



A PROPÓSITO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS

ON THE JUDICIAL APPLICATION OF INTERNATIONAL TREATIES

■ **M.Sc. JOSÉ ANGEL FERNÁNDEZ CASTAÑEDA**

Juez profesional, Tribunal Provincial Popular de Camagüey, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-4080-3567>

castaneda970106@gmail.com; josef_cmg@tsp.gob.cu

Resumen

La teoría de la argumentación jurídica dota las decisiones judiciales de coherencia y racionalidad, y resulta indispensable para que los jueces, en el ejercicio de su función constitucional, cumplan el rol que les toca desempeñar en la seguridad jurídica, dado el impacto que tienen sus decisiones en la sociedad. Quienes juzgan deben fundamentar las resoluciones en valores, principios y normas; para ser eficaces, además, ellas han de ser racionales y motivadas. Esto implica describir el proceso seguido y justificar, adecuadamente, el criterio adoptado, en cumplimiento del principio de legalidad. En la actualidad, es necesario identificar los puntos comunes entre los tratados de Derecho penal y las normativas nacionales, así como los aspectos que limitan la utilización de los contenidos de aquellos en las sentencias que se dictan en este ámbito. El estudio se centra en tales aspectos, en la medida en que la correcta aplicación de los citados instrumentos internacionales incide, de forma positiva, en la calidad argumentativa de las decisiones judiciales.

Palabras clave: Tratados internacionales; Derecho penal; resoluciones judiciales; argumentación.

Abstract

The theory of legal argumentation as a tool for procedural law provides judicial decisions with coherence and rationality, which is essential for judges in their constitutional role to understand their role in legal certainty and the impact of decisions on society. Judges must base their rulings on values, principles, and norms, using rationality to ensure the effectiveness of their decisions. This implies that judgments must be reasoned, not only describing the process followed but also adequately justifying the criteria adopted, in compliance with the principle of legality. Currently, it is necessary to examine the commonalities between the treaties and their relationship with criminal law and national regulations, in order to identify the grounds that limit the use of their contents in judicial rulings in criminal matters. The study focuses on the insufficient use of international treaties in the reasoning of criminal sentences in Cuba, arguing that the correct identification and application of the treaty content has a positive impact on the quality of the reasoning behind judicial decisions.

Keywords: *International treaties; Criminal Law; judicial resolutions; argumentation.*

Sumario

I. Introducción; II. Argumentación jurídica: generalidades; III. Fuentes del Derecho penal y tratados internacionales; IV. Aproximación desde la legalidad sustantiva; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de la argumentación jurídica (TARJU), desde sus postulados teóricos y doctrinales, permite que los jueces ganen conciencia acerca de la trascendencia de la función judicial. Dado el impacto que los fallos judiciales desencadenan en la seguridad jurídica de un país, aquellos postulados constituyen un instrumento imprescindible en el desenvolvimiento de la impartición de justicia, como elemento sólido y legítimo que dota al sistema jurídico de racionalidad y coherencia. La descripción de los fundamentos de hecho y de derecho, y la valo-

ración racional de estos permiten que dichas decisiones se apeguen a los valores, principios y las normas imperantes, y satisfagan el Estado de Derecho y justicia social. Ello es traducible en la eficiencia y eficacia del servicio de justicia.

La racionalidad obliga al juez a ofrecer las razones de la decisión, en armonía con criterios de consistencia, dilación, coherencia, objetividad, ausencia de subjetivismo y proporcionalidad; a explicar la aplicación de los fundamentos de Derecho, más allá del mero enunciado, lo cual abarca todas las fuentes reconocidas en el ordenamiento jurídico, incluidos los tratados internacionales (TI).

Este pensamiento permite concluir que la justificación es imprescindible en toda resolución; a partir de ella, se podrá comprender el criterio adoptado por el juzgador en determinado proceso y las razones por las cuales lo decidido se adecua a los parámetros esenciales del respeto al principio de legalidad.

Al introducir los TI en la argumentación jurídica (ARJU) es de vital importancia realizar un estudio sobre los elementos que la conforman y definen, su evolución histórica y cómo el Derecho internacional se interrelaciona con el interno, para permitir que aquellos se erijan en fuente de Derecho y que el juez disponga de contenidos con los que argumentar las decisiones judiciales. Así vistas, las fuentes de Derecho adquieren el carácter de *fundamentos para la acción o razones para la argumentación*.

Los TI regulan aspectos vinculados, estrechamente, con tipicidades delictivas previstas en el Código penal cubano (CPE). Sin embargo, pueden identificarse circunstancias que impiden que los principios y preceptos recogidos en los TI se utilicen en la argumentación de las sentencias penales, de conjunto con la Constitución, las leyes y el resto de las disposiciones normativas. La delimitación de las insuficiencias que acompañan la aplicación de dichos instrumentos, en la actualidad, y las dificultades u obstáculos que se presentan en cuanto a ella, es tarea prioritaria, a la vista de la relevancia del ejercicio justificativo mencionado; de ahí la pertinencia y actualidad que reviste el estudio, centrado en tal problemática.

