el derecho internacional busca imponer la efectividad de sus instrumentos, la Constitución Política de cada Estado busca imponerse a cualquier norma que sea inferior a ella, pero a diferencia del primero, la Constitución es la norma suprema que dota de validez a todo el ordenamiento jurídico nacional, con esto no afirmamos que el derecho internacional carezca de utilidad, o que sea innecesario para nuestro derecho, al contrario, rescatamos su importancia en la interpretación de los derechos

humanos contemplados en la CADH, pero se recuerda el carácter subsidiario y la relación de cooperación del mismo, el cual viene a reforzar y auxiliar a los ordenamientos nacionales, precisamente “no se puede preterir el carácter subsidiario no supranacional del sistema interamericano de derechos humanos. Elemento de contraste con la institucionalidad europea, supranacional no subsidiaria, que elocuentemente ha elaborado la doctrina del margen de apreciación interno en lugar del exacerbado alcance al que aspira la Corte Interamericana”. (Henríquez y Núñez 2016, p. 339).

Compartimos la postura de Eto Cruz (2013), al afirmar que “el derecho Constitucional, y específicamente la constitución, sigue siendo el primer campo de aterrizaje de los derechos humanos; es válido afirmar que cualquier enfoque sobre la vigencia de los derechos humanos debe partir siempre de la Constitución; pues ella no sólo es el conjunto integral de normas, *sino que anida principios y valores de un conjunto de raíces históricas y fines que componen su totalidad*” (p.153), y es en esta última característica acotada por el autor, en la que radica su validez, al ser creación del Constituyente, recae en ella una particularidad de principios y valores que identifican y distinguen a un Estado de otro.

Podemos concluir, que si bien las disposiciones convencionales son tomadas en cuenta y constituyen una fuente indispensable para nuestro sistema jurídico en la interpretación de los derechos humanos, no ocupan un rango jerárquico superior a la Constitución Política, por consiguiente, cuando exista incompatibilidad entre disposiciones convencionales y disposiciones constitucionales, primará la norma constitucional por encima de estas, y ello no implica que el Estado use normas de su propio derecho para evadir sus obligaciones internacionales.

#### **4.4. Aplicación del Control de Constitucionalidad respecto del conflicto entre la Opinión Consultiva 24/17 y la norma constitucional que regula el matrimonio heterosexual.**

Llegado este punto, tenemos claro que nos encontramos ante una disposición internacional emitida por la CIDH contenida en la Opinión Consultiva N° 24/17, por medio de la cual, se exhorta a los Estados a adoptar, entre otras cuestiones, el matrimonio entre personas del mismo sexo y del otro lado, se encuentra nuestro texto constitucional, referido al Matrimonio en donde el constituyente originario optó por conceptualizarlo como una unión heterosexual monogámica,

así se desprende del texto constitucional y de la jurisprudencia constitucional que ya hemos expuesto en el presente trabajo.

Considerando el rango jerárquico de ambas disposiciones, se evidencia que una es de rango constitucional y la otra posee fuerza vinculante, pero no rango Constitucional, ya que nuestra Carta Magna no le otorga tal relevancia a las Opiniones Consultivas de la CIDH, existiendo una colisión entre ambos preceptos, no olvidando que uno de ellos es la propia Constitución. Por lo tanto, los Jueces y Magistrados llamados a aplicar el Control de Constitucionalidad (Difuso y Concentrado respectivamente), se encuentran en la obligación de salvaguardar la norma constitucional antes que las disposiciones de la Opinión Consultiva materia de estudio.

