

Recepción: 29/08/2012
Aceptación: 10/09/2012

Duvi Teixidor*

Sobre el control convencional en la praxis penal internacional y doméstica de los Derechos Fundamentales**

Resumen. Se trata de una aproximación a la dogmática penal internacional, en el ámbito interamericano y europeo, con especial énfasis en el paradigma normativo asumido en la praxis de derechos humanos. El enfoque discurre desde el principio transversal de imparcialidad a la justificación y aplicación del Derecho Penal Internacional de Derechos humanos, mediante la adopción del espiral hermenéutico. En este plano analítico relacional, se arriba al examen de la teoría del caso asumida en distintos ejemplos que consolidan una jurisprudencia principialista, para la efectiva realización de los derechos fundamentales aquí y ahora (Dasein). A partir de esa expresión de sentido, se hace hincapié en las fases del control de convencionalidad a nivel jurisdiccional doméstico e internacional.

Palabras clave. Norma, imparcialidad, principios, convencionalidad, argumentación, dogmática, validez, facticidad, praxis, justicia procedimental imperfecta.

Sumario.

1. Introducción.
2. La argumentación formal. Imparcialidad y justificación o validez normativa.
3. La argumentación material. Imparcialidad y aplicación de la norma (Dasein).
4. La argumentación pragmática. Imparcialidad en el discurso procesal.
 - 4.1 El espiral hermenéutico.
5. Argumentación y hermenéutica en materia de derechos humanos.
 - 5.1 Primer ejemplo: el caso Barrios Altos vs. Perú.
 - 5.2 Segundo ejemplo: el caso Castillo Petruzzi vs. Perú
 - 5.3 Tercer ejemplo: el caso de los asesinatos del Muro de Berlín vs. Alemania.
 - 5.4 Cuarto ejemplo: el caso de las “custodias de seguridad”, vs. Alemania.
6. Interacción “viva” entre el control convencional internacional y doméstico.
7. La imparcialidad institucional como condición necesaria.
8. La tercera vía hermenéutica y argumentativa.
9. Conclusiones.

* Docente: Asistente (Grado 2) de Derecho Penal I y II en la Facultad de Derecho (UdelaR).

** El trabajo que se presenta, es una reformulación para esta publicación, de artículo preparado para la Revista Judicatura No. 52, actualmente en edición.

1 – Introducción.

Esta comunicación, se propone elaborar algunas reflexiones tendentes a significar la importancia de la imparcialidad en el ámbito de la justificación normativa, su aplicación, y la efectiva realización de los derechos humanos en el ámbito procesal, aquí y ahora (Dasein). Para ello, se examinará el estado actual de la discusión en materia de argumentación y su vinculación con la hermenéutica, así como los distintos tipos de argumentación, formal, material y pragmática, los que sólo pueden entenderse en interacción, y no aisladamente. A propósito del examen de cada una de las variantes argumentativas, se explicitará el concepto aplicable de imparcialidad, como principio regulativo de carácter transversal en el ámbito de la teoría de las instituciones, siguiendo las ideas de Erns Tugendhat, Carlos Nino y correctivos de Klaus Günther. Por último, las categorías conceptuales se aplicarán al ámbito de la dogmática y praxis penal internacional en el ámbito interamericano y europeo. El énfasis, se podrá en el control de convencionalidad desde la jurisdicción doméstica en interacción “viva” con la internacional, y sus consecuencias prácticas. Finalmente, se elaborarán conclusiones provisorias, respecto de un tema que convoca nuestra atención diaria en el quehacer jurisdiccional, quedando abierto –por la transitoriedad de los asertos– a la discusión académica.

2- La argumentación formal. Imparcialidad y justificación normativa.

Partiendo de la clasificación argumentativa de Atienza¹, la argumentación formal, puede asimilarse a la verificación de consistencia de la fundamentación, a partir de las reglas de la lógica deductiva, ya sea mediante la conformación de razonamientos deductivos (modus ponens), o abductivos (desde la teoría del caso). Y en este ámbito, de lógica deóntica en el ámbito normativo –a partir de los planteos fermentales de G. H. Von Wright²– se reconduce la racionalidad o justificación de las normas jurídicas que –de acuerdo con la tesis de Günther³– se deduce de las normas morales. Por esta vía, conforme a la estructura prescriptiva de la razón práctica, la imposibilidad de derivar el deber ser (sollen), del ser (sein), resulta una falacia.

En otros términos, el criterio de justificación se expresa por medio de la universalidad del principio moral, con el cual se establece un sentido recíproco universal de imparcialidad, de tal suerte que una norma será imparcial, cuando pueda obtener el consenso de todos, y tal conducta debida, la coincidencia universal con todos los destinatarios. Sin embargo, como el conocimiento de los participantes del discurso jurídico, se da en un tiempo finito y determinado (aporía-Dasein), la dimensión de la justificación, necesitará de la de aplicación, que consistirá en la adecuación de la norma, también conforme al principio de imparcialidad. En esta segunda dimensión, la adecuación de la norma deberá definirse mediante un examen de todas las circunstancias del caso, y de todas las normas eventualmente aplicables al mismo. Este objetivo, se obtendrá mediante el concepto de coherencia, que tiene por finalidad, la constitución de un sentido de la imparcialidad en la aplicación.