Se persigue analizar los elementos teórico-jurídicos que fundamentan la aplicación de los TI en la argumentación de las sentencias penales y sistematizarlos, a la par que identificar el alcance que tiene

esa actividad en la protección de los derechos y la correcta impartición de justicia. Para ello, se emplean los métodos jurídico-doctrinal, histórico-jurídico, jurídico-comparado y de análisis jurídico, que hacen posible el examen de la doctrina, por medio de las fuentes bibliográficas, en torno a las dos categorías principales objeto de investigación, la evolución de estas, la forma en que son entendidas en otros contextos nacionales y en Cuba, para, finalmente, integrar la información, desde la comprensión de la importancia de utilizar los contenidos de los TI en la argumentación de las sentencias penales.

II. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: GENERALIDADES

La TARJU aborda las argumentaciones que tienen lugar en contextos relativos al Derecho, enfocados en tres campos:

- La producción y el establecimiento de las normas, en los que existe una fase prelegislativa que contiene, en sí, argumentos morales y políticos ante un problema social que requiere de una solución jurídica, y una etapa legislativa, que se ciñe al debate de los legisladores acerca de la norma y las cuestiones técnico-jurídicas que la identifican. En este ámbito, la TARJU encuentra un desarrollo incipiente.
- La aplicación de las normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea una actividad de los jueces, en sentido estricto, bien de órganos administrativos, con alcance amplio.

En este campo, se distingue entre las argumentaciones relacionadas con los problemas concernientes a los hechos y aquellas que tienen un enfoque jurídico. Desde esos prismas, se concluye que la TARJU se centra —al menos en su postura dominante— en las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho y las que se plantean en los órganos de impartición de justicia.

- La dogmática jurídica, entendida como una actividad compleja que implica un análisis basado en tres funciones principales: proporcionar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que este se desarrolla, ofrecer pautas para aplicarlo, y ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

La TARJU presta especial atención a la segunda de las funciones antes mencionadas. En realidad, no existe una gran distinción entre

este espacio y el que ocupan las instancias de aplicación; en todo caso, se trata de dotarlas de elementos, criterios y contenido, con el objetivo de propiciar que se emplee la norma, en la decisión que se tome, en el caso concreto. Se entiende que las instituciones encargadas de la aplicación del Derecho tienen la responsabilidad de fundamentar los motivos en los cuales basan sus decisiones; las normas nacen para ser interpretadas y aplicadas en la sociedad, de forma coherente con su finalidad.

Para argumentar, ciertamente, es necesario transitar por la interpretación de normas, hechos, circunstancias y condiciones. A propósito de las concepciones interpretativas, Kelsen (2011, p. 173) definió la norma jurídica como un marco de significados posibles, distinguió entre el momento volitivo y el cognitivo, a la vez que defendió la omnipresencia de dicha actividad. Sin embargo, se limitó a ofrecer una caracterización de la interpretación auténtica, en la que esta se confundía con la interpretación del Derecho y relegaba los enfoques científicos al plano subsidiario.

La interpretación puede definirse, además, en dos sentidos: amplio y estricto. El primero de ellos, conforme con Prieto Sanchís (2005, p. 180), comprende cualquier actividad relacionada con el Derecho que no sea la legislativa o de creación normativa, ya que la interpretación de los juristas no incide, directamente, en el proceso formativo de las normas, sino que se encamina a decidir sobre la validez de estas, resolver lagunas o antinomias, formular un principio general o, más habitualmente, calificar hechos, a la luz de los preceptos legales, o motivar una sentencia, como respuesta a un conflicto jurídico que deben resolver los tribunales de justicia.

La segunda dimensión, en cambio, se refiere a la atribución de significado a las normas y la determinación de su alcance. En esta corriente, emerge otra que busca delimitar el campo de aplicación de las normas, y la relevancia que estas tienen. Las dos expresiones se relacionan entre sí, pues intentan definir el significado y alcance, la aplicación y relevancia de los enunciados normativos.

La interpretación desempeña un papel fundamental en la evolución del Derecho, dado que permite desentrañar el significado de sus expresiones y adaptarlas a los constantes cambios de la realidad social.

De este modo, la principal virtud de la hermenéutica judicial radica en aproximar las normas jurídicas a la realidad que regulan.

Al determinar el significado y alcance de las reglas jurídicas, los operadores deben considerar los elementos objeto de interpretación y la expresión que ha de tener esta actividad en los receptores, por la vía de la argumentación. Las decisiones, en el ámbito jurídico, requieren este ejercicio, adaptado a cada caso concreto. Todos los conflictos que se generan en la sociedad y son relevantes para el Derecho, cuentan con una respuesta jurídica que se caracterizan por tener rasgos comunes —bien jurídico u objeto de la pretensión— y, también, características particulares que los identifican.

