La aplicación del control de convencionalidad en el Perú y la teoría del margen de apreciación

The application of conventionality control in Peru and the margin of appreciation theory

Autores: Manuel Gonzalo Lupa Yucra*
Jessica Natalia Huarca Hurtado**

REVISTA
LP Derecho

Manuel Gonzalo Lupa Yucra
Jessica Natalia Huarca Hurtado
«La aplicación del control de convencionalidad en el Perú y la teoría del margen de apreciación».
Revista LP Derecho.
4 (2023): 38-57.

Recibido: 31/12/2022
Aprobado: 02/02/2023

Resumen

El presente artículo desarrolla un estudio del concepto, fundamento y origen del control de convencionalidad. Asimismo, explica los casos en los que se ha aplicado el referido control dentro del sistema jurídico peruano, entre los cuáles tenemos: Barrios Altos (1995), Portilla Guarniz (2017), Anticonceptivo Oral de Emergencia (2019) y Paredes Piqué (2019). Posteriormente, se analiza si en los referidos casos la decisión del juez nacional ha afectado interpretaciones jurídicas institucionalizadas dentro del derecho interno, y por otro lado, si las opiniones consultivas constituyen parámetro válido para aplicar el control de convencionalidad. Finalmente se propone como solución la aplicación de la teoría del margen de apreciación en casos específicos.

Palabras clave:

control de convencionalidad, teoría del margen de apreciación

Abstract

This article is about a study of the concept, base and origin of the conventionality control. Moreover, we explain legal cases which that control has been applied in the Peruvian legal system, for instance: Barrios Altos (1995), Portilla Guarniz (2017), Anticonceptivo oral de emergencia (2019) y Paredes Piqué (2019). Then, we analyse if the judge decision has affected institution-

* Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Ha sido jefe de práctica en la misma casa de estudio y también asistente de juez en el Juzgado Constitucional de Arequipa. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: manueluyu93@gmail.com.
https://orcid.org/0000-0002-0812-8397

** Estudiante de octavo ciclo en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Correo electrónico: jessica.natalia.hh@gmail.com.
https://orcid.org/0000-0003-4384-9971

al interpretation among the domestic law; on the other hand, if the consultant opinions are the correct rule to apply the conventionality control. Finally, we propose as solution the application of the margin of appreciation theory in difficult cases.

Keywords:

conventionality control, margin of appreciation theory

1. Introducción

El control de convencionalidad es una institución que ha devenido en una herramienta de comunicación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) y los tribunales de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). Este contexto es reciente: la Corte Interamericana ha tenido siempre la responsabilidad de velar por el respeto de las normas del derecho internacional de derechos humanos; sin embargo, sus pronunciamientos han adquirido eficacia directa *erga omnes* para los Estados solo a partir del año 2006, a través de la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile.

El presente artículo tiene por objeto exponer los supuestos en que se ha aplicado el control de convencionalidad en el Perú. Se analizan los casos conocidos como Barrios Altos, Portilla Guarniz, Anticonceptivo oral de emergencia y Paredes Piqué, en los que se ha observado la inaplicación tanto de leyes como de sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional.

A partir de un estudio de los casos señalados, es posible evaluar si la decisión tomada por los jueces nacionales de preferir la jurisprudencia interamericana es conforme a una mejor protección de los derechos humanos o si debieron inclinarse a favor del respeto de decisiones internas. Al respecto, formulamos la siguiente interrogante: ¿los jueces nacionales deben siempre preferir los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o, más bien, es posible que prevalezca un margen de apreciación nacional? Se utilizará el método socio-jurídico, en mérito a que el examen de la institución jurídica del control de convencionalidad recurre a una base de análisis de jurisprudencia puntual y relevante a la materia.

Los principales antecedentes de la investigación en cuanto al control de convencionalidad han sido desarrollados por Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego en su artículo titulado «El control de convencionalidad en el Perú»[1]; Pablo González Domínguez, en «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad»[2]; y Sergio Fuenzalida Bascuñán, en «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"»[3].

1 Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego, «El control de convencionalidad en el Perú». *Pensamiento Constitucional* 18 (2013): 223-241. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/9363.

2 Pablo González Domínguez, «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad». *Revista Estudios Constitucionales* 15 (2017): 55-98. https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf.

3 Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la

En cuanto a la teoría del margen de apreciación, cabe mencionar a Francisco Barbosa Delgado, en el artículo titulado «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática»[4]; y a Gonzalo Aguilar Cavallo, en «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible?»[5].

2. El control de convencionalidad: concepto, fundamento y origen

El control de convencionalidad es un mecanismo que dota de eficacia a las normas que forman parte del bloque de convencionalidad[6]. Su expresión se constata en sede internacional en la Corte Interamericana; y en sede nacional, dentro de los Estados. Los parámetros del control lo conforman la Convención Americana, las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales.

Los fundamentos de su aplicación se ubican dentro de los principios del derecho internacional público. En los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se regula el principio *pacta sunt servanda*, es decir, la exigencia de obligatoriedad de pactos contraídos libremente. Este postulado se constituye como la base del deber de cumplimiento por parte de los Estados en relación con los acuerdos suscritos de forma voluntaria[7].

