CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, CORPUS IURIS Y IUS COMMUNE INTERAMERICANO
Humberto Nogueira Alcalá
Gonzalo Aguilar Cavallo

Primera edición, enero 2017
ISBN: 978 - 956 - 9539 - 05 3

NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G. (2017). "Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano". 1ra. ed., Santiago de Chile, Editorial Triángulo.

Comité científico - Editorial Triángulo
Dr. Cludio Pizarro
Dr. Angelo Narváez
Dra. Claudia Mejías
Dr. (c) Pablo Salinas
Mg. Magdalena Burr

EDITORIAL TRIÁNGULO, 2017
Argomedo 190, depto. 609
Santiago - Chile
trianguloeditorial@gmail.com

Control de convecionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano

Coordinadores
Humberto Nogueira Alcalá
Gonzalo Aguilar Cavallo

Rol N° 821-07.

Proyecto de Ley de Pesca y Acuicultura (2013): Tribunal Constitucional de Chile 23 de enero de 2013 (requerimiento de inconstitucionalidad). Sentencia roles N°s 2387 y 2388 (acumulados).

Artículo 14 Ley 14.908 (2013): Tribunal Constitucional de Chile 21 de noviembre de 2013 (acción de inaplicabilidad). Sentencia Rol N° 2265-12.

Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (2014): Tribunal Constitucional de Chile (acción de inaplicabilidad). Sentencia Rol N° 2615-14.

Artículo 225 Código Civil (2015): Tribunal Constitucional de Chile 16 de junio de 2015 (acción de inaplicabilidad). Sentencia Rol N° 2699-14

Prácticas antisindicales (2015): Tribunal Constitucional de Chile 15 de octubre de 2015 (acción de inaplicabilidad). Sentencia Rol N° 2722-14.

Notas sobre el *corpus juris* interamericano

Pablo Contreras Vásquez[226]

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La evolución del CJ en la jurisprudencia de la Corte IDH. 2.1 El origen del CJ. 2.2 La evolución del CJ después del control de convencionalidad. 3. Algunos caracteres y problemas del CJ interamericano

1. Introducción

Quiero agradecer la invitación a este seminario internacional sobre "El impacto del control de convencionalidad y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisdicciones de Chile y Argentina", organizado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca y, especialmente, a los profesores Gonzalo Aguilar y Humberto Nogueira.

Dentro del marco del seminario, en este panel debo analizar sobre el "Corpus iuris interamericano y el desarrollo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de una técnica de razonamiento jurídico común". Se trata de una ambiciosa tarea. Procederé a circunscribirlo a un ámbito específico de este tema: notas sobre el *corpus juris* interamericano, especialmente, desde su genealogía y sus relaciones con el parámetro de control de convencionalidad, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH").

La razón de delimitar el objeto de estudio se basa en la función que cumple el *corpus juris* (en adelante, "CJ") en la identificación de obligaciones de derechos humanos para los Estados y su supervisión internacional. Esto implica analizar, dogmáticamente, dos cuestiones. Primero, cómo surge y aparece el CJ en la jurisprudencia de la Corte IDH. Segundo, determinar el contenido del denominado CJ interamericano y su vinculación con la doctrina del control de convencionalidad, en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH.

[226] Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado. Deseo agradecer a los participantes del Seminario Internacional por sus comentarios y dudas que ayudaron a mejorar algunas de las notas que aquí se presentan. Asimismo, deseo agradecer a Alexandra Álamos por su asistencia en las fuentes bibliográficas citadas. El resultado final es de exclusiva responsabilidad del autor. Correo electrónico: pablo.contreras.v@gmail.com

Esta exposición se divide en dos partes. En la primera parte intentaré reconstruir una genealogía del CJ en la jurisprudencia la Corte. Se revisa el origen y los alcances del concepto, cómo se utiliza por los votos concurrentes de algunos jueces, cómo se va readecuando y cómo se internaliza en los votos de mayoría o en las decisiones de la Corte IDH. En esta parte también se revisa cómo se conecta el CJ con el parámetro de control de convencionalidad. Esta revisión concluye que la Corte ha expandido el contenido del CJ. En la segunda parte de mi exposición, intentaré describir algunos caracteres del CJ y advertir cuáles pueden ser los problemas que se siguen de la ampliación de este estándar en su empleo para el parámetro de control de convencionalidad.