En consecuencia, la aplicación será imparcial, cuando coherentemente, se verifique la adecuación entre todas las características o circunstancias del caso, y todas las normas implicadas en el mismo supuesto de hecho. Por tanto, el círculo hermenéutico, es ineludible, debiendo partirse del caso (abducción), y aplicar -antes que el silogismo deductivo- o inducción aisladamente, ambas, en un sentido aristotélico, o más modernamente, de analogía creativa (cfme. Engisch, Hassemer, y Arthur Kaufmann).

3 – La argumentación material. Imparcialidad y aplicación normativa (hic et nunc).

Por su parte, la argumentación material, que implica trasladar criterios sustanciales, y por ende, valorativos en un determinado contexto, nos introduce en la aludida dimensión de aplicación o adecuación, que necesariamente debe hacerse en el “aquí y ahora” de la emisión del juicio jurídico. En este ámbito –como viene de decirse- el principio de imparcialidad, exige la consideración integral y adecuada de todas las circunstancias del caso, conforme a cada norma válida (determinada previo proceso de justificación), que requiere ser ponderada en su interacción con todos los principios o reglas implicados por la situación de hecho relevada (pretendida o asumida). Para esta ponderación imparcial, resulta de interés, la distinción que formula Kohlberg⁴, para la emisión de un juicio jurídico; un estadio pre-convencional, otro convencional, y un tercero pos-convencional u orientado por principios. En los dos primeros estadios, la valoración se basa en necesidades físicas o naturales (pre-convencional), o asunción de roles en base a expectativas producto del acuerdo social (convencional), mientras que en el ámbito pos-convencional, la valoración, se funda en normas, derechos, deberes y principios en común. Es en este último estadio, donde juega el sistema social, la idea de utilidad social, derechos humanos y principios morales considerados universales, entre los que se incluye la idea de justicia. En este sentido, la imparcialidad en la apreciación del mundo normativo y del caso concreto, evita la crítica que podría formularse a Alexy, respecto de una ponderación con criterio imbuido de una ética rigorista con pretensión de validez general. En otros términos, el principio de imparcialidad, debe entenderse como lo hacen Erns Tugendhat y Carlos Santiago Nino⁵, como un principio de valoración para la fundamentación y aplicación normativa. En efecto, la idea de ponderación pura y simple, conduce a un equívoco, porque presupone una medida en común, o un punto de referencia único, a partir del cual se debería tomar una decisión respecto de la vigencia de cada norma. En términos de Alexy⁶, es posible precisar un modelo de ponderación metódicamente, transformando un criterio de ponderación en principio para la solución de la colisión normativa, con lo cual se incurre en el error de incluir en la estructura de la ponderación, un criterio sustancial. Por esa razón, Tugendhat introduce la idea de imparcialidad como criterio de ponderación, esto es, el peso correcto de cada norma, debe determinarse según el principio de imparcialidad, cuya aplicación dependerá de la autonomía individual del juzgamiento. Será violado el referido principio, si al fundamentar la justificación o aplicación normativa, si el interés de un afectado no se hubiere considerado, sin razón, deberán valorarse todos los intereses implicados en el objeto

(caso concreto). Por tanto, el principio de imparcialidad, en el ámbito de la aplicación, se convierte en medida de adecuación a una situación determinada. Alexy, parte de un modelo de ponderación con mandatos de optimización (principios), que disponen, ellos mismos, de una estructura abierta y capaz de adaptarse posibilitando la adecuación con la situación de la vida y con todas las demás reglas o principios aplicables al caso. La prevalencia de un principio sobre otro, dependerá de su importancia. El problema –como se señaló supra- consiste en el peligro de introducir en el momento de determinar la estructura argumentativa, criterios materiales que por si mismos, debería conformar la materia de la argumentación de adecuación. De allí, que Günther, entienda que la contemplación de la contingencia del caso concreto, requiere de la idea de imparcialidad, complementando la de ponderación normativa. En consecuencia, con los discursos de fundamentación y aplicación, podemos descubrir lo que debemos decidir “aquí y ahora”. En el caso de normas indeterminadas y colisión de normas, resulta evidente que la argumentación de adecuación imparcial es inevitable.

4. La argumentación pragmática. Imparcialidad como garantía.

En el ámbito procesal, el discurso jurídico, requiere de la imparcialidad como garantía, ya que el juicio civil o penal, se encamina hacia la búsqueda de la verdad. La necesidad de un juez imparcial, entendida ésta como “terceritá” respecto de los intereses del objeto, resulta imprescindible, y es corolario de la imparcialidad como criterio de ponderación transversal, comprensiva de la justificación y aplicación normativa. La dialéctica entre los participantes, ha llevado a la discusión sobre si con la argumentación jurídica en juicio, se pretende el consenso, o la búsqueda de la verdad material, y esta polémica, tiene incidencia sobre la temática planteada, de modo que requiere de precisiones en distintas esferas.

4.1 De la legitimación del Derecho Penal Internacional.

De acuerdo con la tesis de Luhmann⁷, pueden distinguirse en el sistema social, dos clases de decepción o frustración de expectativas, unas de carácter cognitiva, que se resuelven mediante el código de lo verdadero y falso (*wahr/unwahr*), y las otras de naturaleza normativa, que se definen mediante un código que opera con la distinción entre lo lícito e ilícito (*recht/unrecht*). Por ende, en el ámbito normativo, el código es binario (licitud/ilicitud), *tertium non datur*, no existe una tercera alternativa. Y ello, nos plantea la necesidad de optar entre el consenso, resultado de la razón comunicativa, previa dialéctica entre los participantes, o la verdad como fin último del proceso instaurado para la decisión jurídica. Si el punto de partida –como en Günther- es la razón práctica, la noción de verdad, será la que guiará el proceso, posibilitando que la opción política se concrete a través de la adopción de un criterio universal de validez y aplicación normativa, previo y debido proceso.

