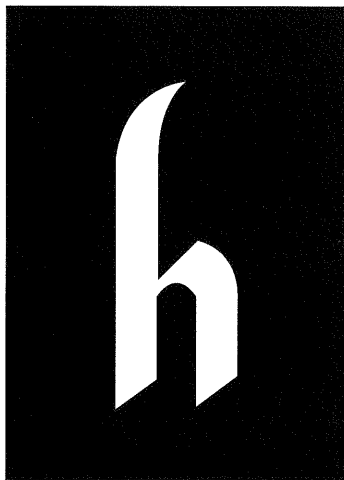




Concepto
y diagramación de
Fernando Lucas Depalma



www.hammurabi.com.ar

h

El CCCN y su incidencia en el Derecho penal

ZAFFARONI ■ HERRERA DIRECCIÓN

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI ■ MARISA HERRERA DIRECCIÓN

El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho penal

Impacto del Derecho civil y comercial en el
Derecho penal desde la perspectiva constitucionalizada

MATÍAS BAILONE ■ JUAN MANUEL LEZCANO COORDINACIÓN

EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CCCN. PRINCIPIOS GENERALES: LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PRIVADO; LA DIVERSIDAD CULTURAL.

PERSONA: ADOLESCENTES, PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD E INTERNACIONES POR ADICCIONES; AUTONOMÍA PROGRESIVA Y ABORTO PERMITIDO; BIOTECNOLOGÍAS.

RELACIONES DE FAMILIA: NUEVAS FORMAS DE FAMILIA; VIOLENCIA FAMILIAR; LA «RELACIÓN DE PAREJA» DEL ART. 80, INC. 1º DEL CP Y LA «UNIÓN CONVIVENCIAL» DEL CCCN; FEMICIDIO.

CUESTIONES PATRIMONIALES: BIENES; CONTRATOS; SOCIEDADES; DERECHO DEL CONSUMIDOR; SANCIONES A PERSONAS JURÍDICAS



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

Los tratados de derechos humanos como fundamento del derecho privado

✦ Su vinculación con el dispositivo penal: nueve efectos concretos

GUSTAVO ARBALLO *

§ 1. Los tratados de derechos humanos y su carácter de norma «fundamental»

El carácter “fundamental” de los tratados de derechos humanos presupone un *prius* ontológico, que tiene su correlato en una jerarquía que se ubica por encima de las leyes. Sobre este último aspecto es bien conocida la diada de argumentos normativos: desde el plano del derecho internacional, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, argumento este último desarrollado en el seminal caso “Ekmekdjian c. Sofovich” de 1992¹; desde nuestro derecho doméstico, el art. 75, inc. 22 de la CN, introducido en la reforma constitucional de 1994, que establece la equiparación de ciertos tratados de derechos humanos con rango constitucional, y sienta con carácter general la superioridad jerárquica de los tratados frente a las leyes nacionales.

Esto implica entenderlos no como un plexo de premisas que empiezan a jugar “luego” o “aparte” de las normas legales, como una suerte de *ultima ratio*, o de fuente *supletoria* o *residual*, para cubrir “vacíos”, o para resolver dudas interpretativas, sino que son especialmente una fuente *principal* y *fundante* que opera con plena carta de ciudadanía “dentro” del ordenamiento positivo.

Para discernir las variantes y formas en que se desarrolla esta influencia en el campo del derecho penal es necesario inventariar y describir nueve efectos concretos —la lista no es exhaustiva, y puede haber cierta superposición y solapamiento entre ellos—.

* Profesor de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Secretario de Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa.

¹ CSJN, 1992, “Ekmekdjian c. Sofovich”, *CSJN-Fallos*, 315:1492.

§ 2. Efecto de valoración

Los tratados de derechos humanos tienen una naturaleza distinta a la de otros productos imperativos u ordenatorios: tienen un sustrato fuertemente valorativo. Contienen en buena medida una axiología positivizada, disponible para ser usada en el desarrollo de la argumentación y la hermenéutica. Suponen, como dice Zaffaroni, el establecimiento de una antropología jurídica mínima² y su aplicación no puede quedar desvinculada de esta concepción principialista que es tronco común de derechos y obligaciones.

Es este un mandato para el legislador, que piensa la normativa en abstracto y en general, pero también para el juez, que puede ser visto como el legislador del caso concreto y singular. Al tiempo que vemos una vinculatoriedad que puede parecer difusa por la textura abierta de sus términos, inscriptos con lenguaje de principios y en forma de mandatos de operatividad derivada, pero esa genericidad connota también su amplio espectro y su versatilidad. Robert Alexy ha señalado que los derechos fundamentales regulan con *rango máximo*, y *máxima fuerza jurídica*, objetos de *máxima importancia*, con *máximo rango de indeterminación*³.

La conjugación de estos "máximos" es un trabajo hermenéutico peculiar y valioso, que para no incurrir en inconsistencias debe solventarse con un desarrollo sustentable de las premisas y principios contenidos en los tratados de derechos humanos.