2. La evolución del CJ en la jurisprudencia de la Corte IDH

2.1 El origen del CJ

El surgimiento de la categoría "corpus juris" se encuentra en un voto del juez Cançado Trindade, en el año 1998. Hasta donde he podido revisar, en la jurisprudencia de la Corte, no hay menciones previas a esta primera introducción del concepto, ni en casos contenciosos ni opiniones consultivas.[227] En *Blake v. Guatemala*, Cançado Trindade se refiere al carácter "intemporal" del corpus juris, dado su sustrato consuetudinario subyacente. El objetivo de Cançado era precaver los perjuicios para la protección de derechos tras la denuncia de un tratado de derechos humanos. El juez no define ni explica qué entiende por CJ, pese a que lo cita, precisamente, para sujetar obligacionalmente al Estado.

Hasta el año 1999, la categoría del CJ no se incorpora a los fundamentos de un fallo de mayoría de la Corte IDH. En la opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, se emplea por primera vez esta categoría:[228]

> "El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo."[229]

Se trata de una referencia general al conjunto de obligaciones internacionales que se derivan de distintas fuentes formales de derecho internacional. Aquí, se utiliza en términos sinónimos a un "estándar" de derecho internacional. Este caso, además, muestra cómo el juez Cançado Trindade ha sido un gran promotor de este concepto. Su opinión individual, en la misma decisión consultiva, recalca, en diversos considerandos, la importancia del CJ como elemento aglutinador de las obligaciones de derechos humanos.[230]

Sin embargo, una de las principales funciones del CJ recién aparecerá en un *obiter dictum* del famoso caso contencioso *"Niños de la Calle"*. Allí, la Corte afirmó lo siguiente:

> "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana."[231]

En términos simples, la función del CJ es de corte interpretativo, esto es, servir para "fijar el contenido y alcances" de la Convención Americana. La Corte, en este caso además, efectuó una astuta elección: cita la Convención sobre Derechos del Niño, uno de los tratados de derechos humanos con mayor número de ratificaciones en el mundo. Esto se confirma en *Hermanos Gómez Paquiyauri*. La Corte, en dicho caso, aporta un nuevo elemento, precisamente, en esta línea: la ratificación "de forma prácticamente universal" de dicha Convención.[232]La forma de incorporar el estándar de la Convención

[227] Antes de 1998, un concepto similar, aunque innominado, aparecía en las opiniones consultivas de la Corte IDH. Véase Corte IDH, *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, cons. 21; Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

[228] Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16; Sentencia de la Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, Fondo. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, cons. 153; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, cons. 24 y 92.

[229] Corte IDH, *El Derecho a la Información*, cit., cons. 115.

[230] *Id.*, de la opinión del juez Cançado Trindade, cons. 4, 9, 29 y 34.

[231] Sentencia de la Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, cons. 194; Sentencia de la Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, Fondo. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, cons. 153; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, cons. 24 y 92.

[232] Sentencia de la Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*, Fondo. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, cons. 166; Sentencia de la Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, Fondo. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, cons. 153; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, cons. 24 y 92.

sobre Derechos del Niño será luego amplificado en *Instituto de Reeducación*, donde la Corte IDH integra no sólo dicho tratado internacional, sino también el Protocolo de San Salvador.[233] La ampliación del CJ, integrando el Protocolo, no presenta mayores problemas puesto que Paraguay había ratificado ambos tratados. Por lo tanto, la interpretación que la Corte hace de la CADH está en coordinación con las obligaciones internacionales que el mismo Estado ha ratificado en otros dos tratados (la Convención sobre Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador). Esto se puede denominar como un CJ "ad hoc", al Estado que se encuentra en un litigio ante la Corte IDH. Es "ad hoc" puesto que los tratados que emplea la Corte, como parte del estándar del CJ para complementar y concretar, interpretativamente, la CADH, son instrumentos internacionales que han sido debidamente ratificados y obligan al mismo Estado.