Concretamente en los casos estudiados sucedidos en nuestro Estado, se evidencia que los recurrentes inician su petición de rectificación de datos en vía administrativa y al agotar la misma interponen recurso de amparo en donde no solo piden la rectificación de datos ante el RENIEC, sino también que el Estado adopte la Opinión Consultiva 24/17 en el Ordenamiento Interno, bajo el amparo del Control de Convencionalidad. Sobre este proceder hay algunos temas que precisar antes de entrar de lleno en el asunto que nos interesa:

Primero, al iniciar y finalizar un proceso administrativo de acuerdo a lo regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 24777, se debe acudir a proceso contencioso administrativo y solicitar la nulidad de la resolución denegatoria emitida por la entidad demanda, cada señalar que en este proceso se realiza actividad probatoria y se determina si la entidad ha incurrido o no en error. Segundo, en ambos casos recurren a la acción de amparo, garantía constitucional regulada en la Constitución en el artículo 200° numeral 2 estableciendo que esta procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución con excepción de aquellos que se encuentran protegidos por el Hábeas Corpus y el Hábeas Data, hacemos énfasis en esta prescripción, para recordar que el matrimonio entre personas del mismo sexo, no es un derecho amparado por nuestra Constitución; ahora, poniéndonos en el supuesto en el que se encuentre expresamente reconocido, la acción de amparo tampoco sería la vía adecuada para albergar la pretensión de Registro de datos, ya que lo que se pretende es el Registro de Matrimonio celebrado en el extranjero, siendo la vía indicada el Habeas Data, otra garantía constitucional regulada en el artículo 200° numeral 3 señalando que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 (Derecho a la Información) y 6 (Derecho de la Autodeterminación Informativa) de la Constitución, proceso que no se realizó en ninguno de los dos casos en los que aún está pendiente pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional y la Corte Superior de Justicia respectivamente.

Por otro lado, el desarrollo de un Margen de Apreciación Nacional de un Estado, como lo afirma Amaya (2018), contribuiría a clarificar la jurisprudencia de la CIDH sobre del Control de

Convencionalidad, recalcando que el Estado goza de este margen para la configuración de sus recursos y procedimientos internos, siempre y cuando no limiten la esencia de los derechos, así reconocido por la CIDH en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), puede constituir un freno interno legítimo al Control de Convencionalidad, sin que ello implique un desconocimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, de lo contrario, se estaría exhortando al Juez nacional a desconocer y omitir su derecho interno, hecho que configura un delito dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Compartimos la postura de Gutiérrez (2016) al afirmar que:

“El posicionamiento supranacional de la CIDH no le permite desconocer la configuración propia de cada sistema jurídico de los Estados Parte que están sometidos a su jurisdicción, ni crear por vía jurisprudencial una obligación que no se encuentra prevista en la CADH, mucho menos establecer ex nihilo un procedimiento o una acción de convencionalidad en derecho interno” (p. 245).

Consideramos que los operadores de justicia, no están tomando en cuenta en primer lugar el derecho nacional, ya que se están obviando todos estos procedimientos y preceptos legales y constitucionales, basando sus fallos en disposiciones convencionales y ejerciendo un control ajeno al que están llamados a aplicar, se está mirando hacia afuera, al sistema internacional, que volvemos a indicar, es de carácter subsidiario, antes que al sistema nacional, al cual están obligados a proteger y aplicar en sus resoluciones.

Es de vital importancia tomar en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 139-2013, en donde en su fundamento 36 señala lo siguiente:

De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de corrección funcional pues tal matrimonio --en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil- debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa -cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional-, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado. (Énfasis agregado)

Como han destacado los miembros del TC, no se puede reconocer el matrimonio entre parejas homosexuales mediante la aplicación del Control de Convencionalidad, ya que

esto corresponde a una desvirtuación de principios sumamente importantes en nuestro Sistema Democrático, como lo es el Principio de Separación de Poder, por lo que no solo estaría incumpliendo las facultades que le ha otorgado el constituyente, sino que se estaría usurpando funciones que le corresponden a otro poder estatal, como es el Poder Legislativo. Por último, para regular constitucionalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo, debe seguirse el procedimiento Constitucional establecido para la modificación parcial de la Constitución, mediante un proceso de Reforma Constitucional contemplada en el Título VI, artículo 206° de la Carta Magna, según la cual, toda reforma Constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Se trata hacer prevalecer nuestra Constitución, la cual es producto del constituyente en representación de todo pueblo peruano, por lo que atender en primer lugar a una imposición, que como se ha visto presenta muchas falencias, atenta injustificadamente contra el principio de Soberanía Estatal, el mismo que le otorgó validez dentro de su sistema jurídico.