Por lo expuesto, debe fomentarse, intencionalmente, la capacidad de desarrollar argumentos con habilidad. Cuando el juez se encuentre ante casos dudosos, en los cuales los distintos tipos de interpretaciones conllevan a situaciones cuyas consecuencias dañan la sociedad, debe guiarse, siempre, por principios de justicia y orden común. Así lo plantea Cruz Covarrubias (2014, p. 64), al sostener que deben evaluarse elementos y principios rectores universales. Tal postura se centra en dejar claro que no solo habrá que tener en cuenta lo afirmado por legisladores y jueces.

El operador del Derecho debe interpretarlo bien y argumentarlo, si cabe, mejor. Hay una obligación intrínseca de fundamentar el resultado, razonar los argumentos precisos y justificar la corrección de ambos, siempre con la mirada puesta en la ciudadanía. La falta de correspondencia entre la interpretación y los argumentos lesiona derechos y garantías. La argumentación hace frente a la crítica, si contiene, en sí, los aspectos requeridos para validar la decisión. Las pretensiones jurídicas tienen que estar justificadas por el escrutinio de la razón. Las cuestiones prácticas que se evalúan por los juristas y, principalmente, por los tribunales encuentran, en la TARJU, los elementos, los conceptos y las razones que sirven de base elemental para la justificación de los casos y las decisiones.

Las primeras TARJU surgieron en la década de los cincuenta del pasado siglo. Entre sus exponentes más importantes se ubica Viehweg (1964, p. 55), quien defendió la utilización de métodos basados en la búsqueda de premisas que sirvan como esquemas de pensamiento prefijados y conduzcan a la persuasión, a la vez que sean eficaces para resolver las diversas situaciones que se presenten. Por ende,

para dar una respuesta jurídica satisfactoria, han de emplearse métodos lógicos que difieren de la tópica.

Alexy (2007, pp. 91-143) superó el pensamiento de Toulmin, al establecer una similitud entre la lógica y la jurisprudencia, hasta el punto de afirmar que la primera es jurisprudencia generalizada. Con esta concepción se apartó de la lógica tradicional y negó la relación entre lógica y argumentación práctica. Su teoría planteaba, también, que las reglas valorativas de inferencia, no podían ser consideradas reglas lógicas, aspecto por el que puede ser criticado.

Perelman (1979, p. 264), en cambio, discrepa del modelo de razonamiento jurídico sistemático-deductivo, que no conduce a la demostración, como en las ciencias exactas, sino que se basa en el método retórico-argumentativo, dirigido al convencimiento o la persuasión del auditorio. Esta tesis encuentra objeción en que destierra la lógica deductiva del ámbito del razonamiento judicial, aun cuando tiene la virtud de explicar una perspectiva de este olvidada, habitualmente, como es la argumentación retórica y su intervención en el cauce que lleva a la decisión. Dicha tesis, aunque con limitaciones, permite justificar el cuerpo de argumentos que componen la parte expositiva de las resoluciones judiciales. No puede excluirse, de antemano, el concurso de la lógica, por medio de la combinación de un sistema de inferencia, que incluya las deductivas y, además, las inductivas e hipotéticas.

Otros autores, como Gascón y García (2015), sustentaron que la TARJU admitía realizar los procesos del Derecho, que tienen sostén en la argumentación, y comprenderlos, mediante una evaluación científica. En tal sentido, concluían:

Algunos de sus cultores (formalistas) han afirmado que las decisiones jurídicas son fríos silogismos; los realistas han replicado que el razonamiento jurídico nada tiene que ver con la lógica, sino más bien con la ideología, las emociones y las corazonadas; otros han rescatado de la antigüedad clásica la retórica y la tópica para concebir al razonamiento jurídico como una simple técnica de persuasión o de invención a partir de lugares comunes. (p. 44)

Desde finales de los años setenta del siglo xx, Alexy (2007, pp. 360-391) y Maccormick (1990, p. 12) desarrollaron la teoría estándar de

la ARJU; el primero estableció la distinción entre contexto de descubrimiento y justificación; en tanto, el segundo enfocó el análisis en detallar las principales diferencias entre la justificación interna y la externa. Una (la interna) se construye por medio del razonamiento lógico-deductivo. La insuficiencia de este reclama el concurso de la otra (la externa o de segundo orden), importante ante las carencias de aquella. Este autor destaca cuatro grandes problemas que aquejan la justificación meramente interna; dos de ellos se sitúan en la premisa normativa y los otros en la fáctica.

Asís Roig (1995, p. 98), refiriéndose al control de la motivación de las resoluciones judiciales, alude al contexto de descubrimiento, como el procedimiento mediante el cual se llega a la decisión; y, al contexto de la justificación, cual la operación de justificar la decisión mediante las premisas del razonamiento.

Atienza y Ferrajoli (2005, p. 7) resumen el pensamiento de los autores representativos de la teoría estándar de la ARJU, en el sentido de que estos llegan a resultados semejantes por caminos distintos: Maccormick, seguidor de Hart y Hume, pertenece a la cultura jurídica del *common law* y parte de las decisiones de los tribunales para inducir los principios generales sobre los que asienta su construcción; Alexy, partidario de Habermas y exponente de la tradición alemana, toma como referencia la abstracción del discurso práctico general para trasladarlo a la esfera concreta del Derecho. Aarnio y Peczenik defendieron tesis semejantes, sustancialmente, a las de Maccormick; sostuvieron que el Derecho se rige por una razón prudencial, en tanto que su aplicación es susceptible de un análisis racional, en sentido fuerte.