4.2 El espiral hermenéutico.

La aplicación de las normas, debe institucionalizarse en procedimientos que posibiliten la consideración de todas las características del caso. Sólo así será posible resolver paradojas aparentes y compatibilizar un Derecho Positivo cambiante con la exigencia general de su validez, conciliando la elección de normas (principios y reglas), con la idea de aplicación imparcial. En este sentido, debe hacerse un análisis, partiendo del caso concreto, y de allí a la norma y viceversa, con una metodología deductivo-inductiva, analógica, que implique valoración de principios (razones de primer grado), y contemplación de las reglas aplicables (razones de segundo grado), en su justa medida. Este círculo hermenéutico referido por Engisch⁸, quien hablaba de la mirada que va del caso a la norma y viceversa, es inevitable. Sin embargo, resulta ajustada la precisión de Hassemer⁹, cuando entiende que en realidad más que circular, la hermenéutica es en espiral, ya que en cada regreso, de la norma al caso, se amplía la mira, posibilitando una solución de mayor calidad jurídica. Esa es la base de la argumentación pragmática. Y esto es así, por cuanto –como lo ha entendido Hart¹⁰–, las reglas jurídicas tienen –en general– una estructura abierta, que permite una solución clara para casos fáciles. Sin embargo, para los casos difíciles, en que juegan principios, será necesaria la valoración del juez, enraizada en la imparcialidad, que tiene un apoyo ineludible en la independencia interna y externa. Será menester –en consecuencia– la argumentación principiología, donde –a diferencia de las reglas– debe existir ponderación y valoración que no lleva a “todo o nada” como en el caso de las reglas, sino que admiten otras alternativas válidas. Esta es la idea de Dworkin¹¹, para quien por la *integrity*, o principio de integralidad, se hace compatible la decisión con todos los principios aplicables, resolviendo la colisión, con el criterio de ponderación. El principio de integralidad en la adjudicación, exige que casos iguales, sean tratados de un modo igual, exige de nuestros jueces, que traten nuestro sistema de normas jurídicas, como un ordenamiento que expresa y respeta un conjunto coherente de principios. Dworkin emplea una figura ficticia, de un juez sobre-humano, Hércules, que en cada caso aislado, logra una interpretación dogmática, construyendo la solución en un contexto de justificación comprensiva de todos los derechos relevantes en una comunidad política. La consecuencia de estos asertos, es que los derechos en colisión, solamente pueden ser armonizados preservando la coherencia, esto es, ponderando los principios que los representan, en base al principio transversal de imparcialidad.

5. Argumentación y derechos fundamentales.

En esta materia, incide en primer lugar, la postura de Kant¹², para quien debemos actuar de acuerdo a una máxima de la voluntad, que pueda constituirse en principio de legislación universal (imperativo categórico). Sin esta idea de universalidad, los derechos humanos no tendrían una vigencia general, ni podrían ser objeto de una normativización uniforme. De allí, la construcción del art. 19 párrafo 2º, de la Constitución alemana, mediante el cual ningún derecho fundamental

puede ser violado en su contenido esencial. En segundo término, resulta de igual trascendencia para la hermenéutica, la concepción de Radbruch¹³, para quien la injusticia extrema no es Derecho, o –en otros términos- la conocida en Alemania como la “fórmula Radbruch”, por la cual la injusticia legal es no derecho. No nos dice qué es el Derecho correcto, sino qué es el derecho incorrecto, por el cómo. Así también, el imperativo categórico de Kant, define al qué del Derecho justificado, por el cómo. Y en última instancia, el criterio de Rawls¹⁴ de utilidad negativa, resulta plausible en materia de derechos humanos, ya que no debemos buscar un equívoco concepto de felicidad para lograr conceptos comunes, sino procurar un utilitarismo negativo. Y en el ámbito del proceso penal internacional, asumiendo que la justicia –en la tipología del autor- se reconvierte en procedimental imperfecta, su legitimación será “a posteriori” por la debida aplicación del test de proporcionalidad, ponderación y mandatos de optimización, refrendados por un efectivo procedimiento adecuado al principio transversal de imparcialidad institucional (normativa y fáctica). Estas ideas, nos conducen al problema de la universalidad de los derechos humanos como soporte argumentativo a nivel de justificación o aplicación normativa y en el discurso procesal (vide análisis de cada ámbito supra 2 y 3). En este orden, Kaufmann¹⁵, afirma que los derechos humanos son generales cuando los pensamos en abstracto, y se hacen tanto más contingentes, cuando se orientan hacia una situación concreta. Esto sucede con el derecho a la vida, que cede en caso de eutanasia, aborto, o aún matanzas bélicas, y el concepto de dignidad humana, que será igualmente un buen argumento para partidarios de la despenalización del aborto (dignidad de la embarazada), como para los partidarios de su criminalización (dignidad del concebido). Por tanto, el contenido esencial de los derechos humanos, ese que no se puede violentar, debe entenderse en sentido relacional, en su magnitud histórica, incondicionalmente debido de ese tiempo y de ese ámbito cultural, son válidos donde sean otorgados en concreto (*hic et nunc*). Para la aplicación de los conceptos reseñados, se acudirá a ejemplos de la praxis, que plantean cuestiones de interés dogmático:

5.1. En el escenario interamericano.

5.1.1 - Primer ejemplo: el caso "Barrios Altos vs. Perú".