§ 3. Efecto de expansión

El efecto más visible de los tratados de derechos humanos es el de suplementar la cúpula del ordenamiento con un importante *corpus* de derecho escrito, enriquecido y afinado por la doctrina de los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Un documento de extensión breve como la Constitución Argentina pasa a tener una foliatura respetable cuando se la ve desplegada con todos sus apéndices incorporados por la jerarquía constitucional asignada a los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22). Y ese volumen se duplicará luego varias veces si consideramos también allí incorporados —como de hecho lo están— los productos hermenéuticos asociados a cada tratado: así, por ejemplo, la incidencia de la jurisprudencia de tribunales internacionales como la Corte Interamericana (interpretando la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su jurisdicción contenciosa y consultiva), de órganos de aplicación no jurisdiccionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de las Observaciones Generales del Comité de

² Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2002, p. 203.

³ Alexy, "Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático", trad. de García Figueroa, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Carbonell (comp.), 2003, p. 31.

Derechos Humanos de las Naciones Unidas (interpretando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En la práctica, esta cúpula expandida no tiene efectos simbólicos, meramente declarativos o, como ha puntualizado cierta doctrina, de sentido "redundante", sino que genera exigencias de implementación que causan —en forma directa o indirecta— movimientos simultáneos de ampliación, corrección y reducción del derecho penal.

§ 4. Efecto de convencionalización

En el marco del pasaje del Estado *legal* de derecho al Estado *constitucional* de derecho, la Constitución no aparece ya como un plan político, de naturaleza más o menos programática, sino como un texto exigible, directamente invocable, jerárquicamente rector y eminentemente operativo. Así oímos hablar de "constitucionalizaciones": es paradigmática la referencia constante a "la constitucionalización del derecho civil" que es adoptada como lema por los codificadores argentinos en su último producto, el Código Civil y Comercial que entró en vigor en 2015. "Constitucionalizado", el derecho sectorial es recalibrado como un producto no autosuficiente ni independizado del ordenamiento, vale decir como un subsistema instrumental y no como un fin en sí mismo, aspecto cuya relevancia incide en el efecto de "desfragmentación" que veremos más adelante.

El segundo grado de la "constitucionalización" es el de la "convencionalización", y si al primer momento le correspondía el "control de constitucionalidad", a este le corresponde el "control de convencionalidad", concepto adoptado por la Corte Interamericana en el caso "Almonacid" de 2006. Esto se deriva del art. 2° de la CADH que marca el "*Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*", por el cual: "*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*". De allí surgen los colorarios que la Corte Interamericana elabora en dos párrafos de la sentencia:

"123. La descrita obligación legislativa del art. 2° de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1° 1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido

de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el art. 1º.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁴.

Es importante subrayar que el control de convencionalidad —receptado a su turno por la Corte Suprema argentina en el caso "Mazzeo"⁵— puede trascender y superar el paradigma de validación/invalidación de normas. Al considerar que la obligación de implementación se debe traducir en "medidas legislativas o de otro carácter" se abre la puerta para un espectro de intervenciones judiciales correctoras que propician una reconstrucción de las normas locales.

Al respecto, el tránsito muestra una doble vía. Por un lado, la jurisprudencia de la Corte argentina ha evolucionado intensificando el sentido de vinculatoriedad que asigna a la doctrina de los precedentes interamericanos. En un primer período, nuestro Máximo Tribunal la concibió como una "guía de interpretación", mientras que a partir de 2004 —línea iniciada concretamente en el caso "Arancibia Clavel" de ese año⁶— la considera como una "pauta insoslayable".

En esta senda, en el caso "Rodríguez Pereyra" de 2012⁷, la Corte recoge lo dicho por la Corte IDH en el caso "Fontvecchia y D'Amico v. Argentina" del año anterior⁸

⁴ Corte IDH, 26/9/06, caso "Almonacid Arellano y otros v. Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁵ CSJN, 2006, "Mazzeo", CSJN-Fallos, 330:3248.

⁶ CSJN, 2004, "Arancibia Clavel", CSJN-Fallos, 327:3312. Esta línea se replicaría luego en los casos "Simón", de 2005 y "Mazzeo", de 2007.

⁷ CSJN, 2012, "Rodríguez Pereyra", CSJN-Fallos, 335:2333. Para un examen crítico del control de constitucionalidad de oficio y de acotaciones ulteriores de la Corte a esta doctrina, véase Laplacet, *Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina*, LL, "Suplemento Constitucional", ago. 2015; ejemplar del 3/8/15.

⁸ Corte IDH, 29/11/11, caso "Fontvecchia y D'Amico v. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas.

para hablar de la facultad judicial de ejercer un control de convencionalidad de "oficio", característica que debe entenderse también aplicable a dispositivos penales.