Podemos clasificar el control de convencionalidad en dos tipos, dependiendo de la sede en que se aplique. En primer lugar, el control externo u originario[8], ejercido desde su creación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[9]. Advertimos que, si bien la Corte Interamericana, en sus inicios, no utilizó la expresión «control de convencionalidad externo» para calificar su

doctrina del "examen de convencionalidad"». *Revista de Derecho* (Valdivia) 28 (2015): 171-192. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071809502015000100008&lng=es&nrm=iso.

4 Francisco Barbosa Delgado, «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática», *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos* (2013): 1089-1117.

5 Gonzalo Aguilar Cavallo, «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_arttext

6 Pablo González Domínguez, «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad», *Revista Estudios Constitucionales* 1 (2017): 55-98, https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf.

7 Hernán Alejandro Olano García, «Teoría del control de convencionalidad». *Revista Estudios Constitucionales* 1 (2016): 61-94. https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf

8 Domingo García Belaúnde y José Palomino Manchego, «El control de convencionalidad en el Perú», *op. cit.*

9 Un ejemplo de su ejercicio se observa en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), en el que se fundamenta lo siguiente: «Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos». (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, emitida en el año 1988, fundamento 166).

labor, en la práctica se puede concluir que su función ha sido siempre la de controlar actos internos de los Estados, en contraste con el bloque de convencionalidad. En segundo lugar, tenemos el control interno que se aplica dentro de los Estados. Esta última modalidad ha sido moldeada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde el año 2003[10].

Conforme hemos explicado, el control de convencionalidad externo se ha aplicado desde que la Corte Interamericana empezó a ejercer su función contenciosa; por otro lado, el control de convencionalidad interno es un fenómeno nuevo, cuya evolución podemos dividir en tres fases: embrionaria, nacimiento y desarrollo jurisprudencial. La primera fase empieza con el voto del juez Sergio García Ramírez en el caso Elizabeth Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), en el que por primera vez se mencionó la expresión «control de convencionalidad»; así, también, se esbozó un concepto que exponemos a continuación:

> Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio—sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.[11]

Asimismo, en la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador (2004), se emitió un pronunciamiento en similar sentido:

> El Tribunal Interamericano analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en el ejercicio de su soberanía.[12]

La segunda fase, la etapa de nacimiento, se constituye con la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), en el que la Corte Interamericana sostiene que los jueces de los Estados parte deben efectuar un control de convencionalidad sobre los actos internos, contrastándolos con las disposiciones de la Convención Americana y sus sentencias. Mencionamos a continuación el fundamento central:

> La Corte es consciente [de] 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

10 Domingo García Belaúnde y José Palomino Manchego, «El control de convencionalidad en el Perú», *op. cit.*

11 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, emitida en el año 2003, fundamento 27.

12 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador, emitida en el año 2004, fundamento 3.

> la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En 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.[13]

Finalmente, en la fase de desarrollo jurisprudencial, se emiten algunos pronunciamientos complementarios. La sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006) argumenta que el control de convencionalidad debe aplicarse respetando el marco de las funciones de cada autoridad del Estado[14]; asimismo, en el caso Gelman vs. Uruguay (2011) se precisa que todo funcionario público debe velar por el cumplimiento del bloque de convencionalidad[15], mientras que en las opiniones consultivas 21/14[16] y 22/16[17] se incluye estas como parte del bloque de convencionalidad.

3. La aplicación del control de convencionalidad interno en el Perú

La aplicación del control de convencionalidad interno en el Perú se inicia antes de que se emitiese la sentencia del Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Podemos precisar como hito inaugural la resolución emitida por la jueza Antonia Saquicuray en el expediente sobre el Caso Barrios Altos, en el año 1995.

Asimismo, son distintas las materias jurídicas en las que se ha preferido la norma contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos antes que la ley interna, desde expedientes penales hasta casos laborales y constitucionales. Se observa así que el campo de aplicación del control de convencionalidad no se ha circunscrito a una rama del derecho.

Los contextos políticos en los que se emitieron las sentencias mencionadas son de especial importancia. En una primera etapa, se observa el contexto de un gobierno autoritario, y en segundo período, en gobiernos constitucionales y democráticos. Conforme a lo resumido, se procederá a detallar los casos en orden cronológico.

13 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano vs. Chile, emitida en el año 2006, fundamento 124.

14 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, emitida en el año 2006, fundamento 128.

15 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, emitida en el año 2011, fundamento 239.

16 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A n.º 21, fundamento 31.

17 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22, fundamento 26.

4. Caso Barrios Altos

El caso conocido como «Barrios Altos» ocurrió durante gobierno autocrático de Alberto Fujimori. Durante la década de los noventa aún persistía el incremento de atentados terroristas cometidos por Sendero Luminoso; incluso se extendía a las ciudades principales. La respuesta del Estado fue desmedida y arbitraria debido a que, con el propósito de combatir a aquellas organizaciones, se atentó contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los hechos del caso ocurrieron el 3 de noviembre del año 1991, a las 10:30 p. m., en el jirón Huanta 840, en el centro de Lima. En ese momento se desarrollaba una fiesta organizada por los moradores del condominio ubicado en ese mismo lugar; sin embargo, la reunión se interrumpió cuando arribaron dos camionetas abordadas por militares pertenecientes al denominado Grupo Colina, quienes ingresaron al inmueble y empezaron a disparar a los asistentes, con el saldo de quince fallecidos y cuatro heridos[18].