La Corte Interamericana, debió entender de la demanda formulada por la Comisión, en autos: “Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, por el asesinato de ciudadanos peruanos, a raíz de sospecha de que pertenecían a un grupo sedicioso¹⁶. En efecto, se trató de la ejecución de personas, que disfrutaban de un festejo realizado en un condominio de Barrios Altos, cuando fueron obligados a tirarse al suelo, y en esa posición, fueron fusilados por un grupo para-militar que investigaba grupos subversivos en la década del 90 (durante el gobierno de Fujimori). En la sentencia en cuestión, la Corte resumió y precisó una serie de criterios para la justificación normativa en el caso, en base a un análisis de convencionalidad de las normas (reglas de Derecho Positivo) dictadas por el Estado Peruano. Entendió que la autoridad o poder doméstico, no era competente para amnistiar crímenes de lesa humanidad tipificados por la comunidad internacional.

Luego, convocó la aplicación normativa internacional solucionando la colisión de principios, postulando la necesidad de persecución penal de conductas consideradas crímenes de lesa humanidad. Privilegió la verdad, por encima de un garantismo formal ético, inaceptable –a criterio de la Corte– al sancionar leyes de amnistía incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, y fuera del margen de apreciación nacional, por razón de competencia. Refirió también la imparcialidad, como principio transversal en la hermenéutica y argumentación, y destacó el debido proceso como argumentación pragmática.

De este modo, dijo:

"41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos."

"42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso."

En esta sentencia, por lo demás, en el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez se habla de la

"convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibile la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores -así como de otros participantes- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales."

5.1.2 - Segundo ejemplo: el caso Castillo Petrucci vs. Perú.

La Corte Interamericana¹⁷, debió expedirse sobre la regularidad de detenciones a raíz de un procesamiento dictado por la jurisdicción nacional peruana por delito de traición a la patria, estando en juego el principio de imparcialidad y su apoyo en el de juez natural, así como los principios de legalidad, no retroactividad de la Ley penal, y debido proceso. En efecto, se trató de un caso en que ciudadanos chilenos, que fueron juzgados en Perú, por un delito de traición a la patria. Se aplicó una ley dictada con posterioridad a la comisión de la conducta, que implicaba además, un cambio o desplazamiento de jurisdicción, de la ordinaria o civil, a la militar y que

adicionalmente, implicaba una decisión por jueces sin rostro, sin admisión de recusación. La Corte, entendió que la imparcialidad en el juzgamiento, se ve afectada al alterarse el principio de juez natural, el que debe entender necesariamente del modo y por criterio atributivo pre-determinado por la Ley formal. No es válida la norma legal dictada con posterioridad, y no resulta aplicable, por violar el art. 8 de la Convención Americana. La figura del juez natural, impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias, esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales (considerando 125). En el caso, la Corte, basada en una argumentación formal, consideró la constelación de principios y reglas, privilegiando la imparcialidad, como principio hermenéutico transversal, que de no verificarse, anula todo pronunciamiento judicial. Se dio preeminencia a los principios por sobre las reglas (normas legales sancionadas por el Estado denunciado), y adhirió al criterio de Alexy, al entender que las reglas (razones de segundo grado, según el criterio funcional de Raz), deben ceder frente a los principios con que entran en colisión, valorándose de acuerdo con el criterio directriz de preferencia por la norma que mayor protección confiera al derecho humano. Constituye entonces, un buen ejemplo de que la mirada desde el caso, y a partir del derecho humano vulnerado, conduce a soluciones que no son imaginables desde un criterio analítico de mera subsunción del supuesto de hecho (tatbestand) en la norma (typus).

5.2 – En el escenario continental europeo.

5.2.1- Tercer ejemplo: el caso de los asesinatos en el Muro de Berlín vs. Alemania.

El Tribunal Europeo de derechos humanos (Tribunal de Estrasburgo), debió entender de la demanda por presunta violación de normas internacionales contra el Estado Alemán, a raíz de condenas nacionales a soldados y altas jerarquías (“Guardianes del Muro”-“Mauerschützen”) por homicidios a personas que intentaban huir de la RDA (antes de la caída del Muro). Para ello, el Tribunal hubo de expedirse sobre la justificación y aplicación de las normas (reglas de Derecho Positivo) vigentes en esa época (anterior a 1989), realizando un análisis de convencionalidad y aplicación normativa en el caso concreto *hic et nunc*.¹⁸ En efecto, los órganos jurisdiccionales alemanes coincidieron en sendas condenas en sus distintas instancias. Así, el Tribunal estadual de Berlín (sentencia de 16 de setiembre de 1993), la Corte Suprema Federal (26 de junio de 1994), el Tribunal Constitucional Federal Sala Segunda (24 de octubre de 1996), fallaron en el “caso Strelez, Kessler, Krézn y otros”, pronunciándose a favor de la punición de las conductas de los guardianes del Muro, soldados y altos funcionarios (autores inmediatos y mediatos de homicidio), en base a la “fórmula Radbruch” aludida supra 5. Más precisamente, los Tribunales nacionales alemanes, entendieron que la justificación de la muerte del fugitivo, permitida por el Derecho Positivo entonces vigente en la RDA, debe ser declarada ineficaz a causa de su agresión abierta e insoportable contra los mandatos elementales de justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional. Por tanto, la prohibición de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Federal, no rige con carácter absoluto en todas las situaciones, y en particular, no es