En los casos previos a la doctrina del control de convencionalidad, el CJ se denomina "internacional" o "de derechos humanos". En la mayor parte de los casos, el CJ se emplea en relación con la interpretación del art. 19 CADH, es decir, respecto de las obligaciones de derechos humanos aplicables respecto a niños, niñas y adolescentes. La especificación del CJ "interamericano" aparece en materia de tortura; en *Tibi v. Ecuador*, la Corte IDH integra la Convención Interamericana contra la Tortura para interpretar el contenido de la prohibición de la CADH.[234]

El punto de mayor desarrollo se da en la OC18-03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.[235] Aquí parece que se asienta una noción de CJ que puede ser conceptualmente comprendida por los siguientes elementos. Primero, el CJ está formado por distintos instrumentos internacionales, tanto de *hard law* (tratados/convenciones), como de *soft law* (resoluciones/declaraciones). Segundo, la Corte reconoce que los instrumentos jurídicos tienen "efectos variados" (es decir, no todos son fuentes formales de derecho internacional). Tercero, el CJ tiene una naturaleza "evolutiva". No explica la Corte qué entiende por este carácter, pero ciertamente entiende que hay una *vis* expansiva que "afirma y desarrolla" las obligaciones de derechos humanos que protegen a las personas.

La Corte reafirmará este considerando y seguirá incorporando nuevos componentes para fijar el estándar del CJ. En *Masacres de Ituango*, la Corte

[233] Sentencia de la Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay*, Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, cons. 148 y 172; Sentencia de la Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, Fondo. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, cons. 153; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, cons. 24 y 92.

[234] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Tibi v. Ecuador*, Fondo. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, cons. 145.

[235] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, cons. 120.

IDH reitera el concepto de CJ que ya definió en su opinión consultiva sobre migrantes y pasa a incorporar el Convenio 29, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre trabajo forzoso.[236]

2.2. La evolución del CJ después del control de convencionalidad

Como sabemos, el control de convencionalidad se adopta por primera vez en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*.[237] Aquí la Corte fijó, además, el parámetro de control de convencionalidad, compuesto por la misma CADH y la interpretación que la Corte hace de este tratado. Curiosamente, el mismo fallo usa la expresión CJ, pero no lo vincula, explícitamente, con el parámetro de control de convencionalidad. Específicamente, la Corte apela a este concepto para determinar la gravedad de los delitos de lesa humanidad y la importancia de su persecución y castigo.[238]

Nuevamente, en esta nueva etapa, serán los votos concurrentes los que desarrollarán y expandirán el contenido y función del CJ. El juez Cançado Trindade seguirá definiendo y expandiendo el contenido del CJ como concepto.[239] Asimismo, el juez García Ramírez hará lo suyo en otras sentencias. Uno de los casos que destaca es *Penal Miguel Castro Castro*. Aquí, la Corte incorpora la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (que Perú había ratificado en 1996), al CJ interamericano, a efectos de interpretar el art. 5 CADH.[240] Es decir, se trata de otro ejemplo de un CJ "ad hoc". El juez García Ramírez tiene un importante voto razonado en el que desarrolla la aplicación de la Convención de Belém do Pará, puesto que la Corte no se había pronunciado antes sobre ella.[241] Este es, quizás, el primer intento serio de justificación normativa del CJ, como parte de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH.

[236] Sentencia de la Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*, Fondo. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, cons. 157.

[237] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Fondo. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, cons. 105. Sobre el control de convencionalidad, existe una vasta literatura. En este trabajo no abordaremos el control de convencionalidad. Véase, en general y con referencias, Contreras (2014). Para otros trabajos recientes, véase Nash (2013), Henríquez (2014), Contreras (2015) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015).

[238] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Fondo. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, cons. 105.

[239] Sentencia de la Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 173, voto razonado del juez Cancado Trindade, cons. 25, 33, 37, 53; Sentencia de la Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). v. Perú*, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174, voto disidente del juez Cancado Trindade, cons. 43, 44 y 46.

[240] Sentencia de la Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, cons. 276.

[241] Id., voto razonado del juez García Ramírez, cons. 8.