En ese análisis se ilustra que la esencia de las ideas de Aarnio (2008, p. 43) reside en la defensa de la necesidad de desterrar la arbitrariedad en la aplicación del Derecho. Para ello, el autor resalta la importancia de la argumentación de las decisiones, con razonamientos coherentes y bien fundamentados, análisis que se basa en tres aspectos:

- Solidez del tribunal en las decisiones.
- Interés de las partes en conocer las razones de la decisión, como vía para encauzar los recursos.

- Disponibilidad de mejores opciones, en los tribunales superiores, para garantizar la protección jurídica de las partes, cuando los inferiores en grado utilizan argumentos correctos, públicos y coherentes.

Esos estudios han sido desarrollados, incesantemente, en sus nudos fundamentales, por otros autores contemporáneos, dedicados a la teoría o la filosofía del Derecho, quienes incorporan los aportes proporcionados, en diversas ramas, y develan el intrínquilis de la TARJU. Este es un campo harto fértil de la investigación, desde diferentes miradas y perspectivas. En síntesis, de lo examinado hasta aquí se concluye que la ciencia del Derecho no tiene, como único objetivo, la descripción de los sistemas jurídicos y su sistematización, sino que, también, necesita de la valoración de los principios y su ponderación, espacio en el que encuentra realización la TARJU (Nino, 1985, p. 50; Atienza, 2001, p. 12; Alexy, 2007, p. 25).

Para lograr una adecuada argumentación de las decisiones, los juristas y, en especial, los jueces requieren de conocimientos teóricos y reglas lingüísticas que les permitan exponer los aspectos objeto del debate, los puntos de vista discutidos y las conclusiones a las que se arriba, con base en las normas y los principios del Derecho, con tal grado de claridad y suficiencia que lleguen a ser comprendidas por los justiciables y satisfagan sus expectativas de justicia, ya sea que se les conceda el derecho, o no.

García Ramírez (2003) refiere:

En principio, [...] la ARJU] se vincula con diversas ciencias. En particular, guarda una estrecha relación con la retórica —entendida como la ciencia del discurso—, por lo que [...] su conocimiento es indispensable; esto si se toma en cuenta que toda sentencia, como producto trascendental que compendia todas las actividades del juzgador, requiere de un esfuerzo intelectual complejo que se plasma en una argumentación, sin que ello tenga alguna incidencia en la calidad del argumento porque siempre habrá un argumento. (p. 7)

La ARJU, como actividad racional, permite comprender, con mayor claridad, los fundamentos que dan lugar a la solución de un problema; su finalidad se encuentra en la defensa de una postura con razones y argumentos que inciden, también, en el convencimiento de las partes en un proceso.

La TARJU intenta situarse en un punto medio, al reconocer, a la vez, la posibilidad de realizar un análisis racional de los procesos argumentativos y las limitaciones que esta perspectiva presenta en el Derecho. La ausencia o insuficiencia de justificación puede causar una lesión o suponer, al menos, un riesgo para el Estado de Derecho y el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, en la medida en que conculca la confianza que esta deposita en las instituciones; de ahí la relevancia de la temática, máxime cuando se trata del Derecho penal.

Entender cómo se argumentan las decisiones en este terreno y, particularmente, tomando como base los TI, obliga a repasar la manera en que estos instrumentos se incorporan al Derecho interno y al sistema de fuentes jurídico-penales, aspectos que se dilucidan a continuación.

III. FUENTES DEL DERECHO PENAL Y TRATADOS INTERNACIONALES

La relación entre el Derecho internacional convencional y el Derecho penal interno, desde la visión dogmático-penal, cuestiona si los TI pueden constituirse como fuentes del último de estos espacios jurídicos, a la luz de las exigencias que impone el principio de legalidad; a la vez, partiendo de una perspectiva política, se plantea cómo incorporar al ordenamiento jurídico nacional los derechos fundamentales, refrendados en TI y trascendentes al ámbito penal. En este punto, se impone determinar qué fuente formal debe desarrollar la obligación internacional, contraída por el Estado, de penalizar determinado comportamiento, principalmente, si él tiene carácter transnacional.

La Constitución cubana (CRC) solo habilita a la ANPP para dictar la norma que requiere el tratado o modificar una disposición previa —Artículo 8 (2019, p. 72)—, como el CPE (2022, pp. 2557-2696) o una ley especial. Así aconteció, por ejemplo, al promulgarse la Ley No. 93, de 20 de diciembre de 2001, «Contra actos de terrorismo», derogada en la actualidad.

En estrecha relación con lo anterior, emerge otro interrogante, relativo a cuál de las normas deberá ceder, en caso de conflicto entre sus mandatos. La Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, hace

prevalecer el instrumento internacional —Artículo 18 (1969, p. 447)—. Sin embargo, los preceptos 103 y 108 de la CRC (2019, p. 89) consagran el principio de legalidad penal, que limita la aplicación de la norma internacional, en virtud de la supremacía de la carta fundamental. Ello no conlleva a la responsabilidad internacional del Estado, en atención al carácter progresivo que tienen el disfrute de los derechos fundamentales y la interpretación de las normas que los consagran.