La convencionalización, por cierto, puede tener efectos colaterales disruptivos y problemáticos, algunos de los cuales podremos entrever implícitos en los efectos que revelaremos luego. Y, de modo más general, Alfonso Santiago ha apuntado el riesgo de la "sobreconvencionalidad", por el que "algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos, sean adoptadas en sede internacional, cuando por su propio contenido están llamadas a ser resueltas en el ámbito nacional"⁹.

Partiendo del concepto de que efectivamente la convencionalización es un paradigma rector con un amplio espectro de incidencia, procede entonces realizar una administración rigurosa de sus aplicaciones, enmarcada por las pautas de prudencia y ponderación con las que también se ha desenvuelto prudencialmente el originario —y ahora, "enriquecido"— control de constitucionalidad.

§ 5. Efecto de desambiguación

Aquí nos referiremos al proceso de refinamiento semántico que caracteriza a la deriva interpretativa del derecho de los tratados de derechos humanos. Por cierto, se trata de dispositivos redactados por lo general en términos abstractos y generales, con estructura de *principios* —no de reglas—, más allá de excepciones ciertamente categóricas y específicas como la que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe reinstaurar la pena de muerte a los países que la hubieran abrogado, o extenderla a nuevos delitos¹⁰.

Es por ello que el trabajo de acotación no suele decantar en pautas demasiado rígidas por la naturaleza propia de una práctica internacional en la que puede haber criterios relativamente diversos, insusceptibles de presentar una convergencia que pueda verificarse como vinculante en términos puntuales. Es representativa al respecto la expresión europea que habla de los "márgenes de apreciación" que se confieren al sistema nacional a la hora de su justiciabilidad¹¹, y que fue en algún momento también asumida como propia por el sistema interamericano en la OC

⁹ Santiago (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, 2010, p. 213.

¹⁰ Art. 4º, incs. 2º y 3º, CADH.

¹¹ Cfr. al respecto el trabajo de García Roca, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en "Teoría y Realidad Constitucional (UNED)", nº 20, 2007, ps. 117 a 143.

4/84¹², aunque no existen posteriores referencias a ella en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Es necesario entonces un trabajo recursivo —no lineal— de permanente particularización, que consiste en pasar de los derechos generales a sus concreciones, porque lo que es abstracto no puede ser nunca exigible ni mucho menos “computable” como señal para el operador jurídico. Siguiendo una idea de Alexy, Cruz Parceró sostiene que la relación de los enunciados abstractos con enunciados simples o concretos puede ser de tres tipos: de *precisión*, de *mediolfin*, y de *ponderación*:

“Una relación de *precisión* referente a la libertad de expresión puede ser la libertad de un sujeto a manifestar una opinión política en un periódico. Una relación *mediolfin* puede ser el derecho de un sujeto a demandar a un periódico por censurar un escrito suyo. Una relación de *ponderación* consiste en el paso de un derecho *prima facie* a un derecho definitivo, donde hay que comparar la posición *prima facie* con otros principios o derechos que puedan entrar en conflicto, así como con otras consideraciones que apelen a intereses colectivos. Un ejemplo de este tipo de relación de ponderación podría ser la de considerar si un periodista tiene derecho a publicar planes de defensa que ponen en riesgo la vida de los soldados o ponen en riesgo la seguridad nacional”¹³.

A partir de estas operaciones de concreción, la doctrina, la jurisprudencia y la práctica internacional y doméstica convergente van progresivamente delimitando zonas que *a priori* parecían muy abiertas y opinables, y que en algunos casos se ven encuadradas en pautas, criterios y preceptos mejor definidos. Prueba de ello se ve en un concepto como el de *debido proceso*, que subyace en dos artículos (10 y 11) de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, luego muy desarrollado con matices específicos en las “garantías judiciales” incluidas en el art. 8° de la CADH, y finalmente afinado por la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.

Más allá de los productos interpretativos supranacionales, es especialmente necesaria la labor interpretativa-constructiva de los tribunales nacionales. En este sentido cabe tener en cuenta las ventajas del carácter difuso del control de convencionalidad, antes señalado: como dice Gil Domínguez, “que los jueces en todas las causas en las que actúan puedan cumplir la función de juez interno de la convencionalidad interpretada” posibilita que los argumentos expuestos por la con-

¹² En la OC 4/84, con referencia a la regulación de las condiciones para adquirir la ciudadanía en un país, la Corte IDH habla de “valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”.

¹³ Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, 2007, ps. 79 y 80

vencionalidad nutran las particularidades de cada caso. Esto obliga a los jueces a tener que realizar un mayor esfuerzo argumental y a priorizar las interpretaciones *pro homine*. También auspicia tiempos de respuesta inmediatos y la posibilidad de una revisión ponderada de distintas instancias judiciales¹⁴.