## Conclusiones

1. El control de convencionalidad, posee una naturaleza jurídica eminentemente jurisprudencial, en tal sentido no se encuentra reconocido expresamente en la CADH, su contenido es indefinido pues varía y se expande a medida que la Corte IDH emite sus resoluciones, generando incertidumbre jurídica en cuanto a su interpretación y respectiva aplicación de los Estados parte.
2. El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad no son instrumentos idénticos, poseen marcadas diferencias entre las cuales destacan los principios en los que se sustentan, las voluntades comprometidas y los efectos que producen, en cuanto este último aspecto tal y como se advierte en la inferencia anterior respecto al control de convencionalidad aún no están definidos.
3. El Margen de Apreciación Nacional, (MAN) es un mecanismo hermenéutico empleado por el TEDH y en menor medida por la Corte IDH; y además, reconocido formalmente por la CEDH y no incompatible con la CADH, que permite a los Estados tener un espacio de discrecionalidad limitada respecto a materias en las cuales no existe consenso entre los Estados, lo cual no implica que esté faltando a las obligaciones internacionales contraídas, sino que respeta y toma en cuenta las distintas realidades y principios que alberga cada Estado miembro.
4. El Control de Constitucionalidad es el mecanismo llamado a velar por la Supremacía Constitucional, cuyos efectos varían dependiendo del tipo de control que se ejerza por la autoridad competente, por lo que las autoridades judiciales deben emitir sus fallos aplicando los preceptos constitucionales, ya que estos reflejan los valores y principios constitucionales de cada nación.
5. Las opiniones consultivas de la Corte IDH, pese a ser vinculantes para el Estado por medio del control de convencionalidad, no se encuentran en mayor jerarquía que la Constitución Política del Perú, la cual al ser creación del poder constituyente es la norma suprema que rige todo el ordenamiento jurídico.

6. El principio de soberanía le permite al Estado formar relaciones internacionales tales como adherirse a un tratado, contraer y cumplir nuevas obligaciones, no significando que al hacerlo este pierda el poder que se le ha conferido, ya que este es manifestación del Estado producto de la democracia, y cualquier acto que pretenda reducirlo o quitarle su independencia, atenta directamente contra el Principio Democrático.

7. El margen de apreciación nacional actúa como límite al control de convencionalidad, ya que al ser manifestación de la soberanía del Estado, y ésta a su vez manifestación del poder constituyente, tienen como principal objetivo la defensa de la Constitución, la cual es norma fundamental de nuestro sistema jurídico, estando las autoridades públicas sujetas a la obligación de velar por su cumplimiento y protegerla de cualquier precepto contrario a ella armonizando e integrando nuestro derecho, teniendo como principal herramienta el control de constitucionalidad.

## Referencias

### Textos:

1. Acosta, E. (2020). El problema genético del concepto de convencionalidad, en *Dikaion* 29,1, p.165-201.
2. Alonso, J. (2015). La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia Iuris*.
3. Amaya, J. (2018). El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad. *Lex N° 21 - año XVI*.
4. Barbosa, F. (2011). Los Límites a la doctrina del margen de apreciación nacional de apreciación en el tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado N° 26*.
5. Barros, M., Carrasco, L., Sepúlveda, M., Torres, E., Vergara, C. (2015). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad: ¿Dos frutos provenientes del mismo árbol? *Revista de Estudios Ius Novum N° 8*.
6. Díez, M. (2007) *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
7. Eto, G. (2013). *Constitución y Procesos Constitucionales*. Lima, Perú: Adrus D&L Editores, Tomo I.
8. Gutiérrez, L. (2016). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 64*.
9. Henríquez, M. y Núñez, J. (2016). El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano? *Revista Boliviana de Derecho, N° 21*, pp. 326-339.
10. Ibañez, J. (2017). *Control de Convencionalidad*. Ciudad de México: OSIDH.
11. Yuri, E. (2021). Soberanía y representación política. *Revista VOX JURIS, Lima(Perú) 39 (2): p. 34-41*