A falta de regulación expresa del propio tratado, deben aplicarse las normas internas sobre producción normativa. En el caso de Cuba, ello es viable por conducto de la ANPP, que deberá dictar la ley penal necesaria para la protección de los bienes jurídicos que el tratado resguarda, las conductas que los amenacen o ataquen (delitos), y las sanciones que corresponderá imponer a quienes los cometan.

El Derecho penal reconoce la ley como su única fuente jurídica. La dogmática tradicional se asienta en el principio de legalidad de los delitos y las penas. En esta perspectiva se inscribe Labatut (1995), para quien la «fuente formal del Derecho penal inmediata y única es la ley» (p. 39). La misma opinión expresa Etcheberry (1976), cuando afirma que «[...] no hay más fuente de Derecho penal que la ley. Otras formas de concreción que suelen tener importancia en las demás ramas del ordenamiento jurídico, no son fuentes de Derecho penal» (p. 166). En consecuencia, cabe preguntarse cuál es el rol que pueden desempeñar los TI en el sistema de fuentes jurídico-penales y cómo garantizar la aplicación de sus contenidos en la argumentación de las sentencias de esta naturaleza, cuestiones que se analizarán enseguida.

El proceso de incorporación del Derecho internacional al interno no se materializa de manera unitaria y homóloga en todos los Estados. Esto se debe a las diferencias entre los sistemas que, al efecto, adoptan unos y otros, y a la distinción entre las fuentes reconocidas para los variados ámbitos jurídicos, que conllevan a un funcionamiento heterogéneo del tema.

Según Paniagua (1991) «el instrumento más frecuente utilizado por los Estados para obligarse internacionalmente son [*sic*] los tratados» (p. 931). La incorporación de los TI es la transformación de estos en Derecho interno y equivale a su obligatoriedad en el territorio nacional. Existen varias maneras mediante las que ello puede con-

cretarse —recepción automática, acto formal de producción normativa, publicación oficial—, lo que, en todo caso, queda a la decisión soberana de cada Estado.

La incorporación o recepción del TI es, pues, el acto por medio del cual el Derecho interno admite las normas convencionales, suscritas por el Estado, en el plano internacional. Aunque la recepción es cuestión distinta de la jerarquía normativa, resulta difícil separar ambos asuntos, estrechamente relacionados entre sí. Existen varias posiciones acerca del rango que ocupan tales instrumentos en el ordenamiento jurídico: puede atribuírseles valor supraconstitucional, supralegal o legal; incluso, es posible que se carezca de regulación al respecto.

El sistema que otorga rango supraconstitucional a los TI descansa en el reconocimiento de la primacía de la Constitución, como norma fundamental que rige la organización del Estado, su estructura y funcionamiento, y por encima de la cual no se erige ninguna otra disposición, sea de carácter interno o internacional. El principio de supremacía constitucional coloca la ley de leyes en el nivel superior de la escala jerárquico-normativa y asegura su prevalencia sobre el resto del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con Rodríguez (2018),

en la actualidad, existe consenso en que la Constitución es la ley fundamental de un Estado soberano, pues contiene los principios y valores esenciales de los ordenamientos jurídico y político de una nación. A través de los textos constitucionales, se verifica la conexión entre Derecho y poder [...]. Ni el poder legislativo ni el ejecutivo ni el judicial, ni ningún otro órgano pueden [sic] desentenderse de los principios y mandatos constitucionales, ya que todo Derecho, toda la producción normativa, ha de estar edificado [sic] sobre la base de la Constitución. (p. 25)

La ubicación jerárquica de los TI en los ordenamientos domésticos se torna una cuestión compleja, pues se trata de normas jurídicas que no se generan por los mecanismos internos del Estado, sino que se producen a nivel internacional, aunque ambas actuaciones suponen un ejercicio de soberanía. Esta problemática, además, impacta en la aplicación de los tratados y su eficacia.

En el sistema que confiere rango suprallegal a los TI, estos se ubican por encima de las leyes nacionales y, en virtud de lo dispuesto en las constituciones, prevalecen sobre ellas, mas no sobre la ley fundamental. Esta postura garantiza la supremacía constitucional, pero tiene, como punto débil, el no ofrecer seguridad jurídica, porque, en general, el texto superior no establece qué sucede cuando la ley interna, promulgada con posterioridad a la adopción del instrumento internacional, se opone al mandato contenido en él. La mayoría de los países —sobre todo en América Latina (Quiroga, 1991, p. 71)— se decanta por otorgar a los TI rango legal, de tal suerte que estos no puedan contravenir la Constitución, aunque, de suyo, es posible que se generen antinomias con la ley, por la adopción de alguna que altere las disposiciones del tratado, total o parcialmente.