aplicable a los homicidios del muro de Berlín. Por su parte, el Tribunal Constitucional, desestimó la demanda por eventual inconstitucionalidad en la aplicación del Derecho. Y en último término, el Tribunal Europeo de derechos humanos, consideró que las condenas dictadas por el Estado Alemán, no violaron normas de Derecho Internacional, y consideró que la práctica estatal como la política de frontera de la RDA, que flagrantemente viola los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida –que es el valor supremo en la jerarquía internacional de derechos humanos– no puede ser descrita como “derecho” en el sentido del art. 7 de la Convención. Por consiguiente, el Tribunal de Estrasburgo, postulando la aplicación *hic et nunc* del bloque normativo de derechos humanos, legitimó las condenas a los guardianes del muro y las jerarquías que consintieron (por acción u omisión) los homicidios, por un fallo aprobado por unanimidad. De tal suerte, la argumentación, no fue sólo formal, sino también material, en cuanto se sustentó en la universalidad del contenido esencial de los derechos humanos, y la necesidad de que la aplicación normativa, sea en su contexto, con la necesaria inclusión del dato sociológico¹⁹.

5.2.2- Cuarto ejemplo: El caso de las medidas de custodia de seguridad vs. Alemania.

Las medidas de custodia de seguridad (equivalente a nuestras medidas de seguridad eliminativas, aditiva de la pena), en Alemania, se habían fijado con un máximo de diez años, para crímenes graves (homicidio, violación), y cuando una evaluación profunda del imputable y su delito, demuestre peligrosidad para la comunidad, incluso después del fin de la condena de prisión. En 1998, el legislador derogó el plazo máximo de diez años, y previó que la custodia de seguridad puede ser impuesta por tiempo ilimitado, librado a criterio discrecional del juzgador, y determinó además, que esta solución, sería aplicable a casos ya sentenciados. La legitimidad de la disposición legal, fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que asumió una argumentación “botánica” (formal), en feliz expresión de Markus Dubber, y entendió que no violaba la no retroactividad, ya que: “...el ámbito de aplicación (del principio de irretroactividad de la Ley Básica Alemana), está restringida a acciones del Estado que signifiquen una reacción gubernamental desaprobando un comportamiento culpable. Otras reacciones del Estado no son afectadas por el principio de irretroactividad de la ley alemana. La custodia de seguridad como una medida preventiva no está afectada por dicho principio, aunque ella se imponga a causa y (sólo) con motivo de un delito...”. Resumiendo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA), consideró que el efecto de una pena es represivo. La custodia de seguridad no tiene efecto represivo, por eso no es pena. Cuando se prolonga el tiempo de la custodia de seguridad, no es contra la máxima “*nulla poena sine lege praevia*”. La lógica de esta deducción es concluyente y convincente. No se pregunta por el efecto de la custodia de seguridad y por el resultado de su aplicación. Toda esta argumentación corresponde a la taxonomía de las sanciones del derecho penal alemán, que distingue entre penas y las así llamadas “medidas de corrección y seguridad”. Una pena, tiene como presupuesto la culpabilidad del acusado y se castiga al autor del delito por su comportamiento perjudicial. Una medida de corrección y seguridad puede ser ordenada también cuando el comportamiento del

causante no fuera culpable, por ejemplo, un autor de un delito, mentalmente enfermo, puede ser internado en una institución psiquiátrica, pero eso no representa una pena en el sentido dogmático. Planteado el caso en instancia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la argumentación fue analítica (material, no botánica o formal), y dijo: "...la custodia de seguridad es semejante a una pena privativa de libertad...la manera y facilidades de alojamiento de la custodia de seguridad por un lado y de la pena privativa de libertad normal por el otro, no se distinguen esencialmente. Además, viendo la situación de las personas que se encuentran en custodia de seguridad, el Tribunal no puede expresar su acuerdo con el argumento del gobierno alemán de que la custodia sirva solamente a un fin preventivo y no a un fin penal. El Tribunal, toma en cuenta que no existen medidas especiales para las personas en custodia de seguridad que tengan como objetivo disminuir el peligro producido por ellos. Se podría decir que las condenas existen en primer lugar por los objetivos penales, mientras que las medidas de corrección y seguridad sirven ante todo para la prevención, pero es obvio que los objetivos de estas sanciones son inseparables. Además, por su duración ilimitada, la custodia de seguridad puede ser considerada como una pena adicional por el crimen cometido por la persona afectada y por eso, la medida de custodia de seguridad incluye un elemento de intimidación...". En definitiva, no aceptó la definición deóntica del TFCA, de acuerdo con la que una "pena" se ordena "por" un crimen, y no sólo "con motivo" del mismo. Actualmente, el TFCA, se ha sometido a ese fallo, asumiendo la interpretación consecuencialista del TEDH, en relación a la aplicabilidad –en el *thema decidendi*– de la Ley Constitucional Alemana²⁰.