Lo ocurrido fue objeto de investigación por parte del Ministerio Público y el Poder Judicial. Al respecto, es importante señalar que solo a partir del año 1995 se efectuarían diligencias que llegaron a etapas más avanzadas (las anteriores investigaciones no tuvieron éxito). En ese contexto, la fiscal Ana Cecilia Magallanes citó, en calidad de autores, a cinco miembros del Ejército peruano, entre los que se encontraba un general, un mayor y el jefe de servicio de inteligencia nacional. Posteriormente, la magistrada presentó una denuncia ante el Decimosexto Juzgado Penal de Lima, a cargo de la jueza Antonia Saquicuray, quien trató de tomar la declaración de los acusados; sin embargo, el Consejo Supremo de Justicia Militar emitió una resolución en cual argumentaba que los implicados no podían ser requeridos por la justicia ordinaria debido a que existía una causa pendiente en el fuero militar. Por otro lado, el Congreso de la República, con el propósito de «proteger» a los militares involucrados, aprueba la Ley de Amnistía 26497, la cual disponía eximir de responsabilidad penal a todo personal de las fuerzas armadas que hubiesen cometido actos de violación de los derechos humanos[19].

La jueza Saquicuray advirtió que el artículo 1 de la Ley de Amnistía vulneraba las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano como firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por este motivo, emitió una resolución en la que decidía no aplicar la ley citada a los procesos pendientes en su despacho judicial; es decir, el expediente penal iniciado contra los miembros del Grupo Colina debía continuar. Este proceder de la judicatura ilustra la aplicación del control de convencionalidad sobre leyes internas[20].

Los abogados de los militares interpusieron recurso de apelación de la resolución mencionada, el cual fue resuelto por la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. No obstante, el Congreso,

18 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, emitida en el año 2001, fundamento 2, literales a y b.

19 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, emitida en el año 2001, fundamento 2, literales f y g.

20 *Ibidem*, fundamento 2, literal h.

conociendo el actuar del Poder Judicial, aprobó una segunda Ley de Amnistía 26492, la que disponía que la Ley 26479 no podía ser revisada por el Poder Judicial y que abarcaba a los actos ocurridos desde 1980 hasta 1995. Ante tal panorama legal, la sala revisora resolvió revocar la decisión de la jueza Saquicuray[21].

5. El caso Portilla Guarniz

Con el caso Portilla Guarniz se inicia la segunda etapa, en la que el control de convencionalidad se aplica en el contexto de gobiernos democráticos. Después de la década de los noventa y la finalización del gobierno de Alberto Fujimori, se instauró un período democrático que empezó con el mandato transitorio del expresidente Valentín Paniagua.

Los aspectos singulares del caso giran en torno a la materia jurídica y la norma sobre la cual se aplica el control de convencionalidad. Este es el primer ejercicio de dominio de las normas convencionales sobre un expediente laboral. Asimismo, el objeto de control radicó en un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional.

Pasemos a desarrollar los hechos. El 2 de agosto del 2014, el señor Portilla Guarniz suscribió un contrato de locación de servicios[22] con el Gobierno Regional de La Libertad, a fin de desempeñarse como evaluador hidrogeoquímico en el Proyecto Especial Chavimochic[23]. Posteriormente, firmó un contrato administrativo de servicios (CAS), distinto al anterior, pero con la misma función (evaluación hidrogeoquímica). No obstante, el 20 de marzo de 2015 se le notifica mediante Carta 48-2015-GRLL que su vínculo laboral fenecería el próximo 31 de marzo; así, el señor Portilla no pudo acceder a su centro de labores desde el 1 de abril de 2015[24].

El trabajador decidió interponer una demanda laboral, con fecha 30 de marzo de 2015, en la que solicita la reposición, argumentando que, conforme a la jurisprudencia vigente en ese momento, al desempeñar labores permanentes en la entidad demandada, se había configurado su estabilidad laboral. Es importante mencionar que, desde el 11 de julio de 2002, la jurisprudencia imperante reposaba en la sentencia del caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica vs. Telefónica, expediente 1124-2001-AA/TC. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional interpretó el artículo 27 de la Constitución aplicando el principio de optimización de derechos fundamentales, y concluyó que ante un despido arbitrario es posible una tutela reparadora, es decir, que el juez podía disponer la reincorporación del trabajador a la empresa[25].

21 *Ibidem*, fundamento 2, literales i, j y k.

22 Código Civil, artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

23 Proyecto de inversión pública para constituir un gran centro de irrigación agrícola en el norte del Perú.

24 Sentencia emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Poder Judicial, caso Portilla Guarniz, expediente 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, emitida en el año 2017, fundamento 2.1.

25 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica vs. Telefónica, expediente 1124-2001-PA/TC, emitida en el año 2001, fundamento 12.

Posteriormente, el mismo Tribunal Constitucional emitió el precedente vinculante[26] contenido en la sentencia del caso Rosalía Huatuco Huatuco, expediente 5057-2013-PA/TC, en el mes de junio del 2015. La mencionada sentencia contenía un cambio de criterio en comparación con lo establecido con anterioridad. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución añadió dos requisitos para la reposición de los trabajadores del sector público: a) el demandante ha tenido que ingresar, antes del despido, mediante concurso público, y b) que exista una plaza presupuestada y vacante. Asimismo, estableció que estas reglas debían ser aplicadas a futuros casos e incluso a expedientes en trámite al momento de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*[27]. El Tribunal no motivó estos últimos extremos.