Y cabe reconocer que hay también riesgos, pues esta hermenéutica no siempre puede ser virtuosa. Como advierte Sagüés, “puede haber fenómenos de *domesticación*, o de *aclimatación* de los derechos humanos de origen internacional, a las pautas ideológicas y al medio jurídico local, con lo cual es posible que aquellos terminen, en buena proporción, anestesiados o diluidos”¹⁵. Este autor alerta sobre el riesgo de una interpretación localista desfiguradora del documento internacional donde son enunciados, y cita al respecto algunos votos de la Corte Suprema de Argentina como “Servini de Cubría” en donde se consideró que la censura judicial no era censura en sentido estricto, o que la tutela del honor, sentada por la Convención Americana, justificaba la censura previa negada por el art. 13 de la misma¹⁶.

En todo caso, la historia de las declaraciones de derechos y su operatividad corre perfectamente paralela a la historia de este proceso de afinamiento y operacionización.

§ 6. Efecto de desfragmentación

También en perspectiva histórica podemos ver que el derecho originalmente surge como un dispositivo coercitivo genérico y sin parcelamiento en “materias”: podemos ver el carácter heterogéneo de la legislación en el Código de Hammurabi, en las XII Tablas, en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio. La ulterior sofisticación y el desarrollo de la ciencia jurídica provocaron la división y la especialización que hoy conocemos, y que prácticamente ha generado que las ramas del derecho se desarrollen con pretensiones “autonómicas” (en lo científico, en lo académico, en lo legislativo, incluso en lo competencial al desarrollarse en fueros independientes) que provocan que su evolución siga caminos paralelos con pocos vasos comunicantes.

En todo caso, es importante entender que el derecho penal no es nunca *prima ratio*, sino un mecanismo de refuerzo de carácter excepcional, tributario de derechos fundamentales. Como dice Zaffaroni, el carácter discontinuo del ejercicio del poder punitivo se asienta en la idea de que los bienes jurídicos son creados co-

¹⁴ Gil Domínguez, *Derechos, racionalidad y última palabra*, 2014, p. 172.

¹⁵ Sagüés, *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica*, en “Ius et Praxis”, *On Line*, 2003, vol. 9, n° 1, ps. 205 a 221; disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100011&lng=es&nrm=iso.

¹⁶ CSJN, 1992, “Servini de Cubría”, *CSJN-Fallos*, 315:1943.

mo tales por otras ramas del ordenamiento jurídico¹⁷. Reconocer a los derechos humanos como ancla y afluyente común de todos los derechos "sectoriales" nos lleva a adoptar una visión unificada y no segmentada o displicentemente divergente: así la fuerza normativa de los derechos humanos tiene un efecto gravitatorio que propende a la *desfragmentación* del derecho.

La desfragmentación también se aprecia en la tendencia a disipar o superar la escisión entre un derecho "de fondo" y otro "de forma". Los tratados de derechos humanos ponen en valor el rango fundamental de los dispositivos procesales a los que se califica con un carácter "adjetivo" frente a lo "sustantivo" del derecho de fondo. Esa diferenciación suele redundar en un doble rasero, que dedica un escrutinio menos riguroso a las normas y vicisitudes del enjuiciamiento. Lejos de ser una mera instrumentalidad, las garantías de los derechos fundamentales se quedan inertes si no están movilizadas por el resorte de una jurisdicción accesible, equitativa, rápida y eficaz. Al visibilizar y exigir ello, en la mirada de los tratados de derechos humanos lo procesal deja de ser meramente instrumental y pasa a ser un área de especial atención por su enorme potencial de vulneración (solapada o explícita) de derechos fundamentales.

§ 7. Efecto de desnacionalización

El derecho de los derechos humanos impulsa a la convergencia de los derechos domésticos y es en este sentido un correlato de la desfragmentación. Los tratados de derechos humanos "desnacionalizan" el derecho al imponer un rasero supranacional que se proyecta como vinculante para el orden doméstico, además de incorporar una fase jurisdiccional especial que se incrusta "por encima" de las instancias judiciales nacionales.

Esto implica que aunque se esté lejos de una unificación global del derecho penal, la evolución esperable apunta a la progresiva convergencia entre sistemas nacionales. El "diálogo de fuentes" que suscita la aplicación de los tratados de derechos humanos también es funcional a esta dinámica jurígena que va a acotar las peculiaridades locales que se reputen exorbitantes en el control de convencionalidad.

La "desnacionalización" obliga a pensar con un criterio que excede lo parroquial y lo coyuntural, y planteará a su turno sus propios problemas de pérdida de potestades legislativas.

En este sentido, el clásico problema de "la última palabra" del control de convencionalidad se replica a escala mayor en el escenario del control de convencionalidad, ya que las decisiones adscriptas a las obligaciones asumidas por los pactos van a quedar fuera del rango de acción de los poderes domésticos, cualquiera sea su conexión con el mandato democrático. Prueba evidente de esta tensión se en-

cuentra en el caso "Gelman v. Uruguay"¹⁸, en el que la Corte IDH estableció que la Ley de Caducidad de ese país —avalada por un plebiscito *ad hoc*— no debe representar un obstáculo para la investigación de este tipo de hechos sucedidos durante la dictadura¹⁹.