Para García, los instrumentos que forman parte del CJ deben tener un "mandamientos inequívocos" que sean "meridianamente claros" y que "cuya interpretación no requiera mayor esfuerzo para el aplicador de la norma".[242] Este juez reconoce que cada tratado responde a una serie de circunstancias que rodean su preparación, lo que importa a la hora de determinar el alcance que tenga un tratado que se incorpora al CJ para complementar la CADH por vía interpretativa.[243] El razonamiento de García, a efectos de la justificación normativa de la aplicabilidad del CJ puede ser reconstruido en las siguientes consideraciones.[244] Primero, el sistema interamericano opera a partir de esta categoría en expansión (lo que retoma la *vis* expansiva que tuvo desde su origen). Segundo, las competencias de los órganos de protección internacional dependen de un "marco normativo suficiente" que da "garantía de seguridad" a los Estados Partes y limita el arbitrio de las autoridades. Tercero, el CJ, en ese caso, consta de cinco *tratados* –es decir, sólo *hard law*– y "que deben ser analizados a la luz del conjunto en el que se inscriben y del ordenamiento en el que figuran".[245] Cuarto, la interpretación del CJ debe darse "dentro de las fronteras que fijan la CADH" y atender al principio *pro personae*, según el art. 29 CADH. Esto quiere decir que no se podría integrar obligaciones que exceden el marco textual de la CADH, so pretexto de apelar a un *corpus juris* en abstracto.

La aplicación de la Convención Belém do Pará, como parte del CJ, será reafirmada por la Corte IDH en los casos *Ríos*[246] y *Perozo*[247]. Al igual que con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Belém do Pará tiene una altísima tasa de ratificación, en este caso regional, toda vez que, salvo EEUU y Canadá, todos los Estados Americanos han ratificado el tratado en cuestión. Finalmente, se aplicará de nuevo en el conocido caso *Campo Algodonero*[248] –aunque aquí, incorporando, también la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer– y en el caso de *Masacre de las Dos Erres*.[249]

[242] Id., voto razonado del juez García Ramírez, cons. 18.

[243] Id., voto razonado del juez García Ramírez, cons. 20-21.

[244] Id., voto razonado del juez García Ramírez, cons. 32.

[245] Id., voto razonado del juez García Ramírez, cons. 32. Los cinco tratados son: la Convención Belém do Pará, el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la CADH.

[246] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Ríos y otros v. Venezuela,* Fondo. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, cons. 277.

[247] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Perozo y otros v. Venezuela*, Fondo. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, cons. 291.

[248] Sentencia de la Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México, Fondo. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205,cons. 225.

[249] Sentencia de la Corte IDH, *Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala,* Fondo. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211,cons. 137.

La ampliación del control de convencionalidad en su conexión, explícita, con el CJ, como categoría jurisprudencial, se dará en el caso *Masacres de Río Negro*, del año 2012.[250] En este caso, la Corte IDH vincula CJ con el parámetro de control de convencionalidad. El parámetro de control, originalmente, fue definido en el citado caso *Almonacid* y se circunscribía a las obligaciones de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH interpretando dicho tratado. La ampliación del parámetro ya se había dado en el caso *Ibsen Cárdenas*.[251] Sin embargo, es en *Masacres de Río Negro* donde la Corte integra, explícitamente no sólo la CADH, sino también la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Belém do Pará, y los "tratados internacionales de los cuales es parte el Estado", así como la "interpretación que la Corte ha hecho de los instrumentos interamericanos".[252] Con este listado, la Corte no sólo determina qué elementos de *hard law* se incorporan al CJ, sino también le atribuye la función de servir como parámetro de control de convencionalidad

La conexión y ampliación del CJ se ratifica en *Gudiel Álvarez* (2012).[253] Luego se vuelve a expandir en *Mendoza v. Argentina* (2013).[254] En este último caso, la Corte IDH afirmó:

> "Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característicos de la sociedad democrática. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los

[250] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala,* Fondo. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, cons. 142 y 222.

[251] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia,* Fondo. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217 cons. 71,123 y 124.

[252] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala,* Fondo. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, cons. 142 y 222.

[253] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") v. Guatemala*, Fondo. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, cons. 233.