El juez Félix Ramírez Sánchez, del Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, emitió sentencia en primera instancia declarando fundada la demanda interpuesta por Portilla Guarniz; por lo tanto, disponía la reposición del demandante en su puesto de trabajo[28]. En la referida sentencia se utilizó el control de convencionalidad sobre lo dispuesto en el precedente vinculante Rosalía Huatuco Huatuco en el extremo de que dicha jurisprudencia no motivó la aplicación de sus disposiciones a expedientes en trámite al momento de su publicación. Se vulneraba así lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos[29].

6. El caso Anticonceptivo oral de emergencia

En este caso se discute si el anticonceptivo oral de emergencia, denominado técnicamente levonorgestrel, tiene efectos abortivos. Un elemento importante en el debate fue determinar cuándo se inicia la vida humana, para, a partir de ello, establecer si la pastilla mencionada produce daños en el desarrollo del concebido. Fue relevante también avance de las investigaciones científicas al respecto.

Como antecedente del caso, se precisa que en el año 2009 el Tribunal Constitucional manifestó su postura en la sentencia del expediente 2005-2009-PA/TC, con relación al inicio de la vida humana, en un proceso iniciado por la ONG Lucha Anticorrupción, en el que se solicitaba que el Estado se abstenga de distribuir el anticonceptivo oral de emergencia por sus supuestos efectos abortivos[30]. En la parte

26 El artículo VII del título preliminar de Código Procesal Constitucional establece: «Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo».

27 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, caso Rosalía Huatuco Huatuco, expediente 5057-2013-PA/TC, emitida en el año 2015, fundamentos 9 a 17.

28 Sentencia emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Poder Judicial, Caso Portilla Guarniz, expediente 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, emitida en el año 2017, parte resolutiva.

29 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

30 Precisamos que anteriormente el Tribunal Constitucional del Perú había emitido una sentencia en el caso Susana Chávez Alvarado, expediente 7435-2006-PC/TC, del mes de noviembre del 2006, que resolvía declarar fundada la demanda sobre proceso de cumplimiento y ordenaba la entrega del anticonceptivo oral de emergencia.

resolutiva, se declaró fundada la demanda y se ordenó al Estado no distribuir el fármaco mencionado[31]. El Tribunal, en su sentencia, analizó tres posturas: la primera, que sostiene que la vida empieza cuando se verifica actividad cerebral en el concebido; la segunda, la teoría de la fecundación, que considera el inicio de la vida en el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide; y la tercera, la teoría de la anidación, según la cual la vida autónoma empieza cuando el óvulo fecundado se implanta en el útero. En el considerando 38 de la sentencia mencionada, Tribunal Constitucional se decanta por la teoría de la fecundación. Se argumentó que, al unirse las células materna y paterna, se origina un ser único e irrepetible genéticamente, y que la etapa de implantación en el útero es una parte del proceso de su desarrollo que no condiciona la existencia del nuevo ser humano[32].

Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se mostró a favor de la teoría de la implantación. Así lo menciona, por ejemplo, en la sentencia del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, en cuyo considerando 186 la Corte expresa que la vida humana es viable al implantarse el óvulo fecundado en el útero y que antes de ello no existe esta posibilidad, debido a que el óvulo no puede recibir nutrientes. Añadía la Corte que el término *concepción* no debe comprender cualquier proceso biológico ajeno al cuerpo de la mujer[33].

En el contexto descrito, Violeta Gómez Hinostroza decidió interponer una demanda constitucional de amparo contra el Ministerio de Salud del Perú, a fin de que se ordene al Estado la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia. Argumentó en su demanda que, si bien el Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente 2005-2009-PA/TC, prohibió la entrega del referido anticonceptivo y se mostró a favor de la teoría de la fecundación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, había señalado que la vida se inicia con la implantación, por lo que el anticonceptivo, al impedir la unión del óvulo fecundado en el útero, actúa en una etapa en la que la vida humana aún no se inicia[34].

El juez del Primer Juzgado Constitucional de Lima, mediante sentencia emitida en el expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01, declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Salud que distribuya gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia. Para arribar a esta decisión, el magistrado aplicó el control de convencionalidad sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 2005-2009-PA/TC, debido a que contravenía la sentencia del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica[35].

31 Sentencia del Tribunal Constitucional, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, parte resolutiva.

32 *Ibidem*, fundamento 38.

33 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, emitida en el año 2012, fundamento 186.

34 Sentencia del Tribunal Constitucional, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, parte resolutiva.

35 Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial, caso Anticonceptivo oral de emergencia, expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01, emitida en el año 2019, fundamento 10 y siguientes.

7. El caso Paredes Piqué

En este caso, el juez utilizó una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como elemento de análisis para aplicar el control de convencionalidad. Hasta entonces, los casos se desarrollaron únicamente sobre la base de sentencias de la Corte.

El marco fáctico es el siguiente: Susel Paredes Piqué y Gracia Aljovín de Lozada contrajeron matrimonio en la ciudad de Miami el día 4 de agosto del 2016; posteriormente decidieron inscribir su acta de matrimonio en el Perú, para lo cual presentaron una solicitud ante el Reniec. La entidad registral emitió pronunciamientos administrativos que resolvían denegar el pedido, debido a que el artículo 234 del Código Civil establece que el matrimonio se constituye mediante la unión de un varón y una mujer[36], y que, en el caso en concreto, no se cumplía este requisito por evidenciarse que se pretendía la inscripción del matrimonio de dos mujeres. Agregaba el Reniec que en la Constitución Política peruana no se reconoce este tipo de uniones.