§ 8. Efecto de especificación

Hay un efecto que corre paralelo al de la "desfragmentación" antes apuntado, y cuyo sentido gravitatorio es inverso, pues nos devuelve un ordenamiento con principios y subprincipios distintivos y diversificados en función de propósitos, sujetos u objetos de protección. Así como hay tratados de derechos humanos genéricos (notablemente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los pactos de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales) otros se han pensado en función de una temática u objeto específico: genocidio, desaparición forzada de personas, corrupción, violencia contra las mujeres.

Como aplicación concreta de ello, en el caso "Campo Algodonero" de 2005, la Corte IDH adoptó explícitamente la "perspectiva de género" propiciando tomar en cuenta al momento de reparar a las víctimas "impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y mujeres"²⁰. Este paradigma de aprehensión de hechos también tiene su correlato en la interpretación y aplicación de normas, y es un ejemplo de la necesidad de una jurisdicción "situada" conceptualmente que debe tener su reflejo en la aplicación del dispositivo penal²¹.

¹⁸ Corte IDH, 24/2/11, caso "Gelman v. Uruguay", Fondo y Reparaciones.

¹⁹ Para una visión crítica de las premisas y tensiones suscitadas por el fallo de la Corte IDH en el fallo citado, véase Gargarella, "Amnistías y tribunales internacionales. Una reflexión a partir del caso 'Gelman'", en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Gargarella - Guidi (coords.), 2016, t. I, ps. 227 a 241.

²⁰ Corte IDH, 16/11/09, caso "González y otras ('Campo Algodonero') v. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 205, párrs. 446 a 601.

²¹ Vázquez Camacho reporta el canon emergente de "Campo Algodonero" explicando que las reparaciones con perspectiva de género deben: "I) cuestionar y estar en capacidad de modificar a través de medidas especiales el *status quo* que causa y mantiene la violencia contra la mujer y los homicidios por razones de género; II) constituir claramente un avance en la superación de las desigualdades jurídicas, políticas y sociales, formales o de facto, que sean injustificadas por causar, fomentar o reproducir los factores de discriminación por razón de género, y III) sensibilizar a los funcionarios públicos y la sociedad sobre el impacto de los factores de discriminación contra las mujeres en el ámbito público y privado". Finalmente, a la hora de capacitar a los funcionarios y a la población, señaló que adoptar una "perspectiva de género" implica desarrollar "capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana". Cfr. Vázquez Camacho, *El caso "Campo Algodonero" ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en "Anua-

La especificación también puede verse en materia de pueblos indígenas, ya que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo otorga a estos pueblos el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8°.2), y bajo tales condiciones preceptúa que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (art. 9°.1), aclarando que “[l]as autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (art. 9°.2).

También la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU propicia una adaptación de los sistemas judiciales para que estas tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás, con la manda de implementar “ajustes de procedimiento” que son aplicables tanto para la intervención de las personas que sean acusadas como las que sean víctimas, querellantes o testigos, e impone a los Estados asegurar que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad²².

En esta misma línea, y de modo muy ostensible, el derecho penal juvenil queda subordinado a las pautas y garantías establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño (entre otras, presunción de inocencia, fijación de una edad mínima de imputabilidad, principio de legalidad, derecho de defensa y de contar con asistencia jurídica, derecho al recurso, preferencia por adopción de medidas alternativas a la internación en instituciones, proporcionalidad y discernimiento del caso en atención a la edad del niño y con vistas a su reintegración y a que asuma una función constructiva en la sociedad)²³.

En estos casos, el ordenamiento habrá de perder en parte su “genericidad” y propender a una consideración “situada”, que preste atención a problemáticas puntuales, con paradigmas específicos que —como la perspectiva de género— son transversales a los dispositivos civiles, administrativos y penales.

§ 9. Efecto de ampliación del derecho penal

La influencia de los tratados de derechos humanos sobre el derecho penal (y lo mismo podría decirse sobre el conjunto del *derecho positivo interno*) puede verse

rio Mexicano de Derecho Internacional”, *On Line*, 2011, vol.11, ps. 515 a 559 (citado el 16/8/16); disponible en www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100018&lng=es&nrm=iso.

²² Arts. 13 y 14, CDPD.

²³ Art. 40, CDN.

actuando, influyendo, de varios modos. Comenzaremos a considerar el efecto de ampliación por el cual estos van a exigir *más derecho penal*.

Este modo agregativo, cuando su efecto determina la necesidad de tipificar penalmente conductas que no tienen incriminación o que la tienen de un modo inespecífico. Esto ha sido marcado por la Corte IDH en punto a la necesidad de tipificar el delito de “tortura”²⁴ y el delito de “desaparición forzada de personas”²⁵, en consonancia con la Convención que se ha adoptado en nuestro ámbito regional al respecto.

Otros casos siguen este mandato de punitivización: la Convención Interamericana contra la Corrupción preceptúa la tipificación de actos de corrupción, soborno transnacional y enriquecimiento ilícito (arts. VI, VIII y IX, respectivamente) y en el caso de este último aclara que se trata de “*el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él*”, una redacción que en cierto sentido torna dinámica la carga de la prueba.