Ferrari Yaunner (2010) recuerda que

la coherencia presupone la unidad interna del ordenamiento, salvaguardarla implica cerciorarse de que cada nueva norma que se integre a este no contradiga bajo ningún concepto a una norma válida superior que continuará conviviendo con la nueva. Debe existir identidad en su contenido, en el bien jurídico protegido y en la forma en que este se protege, en fin, la nueva regulación no debe generar una antinomia. Por otra parte, tampoco deberán violarse reglas técnicas que propugnen el respeto a la jerarquía de las disposiciones normativas, por lo que la nueva norma no debe derogar en ninguna de sus formas a otra disposición que se encuentre en un escaño superior del ordenamiento. (p. 23)

La solución a esta disyuntiva estará relacionada, también, con el sistema de recepción consagrado en cada país. Cuando una norma interna se contraponga al contenido de un tratado, se podrá exigir responsabilidad internacional al Estado. Por otra parte, en los países que carecen de regulación, el valor que se concede a los TI no aparece determinado, expresamente, o no resulta diáfano. Henríquez (2008), al analizar la jerarquía de los tratados de derechos humanos en Chile, resume:

No existe en la Constitución Política [...] una norma que establezca cuál es la jerarquía de los tratados en general y sobre derechos humanos en particular. Por lo tanto, debe deter-

minarse tal rango por la vía de la interpretación del artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental. La mencionada tarea interpretativa le [sic] corresponde a todos los órganos del Estado, pero especialmente a los tribunales de justicia. La jurisprudencia nacional ha ido integrando al ordenamiento interno las normas y principios [sic] propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconociendo en este último tiempo jerarquía supralegal e incluso constitucional a los tratados de derechos humanos. (p. 73)

Resulta interesante la regulación que han asumido, al respecto, constituciones latinoamericanas como las de Venezuela, Bolivia y Ecuador; la primera de ellas (1999, p. 39) reconoce la prevalencia de la ley fundamental en el ordenamiento jurídico, siempre que su contenido discorra sobre el ejercicio más favorable de los derechos humanos y se garantice el disfrute de estos. La segunda (2009, p. 156), en cambio, da primacía, en el orden interno, a los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos, ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, los que no pueden ser limitados en situaciones de excepción; además, establece que los derechos y deberes, consagrados en la Constitución, se interpretan de conformidad con las normas internacionales vinculadas a los derechos humanos, ratificadas por el Estado.

Similar regulación acoge el último de los textos mencionados (2008, p. 194), pues, aunque establece que los TI ratificados por el Estado se sujetan a lo establecido en él, pondera la aplicación de los principios pro ser humano, no restricción de derechos, aplicabilidad directa y cláusula abierta, establecidos en el propio texto constitucional, para los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. En tal sentido, dicha Carta Magna preconiza que los TI de derechos humanos, ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (p. 202).

Montaña (2012), al tratar el nuevo rol del Derecho internacional en el sistema de fuentes, ofrece algunas consideraciones sobre la situación de la cuestión en América Latina:

[...] En el plano de las transformaciones teóricas producidas por la irrupción del modelo constitucional neoliberal, que ha imperado en los países latinoamericanos desde finales de la década

de los ochenta, uno de los avances más trascendentes respecto de los modelos anteriores fue el reconocimiento de la primacía del Derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas de cada Estado. [...] Se puede observar claramente una línea de desarrollo que reconoce la supremacía del Derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales no referidas a derechos fundamentales. Evidentemente este reconocimiento involucra una transformación radical en el sistema de fuentes del derecho vigente puesto que a la Constitución y a la ley —como fuentes principales del ordenamiento— se incorpora una nueva fuente de creación de normas: el Derecho internacional de los derechos humanos. No en vano, en casi todas las constituciones vigentes de América Latina las normas de Derecho internacional de los derechos humanos se incorporan directamente al orden constitucional, es decir, sin necesidad de ser convertidos [*sic*] en leyes nacionales, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento. (p. 134)

La aplicación judicial de los tratados de derechos humanos, sin lugar a dudas, contribuye a un real nivel de protección —más completo e integral— para sus destinatarios, como parte de los mecanismos de garantía articulados por el ordenamiento jurídico, los que han de estar presididos por la tutela judicial efectiva, de manera tal que se ampare a los individuos en el goce de sus derechos e intereses legítimos.

El control de constitucionalidad de los TI puede ofrecer una solución loable a las problemáticas antes apuntadas. Por esta vía se preservan los fundamentos contenidos en la letra cimera, como expresión de soberanía, al tiempo que se da cumplimiento efectivo a las obligaciones internacionales asumidas. Venezuela (1999, p. 29), Bolivia (2009, p. 76) y Ecuador (2008, p. 203) asignan esa verificación a los órganos de justicia constitucional (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Constitucional Plurinacional y la Corte Constitucional, respectivamente).

Relevante para este análisis es, también, el pensamiento de Guastini (2004, p. 264), referido al tratamiento de las *jerarquías de normas*, el que basa en la dimensión axiológica de estas, concerniente a su *valor*; ello le permite discernir entre principios y normas de detalle, normas

constitucionales comunes y los llamados *principios constitucionales supremos*.