La pareja mencionada decide interponer una demanda de amparo ante el Decimoprimer Juzgado Constitucional de Lima, tramitada en el expediente 10776-2017. En el mes de marzo de 2019, el juez correspondiente emitió una sentencia que declaraba fundada la demanda. El magistrado argumentó que el Tribunal Constitucional había considerado en la Resolución del expediente 6040-2015-AA/TC que la homosexualidad no es una patología; además, indicó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había pronunciado, mediante la Opinión Consultiva 24/17, a favor del reconocimiento legal de los matrimonios de personas del mismo sexo, por lo que correspondía aplicar control de convencionalidad sobre el artículo 234 del Código Civil[37].

8. Problemas en la aplicación del control de convencionalidad en el Perú

La aplicación del control de convencionalidad en los casos Barrios Altos y Portilla Guarniz han sido adecuada y necesaria. En cuanto al primero, las citadas leyes de amnistía vulneraban derechos humanos al dejar impunes crímenes cometidos por miembros del Ejército peruano. Con relación al segundo caso, se vulneró el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en el extremo de que la sentencia del caso Huatuco no exponía argumentos que fundamenten su aplicación a demandas presentadas con anterioridad a su emisión.

En los casos Anticonceptivo oral de emergencia y Paredes Piqué, sostenemos que el control de convencionalidad ha afectado principios de interpretación de los derechos humanos y posturas jurídicas consolidadas en el derecho interno. Proce-

36 Código Civil, artículo 234.- 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, a fin de hacer vida en común.

37 Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial, caso Paredes Piqué, expediente 10776-2017, emitida en el año 2019, fundamentos 47 en adelante.

demos a exponer el análisis respectivo en los párrafos posteriores.

9. La afectación a interpretaciones jurídicas institucionalizadas en el derecho interno

La protección del concebido se ha institucionalizado en el Perú. En efecto, normas constitucionales, leyes y otras disposiciones de menor rango se pronuncian a favor de su tutela. Al respecto, la Constitución Política en su artículo 2, numeral 1, establece que «el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece». El proyecto de Código Civil de 1890 contemplaba en el artículo 149 que «el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido»[38]. Posteriormente, el Código Civil de 1984, vigente a la fecha, señala en el artículo 1: «la vida humana comienza con la concepción»[39]. Entre las normas de menor rango, la Resolución Ministerial 729-2009-SA/DM, del 20 de junio de 2003, resalta en su artículo 1.1. que se considera «niño por nacer aquel ser desde su fecundación hasta antes del nacimiento»[40].

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente 2005-2009-PA/TC, en el que se discutió la posibilidad abortiva de la pastilla del día siguiente (levonorgestrel), precisó qué se entiende por *concepción*. Se analizó —según hemos visto— la teoría de la fecundación, instante en el que se juntan el espermatozoide y el óvulo; y la teoría de la implantación, cuando el cigoto se une al útero. Aplicando el principio de interpretación constitucional *pro homine*, que implica que ante varias normas derivadas de un enunciado se debe preferir la que más efectividad otorga a los derechos fundamentales, los magistrados concluyeron que *concepción* significa 'fecundación'.

Por otro lado, según se ha explicado en párrafos anteriores, la Corte Interamericana ha manifestado una posición distinta. En la sentencia del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica se argumentó que la vida humana empieza en el momento de la implantación, debido a que antes el cigoto no tiene la posibilidad de nutrirse; además, la concepción siempre debe entenderse como un proceso que afecte al cuerpo femenino. Se detalla a continuación el fundamento principal:

> 186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término «concepción». Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con

38 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, fundamento 16.

39 Código Civil, artículo 1.- La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derecho patrimoniales está condicionada a que nazca.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional, caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009, fundamento 21.

> la información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano», lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.[41]

Se desprende que se han utilizado premisas propias de las ciencias biológicas para resolver un problema jurídico, por lo que su razonamiento deviene en una falacia naturalista[42]; además, no se ha aplicado ningún principio de interpretación de derechos humanos. En ese sentido, concluimos que esta decisión es equivocada en un contexto jurídico.

A pesar de señalado, en el sistema judicial interno primó esta decisión. El juez del Primer Juzgado Constitucional de Lima, en la sentencia del expediente 30541-2014-0-1801-JA-CI-01, aplicó control de convencionalidad al preferir la postura del Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica. Esta decisión afectó una interpretación jurídica sólida construida en el Perú, consistente en asumir la protección de la vida desde la fecundación.

Deducimos de lo anterior que el control de convencionalidad interno, conforme lo ha moldeado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha adquirido un carácter totalizante[43] que no admite grados de falibilidad. Es este un aspecto que atenta contra la naturaleza del derecho interno, entendido como la expresión del sistema de valores de una sociedad. La administración de justicia debe fundamentarse en la aplicación de normas jurídicas considerando el contexto cultural de cada nación[44]; asimismo, lo señalado tiene su respaldo en el principio de la democracia, exigencia propia de todo Estado constitucional de derecho.

10. La Opinión Consultiva OC-24/17 como parámetro equivocado del control de convencionalidad

El Decimoprimer Juzgado Constitucional de Lima, expediente 10776-2017, analizado líneas arriba, declaró fundada la demanda de amparo sobre reconocimiento de matrimonio entre personas del mismo sexo, aplicando control de convencionalidad, sobre la base de la Opinión Consultiva OC-24/17, denominada «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo». Debemos precisar que la Corte Interamericana señaló en la referida OC-24/17: «es necesario que los

41 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, emitida en el año 2012, fundamento 186.