Con menor especificidad, la Convención de Belem do Pará impone la necesidad de “*normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso*”.

Cabe notar que esta demanda convencional de punitividad no se limita a la “zona núcleo” de los derechos fundamentales relacionados con la libertad y la seguridad, sino que también tienen lugar en otros derechos de cuño patrimonial como ocurre en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o, en inglés, TRIPS)²⁶.

²⁴ Aplicando el art. 6° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruales, Inhumanas o Degradantes, la Corte IDH sostuvo en el caso “Heliodoro Portugal v. Panamá”, de 2008, que los Estados deben asegurar que “*todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad*”. Cfr. “Heliodoro Portugal v. Panamá”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 12/8/08, Serie C, n° 186.

²⁵ La necesidad de tipificación de la “desaparición forzada” ha sido sostenida por la Corte IDH en numerosas sentencias, como en “Gómez Palomino v. Perú” (Fondo, reparaciones y costas, sent. del 22/11/05, Serie C, n° 136, párrs. 91 a 110); “Blanco Romero y otros v. Venezuela” (Fondo, reparaciones y costas, sent. del 28/11/05, Serie C, n° 138, párr. 58); “Anzualdo Castro v. Perú” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 22/9/09, Serie C, n° 202, párrs. 165 a 167 y 191); “Radilla Pacheco v. México” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. del 23/11/09, Serie C, n° 209, párrs. 315 a 324).

²⁶ En el Acuerdo sobre los ADPIC, el art. 61 establece que: “*los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemen-*

En todos estos campos sectoriales se advierte que incurriría en potencial responsabilidad internacional el Estado adherente que se abstenga de tipificar penalmente conductas protegidas convencionalmente, y también el que meramente se limite a hacerlo de modo formal, sin poner en práctica un mecanismo eficaz de implementación, investigación y jurisdicción sobre esas normas (recuérdese la doctrina del “efecto útil” que deben perseguir siempre las normas y mecanismos del derecho interno para cumplir con el cumplimiento de buena fe de las obligaciones que asumen al integrarse a un tratado de derechos humanos).

Como ejemplo concreto de las implicancias de esta obligación, y tal como concluyera la Corte Suprema en “Simón” de 2005 y “Mazzeo” de 2007²⁷, ello puede derivar en la circunvalación de principios como el de la irretroactividad de la ley penal, priorizando la doctrina de la Corte IDH en “Barrios Altos” que nulifica amnistías para posibilitar el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad²⁸.

El funcionamiento de estas obligaciones supone para los Estados un mínimo pero no un máximo. Como observó la Comisión que elaborara el Anteproyecto de Código Penal argentino de 2014 al introducir el delito de genocidio, “el concepto que proporciona el derecho internacional impone a los Estados la sanción de este delito, pero estos bien pueden ampliar la tipicidad, conforme a su ejercicio de soberanía; lo que sería violatorio del derecho internacional es una definición más estrecha del ámbito típico”²⁹.

La exigencia de ampliación apunta, en todo caso, a la convergencia, y no a la unificación. En un intento de sistematización Antonio Bascuñán Rodríguez ha realizado una aproximativa distinción en punto a los grados de injerencia de las obligaciones de punición derivadas de los tratados internacionales, que propone dife-

te disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial”. Este acuerdo es el Anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial de Comercio que fue aprobado por nuestro país por ley 24.425; no se trata específicamente de un tratado de derechos humanos, pero aún así su jerarquía es “superior a las leyes” conforme al art. 75, inc. 22 de la CN.

²⁷ CSJN, 2005, “Simón”, CSJN-Fallos, 328:2056; ídem, 2007, “Mazzeo”, CSJN-Fallos, 330:3248.

²⁸ Para una visión crítica de esta sentencia, véase Rosenkrantz, *Advertencias a un internacionalista (o los problemas de “Simón” y “Mazzeo”)*, en “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 8, n° 1, sep. 2007, ps. 203 a 213.

²⁹ Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12), *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, 2014, p. 160.

renciar entre a) *deberes de incriminación*; b) *deberes moderados de tipificación*, y c) *deberes extremos de tipificación*. Los *deberes de incriminación* únicamente postulan que cierto comportamiento se encuentre *descripto como supuesto de hecho* de un enunciado que impone una sanción penal como consecuencia de ese comportamiento. Los *deberes moderados de tipificación* exigen que el derecho legal contemple un tipo penal identificable como delito *sui generis* y autónomo dentro del catálogo de conductas punibles. Finalmente, los *deberes extremos de tipificación* suponen el grado máximo de congruencia que se traduce en la obligación de *transcribir los términos y expresiones* del texto autoritativo suprallegal en el texto autoritativo legal³⁰. Aún en este caso, lo usual es que el derecho doméstico pueda retener un margen de potestades para la asignación de escalas penales al delito en cuestión.