[254] Sentencia de la Corte IDH, *Caso Mendoza y otros v. Argentina*, Fondo. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, cons.144.

niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos."[255]

3. Algunos caracteres y problemas del CJ interamericano

En esta última parte de mi exposición, intentaré identificar algunos caracteres respecto del CJ interamericano. Para comenzar, hay que afirmar que el CJ es una categoría dogmática integrada al razonamiento de la Corte a través de los esfuerzos individuales de ciertos jueces como Cançado Trindade, inicialmente, y García Ramírez o Ferrer MacGregor, posteriormente. La Corte va incorporando distintos elementos y va expandiendo el contenido y función del concepto, de forma paulatina y en relación a las materias de cada caso. Asimismo, la ampliación tiene en particular consideración cuáles tratados internacionales ha suscrito, en cada caso, el Estado Parte bajo supervisión internacional.

El CJ es un concepto que integra diversas cuestiones de la jurisprudencia de la Corte IDH, a la hora de determinar el sentido y alcance de las obligaciones de derechos humanos. En primer término, cumple una función *interpretativa*, toda vez que se emplean fuentes de derecho internacional para fijar el sentido y alcance de los derechos de la CADH.

Segundo, el CJ, en su aplicación por la jurisprudencia, tiene en su base a los tratados internacionales, pero parece tener apertura a estándares de *soft law*, sobre todo por la ambigüedad con la cual se ha definido el contenido de esta categoría. Esta duda tiene sustento en la primera vez que la Corte IDH adopta el concepto de CJ en su jurisprudencia: el citado caso *Niños de la Calle*, donde acepta elementos de *soft law*. Sin embargo, tal apertura no es sistemáticamente aplicada y, por ejemplo, al vincular el CJ con el parámetro de control de convencionalidad, la Corte IDH sólo cita tratados internacionales y su jurisprudencia, no estándares de *soft law*. Por lo tanto, existen legítimas dudas sobre el alcance del CJ interamericano en general y respecto de cada Estado, en particular.

Tercero, la Corte IDH ha empleado el concepto de CJ para poder ampliar el marco de obligaciones internacionales que puede interpretar, en base a su lectura de la CADH. Nótese la deliberada etiqueta de "*corpus juris*" como una suerte de "derecho común" o *jus comune*. No hay novedad en decir que esta categoría, originalmente, es un concepto medieval y pre moderno y que buscaba identificar fuentes formales del derecho aplicables en el marco de un régimen político muy distinto a las democracias constitucionales de hoy.[256] Como se puede advertir, se emplea deliberadamente este término para *expandir y desformalizar* las obligaciones internacionales de derechos humanos. Esto debe ser una decisión consciente, porque impacta en la lógica moderna de formación del Derecho Internacional. Si los Estados buscan fijar en tratados los derechos que protegen a los individuos y esperan que las Cortes interpreten dichos tratados, entonces emplear el CJ constituye una desformalización de la identificación de las obligaciones de derechos humanos. No digo, en principio, que esto sea negativo para la protección misma de los derechos, pero es un factor que debe ser atendido críticamente por la dogmática.

[255] Id.

[256] Una variante del argumento, en relación a la aplicación interna de los estándares internacionales, se encuentra en Atria (2014).

Cuarto, con la conexión entre el CJ y el parámetro de control de convencionalidad, se efectúa la mayor expansión del contenido obligacional, puesto que incorpora a la jurisprudencia misma de la Corte como parte del *corpus*. Esto es no tiene más de tres años: data desde 2012, es decir, seis años después de la adopción del control de convencionalidad. El efecto de ampliación de obligación que en este apartado se revisa, es reciente no sólo por la creación misma del control de convencionalidad (en el 2006), sino porque la vinculación entre ambos conceptos –control de convencionalidad y CJ– es de hace pocos años atrás (en el 2012). Esto plantea un enorme desafío a los Estados. Voy a poner un ejemplo: el corpus juris interamericano hoy establece que el nasciturus o el que está por nacer no es persona y la vida prenatal no debe protegerse absolutamente, sino que en términos graduales. Chile incumpliría la CADH y el CJ al mantener una punición absoluta a la interrupción voluntaria del embarazo.[257]

Quinto, el CJ tiene una función *evolutiva* del desarrollo de las obligaciones de derechos humanos. Lo que busca es adaptar y precisar, a la luz del desarrollo temporal y social de los Estados, el contenido de los derechos.[258] La interpretación evolutiva permite actualizar el contenido *iusfundamentalmente* protegido de los derechos. Asimismo, preserva el *effet utile* de las disposiciones de los tratados, por ejemplo, a la luz del desarrollo tecnológico.