42 Eduardo Rivera López, «El papel de las ciencias empíricas en el derecho: el *status* del embrión humano». *Revista de Bioética y Derecho* 44 (2018): 5-17. https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19497. Para el referido autor una falacia naturalista implica la transición de premisas empíricas a premisas morales.

43 Miriam Lorena Henríquez Viñas y José Ignacio Núñez Leiva, «El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?». *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho* 21 (2016): 326-339. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000100017.

44 Eduardo Rivera López, «El papel de las ciencias empíricas en el derecho: el *status* del embrión humano», *op. cit.*

Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo»[45].

Sin embargo, la consulta presentada por Costa Rica no trató la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino sobre el cambio de nombre según la identidad sexual de la persona y del reconocimiento de derechos patrimoniales producto de la unión de personas del mismo sexo[46]. Por lo tanto, advertimos que no existe congruencia entre lo consultado y la respuesta de la Corte Interamericana, aspecto que debió cumplirse, más aún si estamos en un caso que lo podemos calificar como «difícil» debido a la falta de consenso entre los Estados en legalizar la unión de personas del mismo sexo.

11. Resultados y solución: establecer un margen de apreciación en casos difíciles

Ante el problema del carácter totalizante, que no admite grados de error, en el control de convencionalidad, planteamos como mecanismo de solución incidir en una postura intermedia entre las fuerzas de la jurisdicción internacional y el derecho interno. La teoría del margen de apreciación nos muestra una alternativa adecuada, dado que insiste en la posibilidad de permitir a los Estados espacios de libre determinación con relación a sus obligaciones internacionales, siempre que no existan graves vulneraciones a los derechos humanos[47].

12. Fundamentos de la teoría del margen de libre apreciación

Para el desarrollo de este título, corresponde antes preguntarnos en qué consiste la teoría del margen de apreciación. En principio, debemos mencionar que esta es una técnica de interpretación que permite a los Estados miembros de un convenio interpretar las disposiciones de este dentro de los límites de su propia soberanía, llámese sus costumbres, su cultura, sus valores, etcétera.

Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y se ha usado para facultar a las naciones a realizar una interpretación nacional de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto permite que los jueces nacionales evalúen de forma concreta un caso dentro de un contexto nacional, y garantiza la protección de los derechos humanos sin contravenir el contexto social o cultural ni trasgredir los tratados internacionales.

La teoría del margen de libre apreciación, como señala Francisco Barbosa[48], citando a Delmas Marty e Izorche, conlleva

45 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17, Identidad de género, igualdad y no discriminación sobre parejas del mismo sexo, emitida en el año 2017, numeral 8 de las conclusiones.

46 *Ibidem*, numeral 1, literales a, b y c.

47 Paola Acosta, citada en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"», *op. cit.*

48 Francisco Barbosa Delgado, «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática», *op. cit.*

el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos. Por su parte, Marcelo López y María Sol[49] anotan que la doctrina del margen de apreciación nacional nace, como criterio hermenéutico, en organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, su origen se encuentra en una interpretación del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que señala:

> Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia.
>
> 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 medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del derecho internacional.

Como se observa, el Convenio Europeo establece que, ante un conflicto bélico o situaciones excepcionales, el juez nacional de cada Estado puede limitar ciertos derechos establecidos en el Convenio, siempre y cuando no se contravenga el derecho internacional.

Según expresan Marcelo López y María Sol[50], los antecedentes de este concepto se remontan a la actuación de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los asuntos Grecia c. Reino Unido, Lawless c. Irlanda, y Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c. Grecia. A modo de ejemplo, presentamos el caso De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, en el cual el Tribunal Europeo, en el fundamento 93, señaló que «las autoridades belgas competentes no han quebrantado en el caso los límites de la facultad de apreciación que el artículo 8.2 del Convenio deja a los Estados contratantes».

Como se aprecia, el Tribunal Europeo —de manera expresa— reconoce como una facultad el margen nacional de apreciación, y alega que, para la detención de vagabundos, el Estado pudo haber tenido razones importantes para «creer en la "necesidad" de restricciones con la finalidad especialmente de defender el orden, de prevenir los delitos, de proteger la salud o la moral y de amparar los derechos y libertades de los demás»[51].

Posteriormente, en el caso Irlanda c. Reino Unido, se siguió usando esta misma línea jurisprudencial, toda vez que el Tribunal reconoció que cada Estado es responsable de la vida de la nación y que los jueces nacionales se encuentran mejor facultados para pronunciarse frente a casos concretos en el contexto social nacional:

> Incumbe en primer lugar al Estado contratante, responsable de "la vida de [su] nación", determinar si le amenaza un peligro público y, en el supuesto afirmativo, hasta dónde es necesario llegar para intentar que desaparezca. Las autorida-

49 Marcelo Alberto López Alfonsín, y María Sol Bucetto, «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». *Revista CAP Jurídica Central* 1 (2016): 455-496.

50 *Ibidem*.

51 De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica, 18 de junio de 1971. Fundamento 93. Sentencia 2832/66. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165140.