Los intérpretes pueden establecer una jerarquía de este tipo, también, entre un principio y otro. La solución de las tensiones entre principios constitucionales exige, justamente, que se lleve a examen la ubicación de estos, lo que se traduce en un ejercicio de ponderación. Este tipo de relación pudiera tomarse como guía teórica, para privilegiar la aplicación de los TI que contengan valores esenciales y derechos humanos, universalmente reconocidos, y merecedores de especial protección.

En resumen, la aplicación de los TI requiere que la forma de recepción o incorporación de estos al ordenamiento interno esté definida o, al menos, se cuente con las bases para poder interpretarla. De igual manera, se impone tener clara la jerarquía que les corresponde en el sistema de fuentes jurídicas domésticas. En dependencia del sistema de recepción que se asuma —incorporación o transformación—, las autoridades judiciales y administrativas del Estado podrán valerse del tratado, directamente, o precisarán de una disposición normativa, producida a partir de aquel. Ante supuestos en los que se identifiquen lagunas y antinomias, el instrumento internacional tendrá el valor que el Derecho interno le reconozca.

El diseño constitucional contemporáneo se muestra diferente a como era años atrás, por ejemplo, la Constitución chilena (1980) fue modificada, sustancialmente, con la reforma de 1989; en particular, la incorporación de una frase final, al segundo inciso, del Artículo 5, rompió la impermeabilidad con la que el sistema jurídico había sido concebido y aumentó las posibilidades de recurrir a otras fuentes del Derecho para configurar el catálogo de derechos fundamentales (Villabella, 2002, p. 56).

Los tribunales, en tanto órganos estatales, tienen la obligación de promover los derechos refrendados en el texto constitucional, pero, a la vez, han de respetar los contenidos integrados a este, con génesis en los TI. El Derecho internacional encuentra, así, una forma de imbuirse en las normas domésticas, desde la ley fundamental, y, con ello, rompe la reserva normativa interna que acompaña a esta, originalmente. El abandono de las categorías rígidas del Derecho público impone la necesidad de revisar la concepción clásica de la soberanía, propia del Estado tradicional.

El sistema penal garantista precisa que se produzca una lesión a un bien jurídico, merecedor de la protección estatal —principio de lesividad—; este criterio determina la antijuricidad material. Quintero Olivares (2002) da cuenta de que, «si cambia la norma de cultura[,] deberá cambiar también el contenido de la antijuricidad, con lo que lógicamente habrá tantas <antijuricidades> como culturas generen derechos, mandatos y prohibiciones» (p. 18).

Se puede resumir, entonces, que los TI presentan límites para constituirse como fuente de Derecho penal, con respecto a las normas que establecen los delitos y las penas. El principio de legalidad excluye esa posibilidad, pues los tratados no son ley, en sentido estricto. Tal dimensión ha de ser explorada, al menos, brevemente, a lo que se dedican las líneas siguientes.

IV. APROXIMACIÓN DESDE LA LEGALIDAD SUSTANTIVA

Los delitos y las penas se establecen por medio de la ley. Ninguna otra norma puede ser fuente de Derecho penal. El principio de legalidad blinda este ámbito jurídico y cierra el paso al proceso de creación normativa hacia fuentes de jerarquía inferior. Cabría preguntarse, con toda lógica, si tal prohibición operará, también, con respecto a las fuentes superiores, en especial, la Constitución.

En el orden formal, la limitación antedicha solo operaría en sentido descendente. Cabe oponer que la legitimación para crear normas jurídico-penales que fijan delitos y sanciones ha sido confiada, en exclusiva, a la ley, en sentido estricto, y ello excluye a toda otra norma, sea inferior o superior, incluso, la Constitución. Tal disyuntiva obliga a acudir a criterios materiales.

La *supra* citada Convención de Viena estipula que los TI se aplican de forma preferente, con respecto al Derecho interno. Sin embargo, dichos instrumentos no disponen sobre la validez de las normas domésticas, sino que suspenden la aplicabilidad de estas, mientras el tratado esté en vigor. Este análisis permite concluir que, para explicar la posición de los TI en el sistema de fuentes, no basta la argumentación desde el principio de jerarquía normativa. En lo referente al ámbito penal, habrá que adicionar la legalidad sustantiva, como criterio determinante de la incorporación de aquellos, su aplicación

e interpretación, enfoque que se extiende a la dimensión argumentativa judicial.

La reforma legislativa nacional, desencadenada por la CRC (2019, pp. 69-116), introdujo importantes modificaciones para adecuar el Derecho interno a las exigencias de los tratados internacionales, ratificados por el país, en materia penal. De acuerdo con lo expuesto por Reyes (2023, pp. 165-166), se dispone, en la actualidad, de un amplio catálogo de instrumentos a los que han de acudir los juzgadores para afrontar el conflicto y, especialmente, al instante de argumentar sus resoluciones. Aunque la norma a aplicar por el juez, directamente, es la ley sustantiva del Estado —en este caso, el CPE (2022, pp. 2558-2696)—, los TI que motivaron sus previsiones contienen argumentos político-criminales de los que no cabe desentenderse y constituyen un surtidor invaluable, si de justificación se trata.