12. López, M. (2017). La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Lex.
13. Landa, A. (2010) Los Procesos Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, Perú: Palestra.
14. López, L. y Saiz, A. (2017). Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Lima, Perú: Palestra.
15. Lovatón, D. (2018). ¿Debería incorporarse en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la Noción de Margen de Apreciación Nacional? Estudios Constitucionales.
16. Monroy, M. (2002) Derecho Internacional Público. Bogotá: Temis.
17. Nash, C. (2018). La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario Colombiano de Derecho Constitucional.
18. Nogueira, H. (1998). V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Mexico D.F., Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición.
19. Pascual, F. (2013). El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualita. Anuario Español de Derecho Internacional.
20. Sagües, N. (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. Revista IUS ET VERITAS, N° 50, Julio 2015 / ISSN 1995-2929
- Nuñez, C. (2014). Control de Convencionalidad: teoría y aplicación en Chile. Tesis para optar el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.
21. Salmón, E. (2014) Curso de Derecho Internacional Público. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
22. Torres, N. (2012). El Control de Convencionalidad: deber Complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

### **Jurisprudencia:**

23. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
24. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de Setiembre de 2006). Sentencia del Caso Amonacid Arellano Vs. Chile.
25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Febrero de 2012). Sentencia del Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de Noviembre de 2007). Sentencia del Caso Boyce y otro Vs. Barbados.
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Febrero de 2011). Sentencia del Caso Gelman Vs. Uruguay.
28. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (12 de Agosto de 2008). Sentencia del Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.
29. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (4 de Setiembre de 2012). Sentencia del Caso Masacres de Río Negro Vs Guatemala.
30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de Noviembre de 2003). Sentencia del Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.
31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (7 de Setiembre de 2004). Sentencia del Caso Tibi Vs. Ecuador.
32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Noviembre de 2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.
33. Opinión Consultiva- OC-1/82 "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la corte -art. 64 convención americana sobre derechos humanos- (CIDH, 24 de setiembre de 1982).
34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva N° 24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo; obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo - interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos.
35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de agosto de 2014) Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de setiembre de 1982). Opinión Consultiva- OC-1/82 "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la corte -art. 64 convención americana sobre derechos humanos.
37. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC-23/17. Obligaciones estatales en relación con el medio

ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la Integridad personal.

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de noviembre de 1997). Opinión Consultiva OC-15/97. Informes de la comisión interamericana de derechos humanos.

*Tribunal Europeo de Derechos Humanos:*

39. Caso A, C y C vs. Irlanda (TEDH, 2010).  
 40. Caso Leyla Sabin vs. Turquía (TEDH, 2005).  
 41. Caso Lautsi vs. Italia (TEDH, 2009).  
 42. Caso Christine vs. Reino Unido (TEDH, 2002).

*Cortes nacionales de Estados partes.*

43. Corte Constitucional de Ecuador. (12 de junio del 2019). Sentencia 11-18-CN/19.  
 44. Corte Superior de Justicia de Lima. (22 de marzo del 2019). Sentencia 10776-2017.  
 45. Sala Constitucional de Costa Rica. (08 de agosto del 2018). Sentencia C-12782/2018.  
 46. Tribunal Constitucional del Perú. (18 de marzo 2014). Sentencia 139-2013-PA/TC.  
 47. Tribunal Constitucional Perú, (26 de diciembre del 2005.) Sentencia 2939-2004-AA/TC  
 48. Convención Americana de Derechos Humanos, (1969).  
 49. Convención Europea de Derechos Humanos. (1950). Protocolo N° 15 que Modifica el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. (2013).