

LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, EN SU SESION DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2004, CONOCIDO EL INFORME DEL INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA CORPORACION SOBRE EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION EN "ARANCIBIA CLAVEL", LUEGO DE UN DEBATE, APROBO UN DICTAMEN EN ESTOS TERMINOS

-I-

Antecedentes

Si bien el fallo plantea una gama amplia de cuestiones, la deliberación se centró en dos aspectos:

a) Irretroactividad de la ley penal, que el Considerando 22 del voto de la mayoría expone del siguiente modo:

*"Que en razón de que la aprobación de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a **sí la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege.**"*

b) Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en el orden jurídico argentino, especialmente en cuanto el Considerando 38 del voto de la mayoría expresa:
*"Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62, inc.2º en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto **las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad"** (leyes 24.584 y 25.778)."*

-II-

Comentario

1. La sentencia fue dictada por una mayoría de cinco votos contra tres; pero en lo que hace a los fundamentos la situación es distinta: cuatro jueces fundaron su decisión en la aplicación no retroactiva de normas consuetudinarias del Derecho de Gentes y uno en la aplicación retroactiva de la Convención arriba mencionada.

2. Existen leyes y tratados que imponen la imprescriptibilidad de determinados delitos para el futuro, cuestión de naturaleza opinable. Pero los regímenes de prescripción, una vez vigentes integran el concepto de "ley penal" a los efectos de la garantía constitucional del artículo 18, y no pueden ser afectados retroactivamente por una norma – ley o tratado – posterior al hecho de la causa; esa ha sido la doctrina de la Corte desde el fallo "Mirás".

La norma que establece la imprescriptibilidad de los denominados "crímenes de lesa humanidad" es la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", que fue firmada en noviembre de 1968. La Argentina la aprobó por ley 24.584 veintisiete años después, en noviembre de 1995; pero el depósito del instrumento ratificatorio – que perfeccionó jurídicamente la adhesión del país al tratado – no fue realizado sino hasta agosto de 2003, con el dictado del Decreto 589/03; y recién se le dio jerarquía constitucional en setiembre de 2003, por ley 25.778.

Sin embargo, en "Arancibia Clavel" la Corte consideró imprescriptible la acción penal con relación a hechos ocurridos el 30 de setiembre de 1974, veintinueve años antes de que la Convención que establece la imprescriptibilidad se incorporara al orden jurídico argentino.

3. A fin de evitar la objeción de estar aplicando retroactivamente una ley penal, los cuatro jueces que fundan su voto en normas consuetudinarias del Derecho de Gentes, afirman que al momento de los hechos había normas consuetudinarias de *ius cogens* vigentes que establecían "desde tiempo inmemorial" la imprescriptibilidad de delitos de este tipo. Sin embargo, el intento no resulta exitoso: el instituto de la prescripción está contenido en el concepto de "ley penal" a los efectos de las garantías constitucionales; y la costumbre – por internacional que sea – no es una fuente del derecho aceptable en ese campo.

El texto del artículo 18 de la Constitución es expreso: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley* anterior al hecho del proceso". El principio de legalidad reserva lo penal a la Ley en estricto sentido material y formal, es decir a normas jurídicas dictadas por el Congreso de la Nación a través del procedimiento constitucionalmente establecido. Las otras fuentes del derecho tienen su lugar en el orden jurídico; pero no es aquí.

Este principio tiene ilustre prosapia y acompaña al Estado Constitucional de Derecho desde su nacimiento; ya Cesare Beccaria decía: "Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa a toda la Sociedad unida por el contrato social".

4. El quinto voto de la mayoría intenta sortear el escollo de la Constitución por otra vía: trata de evitar la objeción de inaceptabilidad de la costumbre como fuente del derecho penal aplicando retroactivamente la Convención de Imprescriptibilidad. Pero este intento tampoco es exitoso; los argumentos de oportunidad a los que apela son insuficientes para superar la objeción: la ley penal debe ser previa, "anterior al hecho del proceso", en palabras de la Constitución.

No parece necesario referir aquí antecedentes doctrinarios ni jurisprudenciales del principio "*nullum crimen sine lege*", pero sí es del caso traer a colación dos consideraciones volcadas en los votos en disidencia de este mismo fallo, para fundar la inaplicabilidad retroactiva de la Convención: la primera es la mención a la reserva establecida por el artículo 4 de la ley 23.313 a la adhesión argentina al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sujeta su aplicación a lo establecido por el artículo 18 de la Constitución; y la segunda es la referencia a que, por imperio de sus artículos 27 y 75, inc. 22, los tratados internacionales con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de su primera parte.

5. Existe un claro obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal; y el principio de reserva legal opone un reparo constitucional insalvable a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Y – como se ha señalado – el fallo en análisis adolece de inconsistencia entre mayoría de decisión y mayoría de fundamentos.

En efecto: cuatro jueces, para no violar el principio de irretroactividad, fundan su decisión en la costumbre; con lo que violan el principio de legalidad. El quinto juez, para no violar el principio de legalidad, aplica una Convención internacional incorporada al derecho argentino con posterioridad al hecho del proceso; con lo que viola el principio de irretroactividad.

6. El status jurídico de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" está determinado por el artículo 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos por ella reconocidos".

7. Es relevante para el análisis de este fallo la interpretación que uno de los jueces concurrentes a la mayoría realiza de la frase "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución". Sostiene – con cita del precedente "Monges" – que ese texto "indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir".

Ello lo lleva a concluir que la Corte "no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución", ya que "si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión – concluye – no puede suscitarse". Sin embargo, en el caso la colisión se produce y el argumento del voto en comentario no la resuelve.

8. El lenguaje de la Constitución es lenguaje jurídico y no debe reducirse a lenguaje informativo. Cuando la constitución dice "no derogan artículo alguno" no nos está informando la comprobación de un hecho; está estableciendo una norma. Es el mismo caso del artículo 15, cuando dice "en la Nación Argentina no hay esclavos..."; no está informando la inexistencia fáctica de personas sujetas a esa servidumbre; está aboliendo la esclavitud.

El texto del art. 75, inc. 22, no nos está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional que, por el mecanismo previsto, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional.

Garantizar esa vigencia, sí está en el ámbito del control judicial de constitucionalidad.

-III-

Conclusiones

1. El fallo fue decidido por una mayoría de 5 a 3, pero sólo 4 jueces coincidieron en los fundamentos. Esta disparidad de fundamentos pone en cuestión la aplicabilidad de su doctrina y su valor como precedente.

2. La prescripción de la acción penal no es una garantía constitucional, pero integra el concepto de "ley penal" y no puede ser afectada retroactivamente. La "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", es posterior al hecho de la causa.

3. Existe obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal y a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Cuatro jueces fundan su decisión en la costumbre, con lo que violan el principio de legalidad; el quinto aplica una Convención posterior, con lo que viola el principio de irretroactividad.

4. La Convención es un tratado internacional con jerarquía constitucional, que según el artículo 75, inc.22, no deroga ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Esa norma preserva la vigencia de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional. En el caso la colisión se da y la vigencia del artículo 18 debe ser garantizada.

Juan R. Aguirre Lanari Alberto Rodríguez Galán
Académico Director Académico Presidente
Instituto de Derecho Constitucional