V. CONCLUSIONES

El Derecho internacional impacta en los sistemas jurídicos internos, que han de incorporar los contenidos de los TI, ya sea directamente o mediante reformas legales.

El principio de jerarquía normativa resulta insuficiente para explicar la posición que los TI ocupan en el sistema de fuentes jurídicas del Estado, una vez que ellos se incorporan al ordenamiento interno. Los principios sistemáticos de las fuentes del Derecho aportan a esa construcción, en particular, en cuanto a lo analizado, el de legalidad penal sustantiva.

La recepción de los TI solamente genera responsabilidad internacional del Estado en situaciones específicas. La vía de incorporación no ha de ser considerada como garantía para el cumplimiento de obligaciones internacionales, por tratarse de un acto soberano, expresado en el Derecho interno de cada país.

El ordenamiento jurídico necesita soluciones normativas que regulen la incorporación de los TI y sus efectos. Prescindiendo de ello, la aplicación de los TI, en materia de Derecho penal sustantivo, está supeditada a que la ley del Estado incorpore en sus previsiones, formalmente, los contenidos de aquellos.

Con todo, la utilización de los TI de orden penal, en la argumentación de las resoluciones judiciales, refuerza la protección de los derechos ciudadanos y la correcta impartición de justicia, a la vez que confiere mayor solidez a los razonamientos, al permitir una mejor comprensión de las bases axiológicas y político-criminales de las normas penales aplicadas al caso.

VI. REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra.
- Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Marcial Pons.
- Atienza Rodríguez, M. (2001). *Cuestiones judiciales*. Fontamara.
- Atienza Rodríguez, M. y Ferrajoli, L. (2005). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. UNAM.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). (Marzo 24, 2000). *GOE*, (5453), 1-118.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril, 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Constitución política de Bolivia. (2009). Tribunal Constitucional Plurinacional. <https://tcpbolivia.bo/2023/02/07/descarga-la-cpe-en-digital/>
- Constitución política de la República de Chile. (2002). En Villabella Armengol, C. M. *Selección de constituciones iberoamericanas*, 56-100. Félix Varela.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ministerio de Defensa Nacional. <https://defensa.gob.ec/constitución-de-la-república-del-ecuador>
- Convención de Viena. (1969). Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala. <https://idpp.gob.gt/convención-de-viena-sobre-el-derecho-de-tratados/>

- Etcheberry, A. (1976). *Derecho penal* (t. 1. 2.^a ed.). Jurídica de Chile. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/29531/31311/98646>
- Ferrari Yaunner, M. (2010). *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba* [tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana].
- Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. (2015). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra.
- García Ramírez, M. (2003). *Argumentación jurídica II: Una propuesta práctica*. Porrúa. <https://corporativojuridico-aragon.com.mx/gallery/argumentaci%C3%B3n%20jur%C3%ADdica%20ii.%20una%20propuesta%20pr%C3%A1ctica%20by%20mar%C3%ADa%20de%20jes%C3%BA%20garc%C3%ADa%20ram%C3%ADrez.pdf>
- Guastini, R. (2004). Proyecto para la voz «Ordenamiento jurídico» de un diccionario. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 264-266. <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.09>
- Henríquez Viñas, M. (2008). Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 73-119. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/256/244>
- Labatut, G. (1995). *Derecho penal* (t. 1, 9.^a ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Ley No. 93, «Contra actos de terrorismo». (Diciembre 24, 2001). *GOR-E*, (14), 63-74.
- Ley No. 151, «Código penal». (Mayo 15, 2022). *GOR-O*, (93), 2558-2696.
- Maccormick, N. (1990). Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico. En Betegón, J. y Páramo, J. de. *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Ariel.
- Montaña Pinto, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

- Nino, C. (1985). *La validez del Derecho*. Astrea.
- Paniagua Redondo, R. (1991). La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español. *Revista Jurídica de Catalunya*, 90(4), 921-952. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/35727>
- Perelman, Ch. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. Díez-Picazo, L.). Civitas. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/download/1923/2180/2182>
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del Derecho*. Trotta. <https://www.trotta.es/libros/apuntes-de-teoria-del-derecho/9788481647761/>
- Reyes, J. M. (Julio-diciembre, 2023). Aplicación judicial de los tratados internacionales. *Justicia y Derecho*, 20(36), 156-173. <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD/article/view/25>
- Quiroga Lavié, H. (1991). *Derecho constitucional latinoamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Rodríguez Fernández, Y. (2018). *El control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Un acercamiento al modelo cubano*. Ediciones ONBC. <https://cuba.vlex.com/vid/control-constitucionalidad-normas-juridicas-849528833>
- Toulmin, S. E. (1958). *The uses of argument*. Cambridge University Press. <https://www.cambridge.org/core/books/uses-of-argument/26CF801BC12004587B66778297D5567C>
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia* (trad. Díez-Picazo, L.). Taurus. <https://dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/dianoia/article/download/1244/1202>