Sexto, y en términos regionales, el CJ parece contribuir a determinar el *consenso regional* aplicable en materia de derechos humanos.[259] El consenso regional permite establecer un *estándar de supervisión internacional* que domestica el ejercicio de las competencias de los tribunales internacionales y que articula cargas de argumentación de los Estados ante estos tribunales.[260] También constituye un factor de identificación de la *práctica internacional* de los Estados que, bajo la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, representa un elemento de interpretación de dichos instrumentos internacionales (art. 31 CVDT).

[257] Algo que hemos planteado en Chia y Contreras (2014).

[258] Bjorge (2015).

[259] Neuman (2008), pp. 111 y 114. Véase también a Burgorgue-Larsen (2014), pp. 119-25.

[260] Dzehtsiarou (2015).

Para cerrar esta exposición, me permito las siguientes reflexiones. Me parece que la reconstrucción dogmática de un *jus gentium* interamericano y del CJ es posible, pero requiere de una mayor sofisticación teórica. Ello demanda articular los desafíos y costos de un concepto que identifica obligaciones de derechos humanos más allá de la CADH, a efectos de fijar la competencia contenciosa y consultiva de la Corte. Los factores evolutivos y de consenso regional pueden contribuir a darle sustento al CJ. Ambos se conectan con la tarea interpretativa de la Corte. Si bien hay varios estudios que justifican estos factores en el ámbito del TEDH, aún queda por desarrollarlos en el ámbito interamericano.

Bibliografía

Libros y artículos de revista

Atria, Fernando (2014). "Sobre la Función Judicial en Tiempos de 'Constitucionalismo Global'", en Aguilar, Gonzalo (coord.), *Diálogo entre Jurisdicciones. El Desarrollo del Derecho Público y una Nueva Forma de Razonar*, Santiago, Librotecnia.

Bjorge, Eirik (2015). *The Evolutionary Interpretation of Treaties,* Oxford, Oxford University Press.

Burgorgue-Larsen, Laurence (2014). "El Contexto, las Técnicas y las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales,* Vol. 12, No. 1.

Chia, Eduardo y Contreras, Pablo (2014). "Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y Otros ('Fecundación *in Vitro*') vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, No. 1.

Contreras, Pablo (2014). "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Ius et Praxis,* Vol. 20, No. 2.

Contreras, Pablo (2015). "Análisis Crítico del Control de Convencionalidad", en Núñez, Manuel (ed.), *La Internacionalización del Derecho Público*, Santiago, Thomson Reuters en prensa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad,* Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible [en línea]: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf (última visita efectuada 13.08.2015).

Dzehtsiarou, Kanstantsin (2015). *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Henríquez, Miriam (2014). "La Polisemia del Control de Convencionalidad Interno", en *International law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24.

Nash, Claudio (2013). *Control de Convencionalidad. De la Dogmática a la Implementación,* México, Porrúa.

NEUMAN, Gerard L. (2008). "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", en *The European Journal of International Law,* Vol. 19, No.1.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998, serie C No. 36.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala, Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Fondo. Sentencia de 8 de julio de 2004, serie C No. 110.

Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay, Fondo. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112.

Caso Tibi v. Ecuador, Fondo. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C No. 114.

Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia, Fondo. Sentencia de 1 de julio de 2006, serie C No. 148.

Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, Fondo. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154.

Caso La Cantuta v. Perú, Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 30 de noviembre de 2007, serie C No. 173.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). v. Perú, Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007, serie C No. 174.

Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C No. 160.

Caso Ríos y otros v. Venezuela, Fondo. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Caso Perozo y otros v. Venezuela, Fondo. Sentencia de 28 de enero de 2009, serie C No. 195.

Caso González y otras ("Campo Algodonero") v. México, Fondo. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C No.205.

Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala, Fondo. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C No. 211.

Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala, Fondo. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C No. 250.

Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia, Fondo. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, serie C No. 217.

Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") v. Guatemala, Fondo. Sentencia de 20 noviembre de 2012, serie C No. 253.

Caso Mendoza y otros v. Argentina, Fondo. Sentencia de 14 de mayo de 2013, serie C No. 260.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134.