Finalmente, otra vertiente que redundaba en exigir *más derecho penal*, y que se relaciona con ello, es la que busca la efectiva realización de juicios para la imposición de penas. Es el corolario que ha adoptado la Corte Suprema argentina en el caso “Góngora”, al entender que la aplicación de la *probatión* (suspensión del proceso a prueba) en delitos de violencia contra mujeres era incompatible con la Convención de Belem do Pará³¹.

§ 10. Efecto de reducción y corrección del derecho penal

Por otro lado, otro efecto de sentido contrario de la influencia de los pactos nos conlleva al efecto de postular *menos derecho penal*. Esto se deriva de la priorización de ciertos bienes jurídicos que privilegian derechos y consecuentemente sustentan causales de justificación, todo dentro del mismo derecho penal formalmente vigente. Vemos entonces a derechos “civiles” marcando la cancha del derecho penal. Por obvias razones, *la expansión de causales de justificación angosta el margen de aplicabilidad de un tipo penal prohibitivo*.

En segundo lugar, en la posibilidad de excluir —o “reinterpretar”, llegado el caso— piezas de ese derecho. Un ejemplo legislativo de este efecto es la derogación

³⁰ Bascuñán Rodríguez, “Derechos fundamentales y derecho penal”, en SELA 2001. *Los derechos fundamentales*, Saba (ed.), 2003, ps. 330 a 331.

³¹ Dijo la Corte: “La concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquel estado procesal la existencia de hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle, sin poder obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el ‘acceso efectivo’ al proceso (art. 7°, inc. f, CETFDM) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria, cuestión que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba”. Cfr. CSJN, 2013, “Góngora”, CSJN-Fallos, 336:392.

del delito de calumnias e injurias contra funcionarios públicos que fue la secuela del fallo de la Corte IDH de "Kimel c. Argentina"³²; un ejemplo judicial de este efecto está dado por los insumos del derecho internacional de los derechos humanos que fueron invocados en el fallo "F. A. L." de 2012 de la Corte argentina al fijar su interpretación sobre las causales de no punibilidad del aborto³³.

También es posible señalar la posibilidad de *efectos indirectos* que se derivan de la introducción de tratados que incluyen mandatos de incriminación. Un caso concreto de dogmática penal que toma nota de estos efectos indirectos está dado por la disidencia del juez Zaffaroni en el caso "Estévez" resuelto en 2010 por la Corte Suprema argentina. Allí se aborda la validez de la posibilidad de que exista en el derecho argentino una pena máxima de prisión de cincuenta años, tal como lo impuso la ley 25.928 de 2004 (art. 55, CP).

Para pronunciarse por la negativa, el voto de Zaffaroni realiza en primer lugar una consideración fenomenológica de la imposición de una pena de gran duración como equivalente a la pena de muerte expresamente derogada en el país —"importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona según el promedio nacional (...) sometiénola a un aislamiento deteriorante hasta la muerte"— y cuya reimplantación se prohíbe según los tratados de derechos humanos. Y, de modo muy interesante, propicia que la escala de penas debe considerarse tácitamente modificada por la introducción de los delitos de genocidio contemplados en el Estatuto de Roma (aprobado por la República Argentina por la ley 26.200) que prevé un máximo de veinticinco años. Su conclusión es que si con la ley 26.200 se introducen en nuestra legislación penal los delitos más graves que prevé nuestro ordenamiento, toda vez que "es inconcebible un contenido injusto mayor que el de un genocidio con masacre o similares, las escalas penales para estos delitos no pueden ser superadas por las de ningún otro". Por lo tanto, "se impone considerar que dicha norma opera como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella"³⁴, de donde se deriva la validez de un máximo de pena que supere los veinticinco años de prisión³⁵.

Este ejemplo muestra que el derecho de los tratados de derechos humanos no opera en un vacío sino que interactúa con el derecho local doméstico.

³² Corte IDH, 2/5/08, caso "Kimel v. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 177.

³³ CSJN, 2012, "F. A. L.", CSJN-Fallos, 335:197.

³⁴ CSJN, 2010, "Estévez", CSJN-Fallos, 333:866, disidencia del doctor Eugenio Raúl Zaffaroni.

³⁵ Advértase que hay otra posible consecuencia que se seguiría de adherir a este criterio: dado que la pena contemplada por el Estatuto de Roma para el genocidio tiene un mínimo de cinco años, puede realizarse el mismo silogismo de Zaffaroni en "Estévez" para razonar que si el delito más grave del ordenamiento tiene ese mínimo, es inconcebible que un delito menos grave (el homicidio simple, por ejemplo, legislado en el art. 79, CP) tenga un tope mínimo de pena que lo exceda.