6. Interacción "viva" entre el control de convencionalidad doméstico e internacional.

En lúcida exposición, Nogueira Alcalá, destacó la jurisprudencia reciente en materia de control difuso de convencionalidad por parte de la jurisdicción doméstica, en interacción "viva" con las decisiones internacionales²¹. La doctrina del control difuso de convencionalidad, surge en 2006, en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile"²². La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dijo que: "...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. Luego, reiteró el precedente citado, con ciertos matices, dos meses después, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú²³, y precisa dos aspectos: (i) procede "de oficio", sin necesidad de que las partes lo soliciten, y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia. Posteriormente, la doctrina se fue consolidando, y en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México²⁴, consideró que: "...todos los órganos aplicadores, incluidos los jueces, deben controlar la convencionalidad de las normas, esto es, tienen la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, deben tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana,

intérprete última de la Convención Americana...” (cfr. párr. 225 de la providencia citada). En este caso, la Corte Interamericana, sustituye la expresión “Poder Judicial” que utilizó en el leading case “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006), para ahora, referir a “todos sus órganos...” incluidos sus jueces, que deben velar por el efecto útil del Pacto, sin importar la jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. El control difuso de convencionalidad, es entonces, una de las manifestaciones del proceso de internalización de categorías constitucionales. Si bien la Corte Interamericana conserva su calidad de “intérprete último” de la Convención Americana, el control difuso convierte al juez nacional en juez interamericano, en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH. Se instaura, desde luego, una nueva “misión”, de salvaguarda del “corpus iuris” interamericano a través de este nuevo control. De esta manera, el bloque de constitucionalidad, queda conformado y enriquecido con el bloque de convencionalidad, y como elemento hermenéutico, se incorpora la jurisprudencia convencional. El grado de intensidad del control difuso de convencionalidad, disminuirá donde –como en nuestro país- no se permite el control difuso de constitucionalidad, ya que los jueces carecen de competencia para inaplicar la ley por inconstitucional. Sin embargo, puede hacerse una interpretación conforme, de acuerdo a la directiva hermenéutica de preferencia, respecto de la norma que proteja mejor el derecho humano vulnerado (mandato de optimización). En otros términos, los jueces no podrán dejar de aplicar la norma, debiendo en todo caso, realizar una interpretación conforme no sólo a la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Al realizarse el examen de compatibilidad convencional, el juez nacional debe siempre aplicar el principio “pro homine” (previsto en el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica), que implica “inter alia”, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista interpretación convencional posible, si el juez carece de facultades de desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma, o en su caso, plantear la duda de inconventionalidad ante otros órganos (la Suprema Corte de Justicia en nuestro sistema), que pueden ejercer el control de convencionalidad con mayor densidad y declarar la invalidez de la norma por inconventional. Lo que no admite la jurisprudencia interamericana, es que no exista un órgano competente para declarar la inconventionalidad, ya que ello implicaría responsabilidad internacional²⁵. En síntesis, el control de convencionalidad: (i) debe hacerse de oficio, sin necesidad de que sea invocado por las partes, en tanto rige el principio “iuria novit curia” (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional), (ii) el parámetro para el control, será el bloque de convencionalidad, no solamente el tratado (Pacto de San José), sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana²⁶, por cuanto el “corpus iuris” de derecho internacional de derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), (iii) el resultado, consiste en dejar sin efectos jurídicos aquellas interpretaciones inconventionales o las que sean menos favorables en el caso particular, inaplicando la norma, de acuerdo con las atribuciones del juez que realice dicho control.

7- La imparcialidad como condición necesaria.

El efectivo control de convencionalidad, exige la imparcialidad institucional, que legitima las decisiones jurisdiccionales (ya sea imparcialidad individual o general, en el ámbito fáctico y normativo, en el entendido de Tugendhat, Nino y Günther supra citados). Esta ha sido preocupación de la Corte IDH y de la Comisión IDH. En efecto, por una parte, la Comisión, ha entendido que ²⁷: (i) "...La Comisión considera de especial importancia que los Estados protejan a los operadores de justicia de...toda afectación que directa o indirectamente vulnere su independencia e imparcialidad..." (párr. 353). "...En vista de la grave situación en que se encuentran...en particular jueces y juezas, la Comisión ha decidido analizar en una sección las garantías que deben acompañar al ejercicio de la actividad jurisdiccional de conformidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos..." (párr. 354). (ii) "...En virtud de la garantía de la independencia desde el punto de vista institucional los juzgadores que hacen parte de la función jurisdiccional del Estado deben ejercer sus funciones sin ser objeto de injerencias indebidas por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes en el proceso, los actores sociales, y otros órganos vinculados a la administración de justicia. De acuerdo con los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, la independencia es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de un juicio justo..." (párr. 357). (iii) "...Uno de los objetivos de la inamovilidad es ejercer la función judicial con la libertad necesaria para fallar estrictamente en derecho. Para que esta garantía sea posible, los jueces deben contar con (a) la facultad de interpretar y aplicar las fuentes del derecho y (b) la facultad de evaluar con libertad los hechos y las pruebas...las investigaciones y sanciones disciplinarias que se impongan a un juez o jueza, en ningún caso pueden estar motivadas en el juicio jurídico que se hubiere desarrollado en alguna de sus resoluciones..." (CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de Ana María Ruggeri Cova. Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela. Caso 12.489, 29 de noviembre de 2006, párr. 86).

Por otra parte, la Corte Interamericana ha indicado que: "...aún cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse, al someter al juzgador que hubiere cometido ese error a un procedimiento disciplinario, que exista una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria y debe examinarse en todo caso cuál es la gravedad de la conducta y aplicar una sanción proporcional..." (Corte I.D.H. Caso Apitz Barbera y otros –Corte Primera de lo Contencioso Administrativo- vs. Venezuela. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 86).

8 – La tercera vía hermenéutica y argumentativa.