> des nacionales, por su relación directa y constante con las realidades apremiantes del momento, están, en principio, en mejores condiciones que la jurisdicción internacional para apreciar la existencia de semejante peligro y la naturaleza y amplitud de las derogaciones necesarias para evitarlo. El artículo 15-1 les deja en esta cuestión un amplio margen para su consideración.[52]

Así tenemos que el Tribunal Europeo otorgó a las autoridades nacionales ciertas facultades para limitar derechos del Convenio considerando sus principios y condiciones internas.

Una vez establecidos el origen de la teoria del margen de apreciación, debemos señalar que esta figura, siguiendo criterio de Claudio Nash[53], combina principios procesales de decisión y criterios hermenéuticos, y se encuentra emparentada con doctrinas similares de cuño nacional, tales como la deferencia de los jueces constitucionales hacia el legislador o de los jueces administrativos hacia las potestades políticas de la administración estatal. De lo anterior se colige que la teoría del margen de apreciación tiene también su génesis en la discrecionalidad de los Estados y, por tanto, es una herramienta que permite determinar de manera soberana los límites de aplicación de los derechos fundamentales.

Lo anterior también tiene críticas, toda vez que puede implicar la falta de seguridad jurídica ante los tribunales nacionales. No obstante, debemos considerar que cada nación tiene el deber de respetar su identidad constitucional, siempre que ella esté en concordancia con el derecho internacional. Como Manuel Nuñez[54] señala, la doctrina del margen de apreciación

> […] tiende a preservar, dentro de sus márgenes legítimos, la identidad constitucional de los Estados expresada en visiones potencialmente divergentes sobre del contenido de los derechos de la persona. Esta divergencia se sustenta en la pluralidad de concepciones acerca de un mismo concepto, fenómeno bien estudiado por los comparatistas y teóricos del Derecho.

La aplicación de toda norma debe efectuarse en un contexto social real. El profesor Néstor Pedro Sagüés, en esa línea, alega que utilizar el margen de apreciación motivará que los tribunales internacionales interpreten los tratados considerando la realidad cultural de cada Estado[55]. Asimismo, debemos resaltar que los tribunales externos no deben dejar de cumplir su rol sobre la base del principio de subsidiariedad[56]. Los Estados son titulares originarios de la obligación de velar por el respeto a los derechos humanos, y los tribunales externos no pueden dejar de ser instituciones

52 Irlanda c. Reino Unido, 18 de enero de 1978. Fundamento 206. Sentencia 5310/71.

53 Claudio Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 11 (2018): 71-100.

54 Manuel Núñez Poblete, «Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona». *Ius et Praxis* 14, 2 (2008): 331-372; cita en la página 352.

55 Néstor Pedro Sagüés, citado en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"», *op. cit.*

56 Pablo González Domínguez, «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad», *op. cit.*

internacionales para convertirse, erróneamente, en supranacionales[57].

Según lo expresado, el margen de libre apreciación no debe aplicarse en todo supuesto, sino solamente en situaciones especiales. Así, Poblete Núñez manifiesta que existen casos difíciles en los que «puede admitirse más de una respuesta razonablemente justa»[58]. Además, esta práctica no afecta a las circunstancias fácticas en las que existe evidente vulneración a los derechos humanos, es decir, cuando se afecta el derecho a la vida o integridad personal. Por lo tanto, no estamos argumentando a favor de restar eficacia a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana: solamente pretendemos que se considere y respete el sistema de valores, base de las normas jurídicas del derecho interno, propio de una nación.

13. La teoría del margen de apreciación dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La teoría del margen de apreciación es aplicada ampliamente en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Consideramos, de manera similar, que existen los elementos necesarios para su incorporación dentro del Sistema Interamericano. En primer lugar, se evidencia diversidad de posiciones políticas y sociales en los Estados partes de la Convención Americana[59]; por ejemplo, aspectos relacionados con la conformación del poder legislativo en una o dos cámaras, un problema en el cual no ha imperado un único criterio. En segundo lugar, el respeto a la identidad constitucional de cada Estado[60]; así, es posible señalar que cada Tribunal Constitucional en los países miembros pueden establecer un criterio interpretativo de los derechos humanos que se erija como el más satisfactorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de manera puntual y no extendida acerca del margen de apreciación nacional. En el caso Cabrera García y Montiel vs. México[61], contenido en el voto del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, se ha establecido que se debe considerar el margen de libre apreciación de los Estados al momento de interpretar el *corpus juris* interamericano. Asimismo, en la Opinión Consultiva 4/84[62] sobre la propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica, se argumentó que los Estados ejercen el margen de apreciación sobre los criterios para determinar los procedimientos de nacionalización siempre

57 Von Bogdandy, citado en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"», *op. cit.*

58 Núñez Poblete, en Sergio Fuenzalida Bascuñán, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"», *op. cit.*

59 Gonzalo Aguilar Cavallo, «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_arttext.

60 *Ibidem.*

61 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel vs. México, emitida en el año 2010, fundamento 87.

62 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, emitida en el año 1984.

que no vulneren derechos humanos. Se observa que, si bien un sector de la doctrina afirma que no existe la utilización del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano, hallamos jurisprudencia que sí ha aplicado esta figura, si bien solo en determinados supuestos.