Su influencia correctora tiene un fuerte sentido evolutivo, dinámico, altamente necesario en vista de la estructural rigidez de las normas penales. El ideal sería contar no solo con un *menor derecho penal*, sino siguiendo aquella aspiración clásica, un *mejor derecho penal*. De esa forma se pueden evitar o reducir los efectos nocivos de tipos penales o elementos normativos obsoletos o conformados por concepciones autoritarias y que luego no han sido derogados (lo que puede ocurrir tanto por la "antigüedad" de la norma en cuestión, pero también en normas relativamente modernas que han sido sancionadas en contextos de alarma social). También es ostensible la aspiración a tener un *mejor proceso penal* a través de la sustantivización de los dispositivos procesales, en particular con los desarrollos en términos de defensa eficaz, debido proceso, prisión preventiva, derecho al recurso, y una *mejor ejecución del resultado penal* a través de la preservación de los derechos humanos en las instancias de ejecución de la pena.

§ 11. Conclusiones: un diálogo con ecos que reverberan

La expansión y definición de los bienes jurídicos protegidos por los tratados de derechos humanos tiene efectos de reverberación que condicionan el desarrollo hermenéutico y legislativo del derecho penal.

Los efectos de la influencia redundan en la potencialidad de un derecho penal más depurado, específico y vinculado sistémicamente con el ordenamiento. Por otro lado, también imponen ejercicios concretos de *ius puniendi*, que pueden acarrear tensiones de compleja conciliación, como ocurre (en diversos escenarios) con la ampliación de los derechos de las víctimas o la obligación de investigar, sancionar y reprimir ciertos delitos, que pueden entrar en conflicto con principios penales y derechos de las personas sujetas a proceso.

También hay zonas de potencial incertidumbre en cuanto se puedan plantear divergencias explícitas entre tratados o divergencias en cuanto a la doctrina hermenéutica de sus órganos de interpretación, así como dudas en cuanto a la "indisponibilidad" de sus criterios o a la existencia de un "margen de apreciación".

En todo caso se trata de una influencia que no es estática sino evolutiva, en tanto el derecho internacional de los derechos humanos —más allá de basarse en una normativa que por la naturaleza de sus procesos de formación y adopción no admite gran facilidad para el cambio ni para la incorporación de nuevas fuentes— es un derecho *in fieri* y va incorporando nuevos criterios, principios, y derechos de categoría *ius cogens*.

La "reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado" que se anuncia como punto de énfasis en los Fundamentos de la Comisión Redactora del Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial también debe tener su correlato en la reconstrucción de la coherencia del sistema de dogmática penal. Al cabo, si se ha dicho que el Código Civil y Comercial, a tenor de su

sistema de fuentes e interpretación plasmado en sus arts. 1º y 2º, “refuerza el diálogo expreso entre la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial, postura totalmente contraria a la adoptada por el Código Civil”³⁶, un eco de ese diálogo también resuena en los dispositivos del derecho penal.

³⁶ Herrera - Caramelo, en *Código Civil y Comercial comentado*, Herrera - Caramelo - Picasso (dirs.), 2015, t. I, p. 10, comentario al art. 1º.

Implicancia del Título Preliminar del Código Civil y Comercial en el ordenamiento penal

GERMÁN LUIS NOGUERA *

§ 1. Introducción

Con la vigencia del Código Civil y Comercial¹ sancionado mediante la ley 26.944, se han introducido al ordenamiento jurídico un conjunto de institutos que por su trascendencia y especial remisión a los tratados internacionales de derechos humanos², han provocado la necesidad de analizar su eventual implicancia en otras áreas del derecho, atendiendo el carácter basal que históricamente se ha reconocido a la materia civil³.

En dicho marco conceptual, el propósito que se persigue en las siguientes páginas, se orienta a la indagación de las consecuencias o secuelas que respecto de la materia penal resulten susceptibles de ser advertidas, considerando el alcance de los conceptos comprendidos en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Para este fin se abordarán los cuatro aspectos que intervienen en el análisis de todo

* Procurador y Abogado (UCSF, 2007); Notario (UCSF, 2015); Contador Público (UNaM, 1995); Especialista en Tributación (UNaM - 2012) y Especialista en Sindicatura Concursal (UNaM, 2011). Doctorando de la Facultad de Derecho de la UBA. Es profesor de cursos de grado en la Universidad Gastón Dachary (UGD Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas) y Universidad Católica de Santa Fe (UCSF, Facultad de Derecho, Sede Posadas). Ha dictado cursos de posgrado en el Colegio de Abogados de la provincia de Misiones. Autor de artículos de su especialidad en varias publicaciones.

¹ Ley 27.077 (BO, 19/12/14) dispuso su entrada en vigencia a partir del 1/8/15.

² Jerarquizados constitucionalmente a través de la reforma de 1994 que incorporó el art. 75, inc. 22 de la CN.

³ Llambías, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 1986, t. I, p. 47: “... muy grande es la conexión existente entre el derecho civil y las demás disciplinas jurídicas, respecto de las cuales aquel sigue siendo el manantial inagotable al que se acude en búsqueda de orientación a falta de una norma expresa o implícita que contemple la situación. Esto revela que las otras ramas no tienen completa autonomía y siguen dependiendo en cierta medida del derecho civil ...”.