Es preciso escapar del dilema: o la petrificación social del derecho a través del pensamiento

ontológico, codificado y estático, por una parte, o una total fungibilidad del derecho a través de un pensamiento funcional no ontológico y dinámico. Esto es posible, al descubrir el ámbito interhumano en que se inserta el derecho, una realidad no manipulable arbitrariamente, constitutiva de identidad. Lo que se busca –como lo entiende Arthur Kaufmann²⁸– es la ontología de la persona, la ontología del derecho ha de construirse como ontología relacional-personal. Así, Werner Maihofer²⁹ pudo definir el orden jurídico como un conjunto de correspondencias, que no está libre de valoraciones, y resulta perfilado siempre en cada tiempo y situación. El método, no será solo deductivo o exclusivamente inductivo, sino una conmixción de ambos, a través de la analogía con un discurrir del caso a la norma y viceversa, en forma de espiral hermenéutico. Y la argumentación, solo será válida en la medida de su fuerza persuasiva por combinación de sus distintas variantes: formal, material y pragmática. Para ello, también el arsenal de medios hermenéuticos podrá interactuar adoptando: a) la forma de interpretación previsoras en el límite entre lo jurídico y político judicial (caso Naftalin vs. King-EE.UU.³⁰), b) reinterpretao cuestiones tradicionalmente no justiciables (caso Zamora Bolaños-Costa Rica³¹), y c) obteniendo resultados extensivos o restrictivos de “concepciones” (distintas de los “conceptos”), en la terminología de Dworkin. De este modo, el límite, no será la dura y pura ley, sino la constelación de normas y principios en el marco constitucional y de Derecho Internacional de derechos humanos en su integralidad, con aplicación del principio transversal de la imparcialidad, tan ineludible como el círculo hermenéutico que determina el qué a través del cómo (hic et nunc).

9 – Conclusiones:

La justificación, aplicación de la norma jurídica, y su adecuación al caso concreto, previo discurso procesal, solo es posible con aplicación del principio transversal de imparcialidad en sus distintas variantes en cada estadio de determinación normativa.

Debe distinguirse el estadio de conocimiento -en que juega un rol preponderante la verdad o falsedad-, del estadio normativo, en que el dualismo se concreta en licitud-ilicitud.

Las variantes de argumentación formal, material y pragmática, deben interactuar con la finalidad de lograr la persuasión teniendo presente que el auditorio, trasciende el ámbito dialéctico procesal.

Los medios interpretativos deben combinarse, para que en el “país de la interpretación” –al que señala Sagüés³²– el producto jurídico, condiga con la justicia del caso concreto, en el entendido de la fórmula Radbruch.

El cambio de anteojos debe referirse no solo al análisis formal de justificación, sino también al ámbito material de la aplicación aquí y ahora, partiendo del derecho humano violado, y las circunstancias del caso concreto.

Para la obtención de la solución jurídica de cada asunto, habrán de combinarse la deducción e inducción como método argumentativo, constituyéndose en hermenéutica analógica con forma de espiral (desde el caso a la norma, y viceversa).

El control de convencionalidad difuso “ex officio”, exige la efectividad del principio transversal de imparcialidad institucional, tanto en el ámbito normativo como fáctico, de acuerdo con los estándares internacionales de independencia externa e interna. Solo de ese modo, los jueces sin distinción de grado y categoría podrán efectuar interpretaciones conformes con inaplicación normativa, y en caso de incompatibilidad absoluta (con carácter residual y de última ratio) elevar actuaciones para ante la Suprema Corte de Justicia.

El criterio directriz, será –adhiriendo a Alexy y Dworkin- la selección de la norma que mejor proteja el derecho humano -en la constelación integral de principios y reglas- fundamentada en el principio transversal de imparcialidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai, Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el Muro, Revista de Ciencias Penales, Vol. 4, 2001-2002, Madrid, pp. 149-164.

ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, Editorial Gedisa, 1ª. Edición, Barcelona, 1993.

ATIENZA, Manuel, El Derecho como argumentación, Editorial Ariel, Barcelona, 2006.
Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica, Editorial Palestra, Lima, 2006.

DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.
El Imperio de la Ley, Cambridge-Massachusetts-Londres, Harvard, 1986.

ENGISCH, Karl, Estudios sobre lógica jurídica, 3ª. Edición, Heidelberg, 1963.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, 7ª. Edición, Trotta, Madrid, 2005.

GÚNTHER, Klaus, Teoría de la Argumentación Jurídica en el derecho y la moral: justificación y aplicación, Editorial Landy, San Pablo, 2004.

HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

HASSEMER, Winfried, Situación de hecho y tipo, Colonia-Berlín-Bonn y München, 1968.

HART, H.L.A., Proscriptum, en La Decisión Judicial, Editorial Siglo del Hombre, 5ª. Reimpresión, 2005.

KANT, Immanuel, Crítica de la razón pura (Kritik der reinen Vernunft), Editorial Losada, Buenos Aires, 1938.

KAUFMANN, Arthur, Hermenéutica y derecho, Editorial Comares, Granada, 2007.

KOHLBERG, Lawrence, Estados morales y moralización: un abordaje cognitivo, en Ensayos de sobre

el desenvolvimiento moral. La psicología y el desenvolvimiento moral, Editorial Harper and Row, San Francisco, 1984.

LUHMANN, Niklas, La codificación del sistema jurídico, en Teoría del Derecho, 1986.

MAIHOFER, Werner, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956.

NINO, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del Derecho", Editorial Ariel, Barcelona, 11ª. Edición, 2003.

RADBRUCH, Gustav, Kulturlehre des Sozialismus, Ed. De Armin Kaufmann, 4a. Edición, 1970.