14. Conclusiones

1. El control de convencionalidad es un mecanismo que otorga eficacia a las normas que forman parte del bloque de convencionalidad.
2. Podemos clasificar el control de convencionalidad dependiendo de la sede en que se aplique: a) control de convencionalidad externo, cuando se ejerce por los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y b) control de convencionalidad interno, en el supuesto de que lo apliquen los jueces de los Estados.
3. En el desarrollo del control de convencionalidad interno se pueden distinguir tres etapas: a) embrionaria (caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala y Tibi vs. Ecuador); b) nacimiento (caso Almonacid Arellano vs. Chile); y c) de desarrollo jurisprudencial (caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Gelman vs. Uruguay; Opiniones Consultivas 21/14 y 22/16).
4. En el Perú se ha utilizado el control de convencionalidad interno en los siguientes casos: a) Barrios Altos (1995), aplicado sobre leyes de amnistía que favorecían al denominado Grupo Colina; b) Portilla Guarniz (2017), en el que se analizó un precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional en materia laboral; c) Anticonceptivo oral de emergencia (2019), en el que se examinó una sentencia del Tribunal Constitucional sobre el inicio de la vida humana; y c) Paredes Piqué (2019), en el que se utilizó una opinión consultiva como parámetro del control de convencionalidad.
5. Los problemas que evidencia el uso del control de convencionalidad en el Perú son dos: a) en el caso Anticonceptivo oral de emergencia se prefirió la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenida en la sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica, en la que se inclina por la teoría de la implantación del concebido, en desmedro de una posición institucionalizada en el derecho interno a favor de la teoría de la fecundación; y b) en el caso Paredes Piqué se utilizó la Opinión Consultiva OC-24/17 para aplicar el control de convencionalidad; sin embargo, la referida opinión consultiva no cumple con el criterio de congruencia entre lo preguntado por el Estado de Costa Rica y la respuesta de la Corte Interamericana.
6. Planteamos como solución que los Jueces nacionales evalúen aplicar excepcionalmente la teoría del margen de apreciación en casos difíciles, a fin de respetar las interpretaciones jurídicas institucionalizadas dentro de los Estados, siempre que protejan en mayor medida a los derechos humanos.

15. Bibliografía

Aguilar Cavallo, Gonzalo. «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible?».

Boletín Mexicano de Derecho Comparado 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_arttext

Barbosa Delgado, Francisco R. «El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática». *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: In memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos* (2013): 1089-1117.

Fuenzalida Bascuñán, Sergio. «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"». *Revista de Derecho* (Valdivia) 28 (2015): 171-192. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071809502015000100008&lng=es&nrm=iso.

García Belaunde, Domingo y José Palomino Manchego. «El control de convencionalidad en el Perú». *Pensamiento Constitucional* 18 (2013): 223-241. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955/9363.

González Domínguez, Pablo. «La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad». *Revista Estudios Constitucionales* 15 (2017): 55-98. https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf. Gonzalo Aguilar Cavallo. «Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 155 (2019): 643-684. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000200643&script=sci_arttext.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena y José Ignacio Núñez Leiva. «El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?». *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho* 21 (2016): 326-339. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070815720160000100017.

López Alfonsín, Marcelo Alberto, y María Sol Bucetto. «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». *Revista CAP Jurídica Central* 1 (2016): 455-496.

López Alfonsín, Marcelo. «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». *Lex* 15 (2017): 54-55.

Nash Rojas, Claudio. «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 11 (2018): 71-100.

Núñez Poblete, Manuel. «Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho suprana-

cional e internacional de los derechos de la persona». *Ius et Praxis* 14 (2008): 331-372. https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art10.pdf

Olano García, Hernán Alejandro. «Teoría del Control de Convencionalidad». *Revista Estudios Constitucionales* 14 (2016): 61-94. https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf.

Ramos Núñez, Carlos. *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. 2.ª edición. Lima: Grijley, 2014.

Rivera López, Eduardo. «El papel de las ciencias empíricas en el derecho: el *status* del embrión humano». *Revista de Bioética y Derecho* 44 (2016): 5-17. https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19497.

16. Jurisprudencia

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A, n.º 21.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A, n.º 22.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, emitida en el año 1984.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel vs. México, emitida en el año 2010.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, emitida en el año 2006.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, emitida en el año 2012.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú, emitida en el año 2001.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay, emitida en el año 2011.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, emitida en el año 2003.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador, emitida en el año 2004.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, emitida en el año 2006.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, emitida en el año 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, expediente 2005-2009-PA/TC, emitida en el año 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso Rosalía Huatuco Huatuco, expediente 5057-2013-PA/TC, emitida en el año 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso Sindicato de Trabajadores de Telefónica vs. Telefónica, expediente 1124-2001-PA/TC, emitida en el año 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Caso Susana Chávez Alvarado, expediente 7435-2006-PC/TC, emitida en el mes de noviembre del 2006.

Sentencia emitida por el Juzgado Mixto de la Esperanza de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-Poder Judicial del Perú, Caso Portilla Guarniz, expediente 0083-2015-0-1618-JM-LA-01, emitida en el año 2017. https://lpderecho.pe/juzgado-inaplica-precedente-huatuco-control-convencionalidad/.

Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial del Perú, caso Anticonceptivo oral de emergencia, expediente 30541-2014-0-1801-JR-CI-01, emitida en el año 2019. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Exp.-30541-2014-0-1801-JR-CI-01-Legis.pe_.pdf.

Sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima-Poder Judicial del Perú, caso Paredes Piqué, expediente 10776-2017, emitida en el año 2019. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/04/Exp.-10776-2017-Legis.pe_.pdf.