RAWLS, John, Ein Entscheidungsverfahren für die normative Ethik, München, 1982.
Von Habermas zu Rawls, Editorial L. Kern y H. P. Müller, 1986.

TUGENDHAT, Ernst, Será posible aprender moralmente con la experiencia, en Problemas éticos, Stuttgart, 1984.

VIGO, Rodolfo Luis, La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

REFERENCIAS

¹ Manuel Atienza (2006) "El Derecho como argumentación", Editorial Ariel, Barcelona, España, ps. 80 y sgs. *Vid* también : "Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica", (2006, 2ª. Edición), Editorial Palestra, Perú, ps. 43 y sgs.

² Daniel González Lagier (1995) "Acción y Norma en G. H. Von Wright", Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 490-513.

³ Klaus Günther (2004). "Teoría de la Argumentación en el Derecho y la Moral: Justificación y Aplicación". Editorial LANDY, San Pablo, Brasil, ps. 171-172, 359 y sgs.

⁴ Lawrence Kohlberg (1984) "Estadios morales y moralización: Un abordaje cognitivo", en Ensayos sobre el desenvolvimiento moral. La psicología y desenvolvimiento moral, Harper and Row, San Francisco, v. II, p. 170 y sgs., citado por K. Günther, *ibidem*, p. 191 y sgs.

⁵ Ernst Tugendhat (1984) "Será posible aprender moralmente con la experiencia", en "Problemas éticos", Stuttgart, p. 87 y sgs., citado por K. Günther, *ibidem*, p. 331.

Carlos Santiago Nino (1980) "Introducción al análisis del Derecho", Editorial Ariel, Barcelona, 11ª. Edición 2003, p. 410

⁶ Robert Alexy (1993) "El concepto y la validez del derecho", Editorial Gedisa, 2ª. Edición 2004, Barcelona, España, ps. 205-206.

⁷ Niklas Luhmann (1986) "La Codificación del sistema jurídico", en "Teoría del Derecho", p. 194, citado por K. Günther, *ibidem*, p. 385.

⁸ Karl Engisch (1963) "Estudios sobre lógica jurídica", 3ª. Edición, Heidelberg, Alemania, ps. 14 y sgs.

⁹ Winfried Hassermer, *ibidem*, p. 104

¹⁰ H.L.A. Hart (2005) "Postscriptum", en "La decisión judicial", Siglo del Hombre Editores, 5ª. Reimpresión, Bogotá, Colombia, ps. 135 y sgs.

¹¹ Ronald Dworkin (1984) "Los derechos humanos en serio", Frankfurt am Main, Alemania, ps. 62 y

sgs. (1986) “El imperio de la Ley”, Cambridge-Mass-Londres, ps. 165 y sgs., citado por K. Günther, ibídem, ps. 408 y sgs.

¹² I. Kant “*Kritik der reinen Vernunft*”, Editorial de la Academia, p. 54.

¹³ Gustav Radbruch (1949) “*Kulturlehre des Sozialismus*”, 4ª. Edición de A. Kaufmann (1970), Alemania, p. 79.

¹⁴ John Rawls (1982) “*Ein Entscheidungsverfahren für die normative Ethik*”, München, Alemania, ps. 124 y sgs., Vid también L. Ker (1986) “*Von Hebermas zu Rawls*”, editado por L. Kern y H. P. Müller, ps. 83 y sgs., citado por Arthur Kaufmann “*Hermenéutica y Derecho*”, p. 194.

¹⁵ Arthur Kaufmann (2007) “*Hermenéutica y Derecho*”. Editorial Comares, Granada-España, ps. 197 y sgs.

¹⁶ Sentencia del 14/III/2001.

¹⁷ Sentencia de 30 de mayo de 1999.

¹⁸ Sentencia de 22 de marzo de 2001, en el caso Strelez, Kessler y Kréncz vs. Alemania (presentaciones Nos. 34044/96, 35532/97 y 44801/98).

¹⁹ Rodolfo Luis Vigo “La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)”, Editorial La Ley, Reimpresión 2006, pp. 73-135. En igual sentido Kai Ambos “Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales del Muro, Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales Vol. 4, 2001-2002, pp. 149-164

²⁰ Cristoph Burchard “Presentación en el marco de la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana el 6 de setiembre de 2011, en Göttingen, Alemania” (versión inédita).

²¹ Humberto Nogueira Alcalá “Exposición en la Asociación de Magistrados del Uruguay, el 13 de octubre de 2011 (versión inédita).

²² Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs 123 a 125.

²³ Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128.

²⁴ Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22

²⁵ Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” de 26 de noviembre de 2010, párr. 40.

²⁶ Opinión Consultiva OC-16/99 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

²⁷ Segundo informe de esa Honorable Comisión, publicado el 06 de marzo de 2012, en lo atinente a la imparcialidad e independencia.

²⁸ Arthur Kaufmann, ibídem p. 171.

²⁹ Werner Maihofer (1956) “*Vom Sinn menschlicher Ordnung*”, p. 64.

³⁰ Sentencia dictada por la Corte Suprema de Minnesota (EE.UU.), citada por Néstor Pedro Sagüés, “La Interpretación judicial de la Constitución”, p. 93.

³¹ Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, de 08/IX/2004, que –restrinjiendo el ámbito de las denominadas “*political questions*”– dejó sin efecto la incorporación de ese país a la coalición contra Irak. Vid: Néstor Pedro Sagüés (2005) “El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial”, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, ps. 285 y sgs.

³² Néstor Pedro Sagüés (2008), clases de la Maestría en Derecho. UCUDAL. Edición 2009 (inédita).