

## EXTRADICION.

-APLICACIÓN DEL TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA APROBADO POR LEY 25.126.

-APLICACIÓN RESPECTO DE LOS ASPECTOS REALMENTE PROCESALES PERO NO PARA CUESTIONES DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO A LAS QUE REMITE EL TRATADO. ESTO ES LAS REFERIDAS A LA PRESCRIPCIÓN, Y LA QUE CONCIERNE A LA LEY APLICABLE CUANDO NO CABE LA ENTREGA DEL NACIONAL AL PAÍS REQUERIDO.

- LA PRESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS DEBE JUZGARSE CON ARREGLO AL ART. 4\*, 2\* PÁRRAFO DEL TRATADO ANTERIORMENTE VIGENTE APROBADO POR LEY DE FACTO n\* 19.764

-NO CABE HACER LUGAR A LA ENTREGA DE NACIONAL REQUERIDO. EL EFECTO PENAL MATERIAL DE LA PROHIBICIÓN MATERIAL DE LA ENTREGA DEL NACIONAL. La norma del art. 3 del Tratado entre la Argentina y los E.E.U.U., aprobado por la ley 25.126, que establece la obligatoriedad de la entrega de los nacionales, es válida sólo para los hechos ocurridos después de su vigencia, mientras que la norma anterior, o sea el art. 7° inc. c, del tratado aprobado por ley de facto 19.764, ha de ser entendida como absolutamente prohibitiva respecto de la extradición del nacional.

-LA NEGATIVA DE LA ENTREGA DEL NACIONAL

ACARREA, POR FUERZA, LA OBLIGACIÓN DE ESTADO ARGENTINO DE PROCEDER A SU JUZGAMIENTO, DEVOLVIENDO LA CAUSA A LA INSTANCIA DE ORIGEN A TAL FIN, EN SEDE PATRIA-

-ELLO NO OBSTANTE AUNQUE LA CUESTIÓN REFERIDA A LA PRESCRIPCIÓN NO DEBE SER OBJETO AQUÍ DE PRONUNCIAMIENTO CONCRETO, SINO LIMITADO A LA LEY APLICABLE, SI EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA CONSIDERA REUNIDOS LOS RESTANTES ELEMENTOS VINCULADOS A LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES RESPECTIVAS PARA EL DERECHO NACIONAL, HABRÁ DE DICTAR IN LIMINE EL SOBRESEIMIENTO DEL RECLAMADO; CASO CONTRARIO TENDRÁ QUE PROCEDER AL JUZGAMIENTO SEGÚN EL ART. 4\*, 2\* PÁRRAFO DE TRATADO APROBADO POR LEY DE FACTO n\* 19.764.

-CORRESPONDE DECLARAR LA INVALIDEZ CONSTITUCIONAL PARA EL CASO DE LOS ARTS. 10, 36 Y CONCORDANTES DE LA LEY 24.767.

-RESULTA INOFICIOSO PRONUNCIARSE SOBRE LA PROCEDENCIA DE TRATAR COMO EXCEPCIONES PREVIAS LAS RESTANTES CUESTIONES PLANTEADAS POR LA DEFENSA.

(Voto de Dr. Schiffrin al que adhiere el Dr. Fleicher)

.....  
-APLICACIÓN AL PROCESO DEL TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA APROBADO POR LEY 25.126.

-RECHAZO DEL PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD

DE LA CLÁUSULA 7\* DEL TRATADO.

-DIFERIMIENTO DEL TRATAMIENTO DE LAS  
EXCEPCIONES DE FALTA DE ACCIÓN POR  
INCUMPLIMIENTO DEL RECAUDO DE LA DOBLE  
SUBSUNCIÓN Y PRESCRIPCIÓN.

-CONFIRMACIÓN DE LA RESOLUCIÓN OBJETO DE LA  
APELACIÓN.

(Voto en disidencia del Dr. Compaired)

**PODER JUDICIAL DE LA NACION** Rtro.S.IIT92 f287/344

/// Plata, 17 de junio de 2008.

VISTO: Este expediente 3210, "Incidente de excepción de falta de acción interpuesto por la defensa de Ricardo Asch", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 1 de Lomas de Zamora.

Y CONSIDERANDO:

**EL DOCTOR COMPAIRED DIJO:**

I. Llegan estas actuaciones a conocimiento de la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa de Ricardo Asch, contra la resolución por la cual se declara la aplicación del Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América aprobado por Ley 25.126, al proceso de extradición seguido contra el nombrado Asch; se rechaza el planteo de inconstitucionalidad de la cláusula 7ª del aludido tratado; y se difiere para la etapa del debate el tratamiento de las excepciones de falta de acción por incumplimiento del recaudo de la doble subsunción y de prescripción (...).

II. La defensa hace hincapié, en primer término, en una supuesta actitud persecutoria por parte del Estado requirente, que podría poner en riesgo la garantía de un debido proceso legal en caso de que prospere el pedido de extradición.

Respecto al tratamiento de las excepciones deducidas, los apelantes argumentan que no cabe esperar a la etapa del debate para que sean resueltas toda vez que no mediaría identidad de norma respecto a los delitos que se le imputan a A., y porque muchos de ellos se encontrarían alcanzados por la prescripción.

## *Poder Judicial de la Nación*

En relación con ello, plantean la inconstitucionalidad del artículo 7° del tratado aprobado por Ley 25.126, en cuanto dispone que la prescripción sólo puede ser examinada a la luz del ordenamiento vigente en el estado requirente.

En tal sentido, sostienen que conforme el artículo 14 del Código Civil las leyes extranjeras no serán aplicables cuando se opongan al derecho público o criminal de la República. Según la defensa, el instituto de la prescripción de la acción penal, conforme está regulado en las leyes del país requirente -puntualmente en lo relativo a la situación de rebeldía-, vulnera la garantía de obtener un pronunciamiento jurisdiccional en un tiempo razonable, que está contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte refutan que aceptar que un imputado esté ligado a un proceso durante un tiempo inconcluso compromete seriamente el principio de inocencia, el derecho de defensa en juicio, el debido proceso legal y el derecho a la integridad personal, en tanto resulta afectado por el natural menoscabo psíquico y moral que comporta la situación de incertidumbre que genera un proceso pendiente en tanto persista el estado de evasión.

En cuanto al tratado de extradición aplicable, la defensa afirma que tanto a la fecha de comisión de los hechos por los cuales se requiere la extradición de A., como al momento de concretarse las acusaciones ante el tribunal de distrito y al ordenarse las capturas, el instrumento vigente era el aprobado por ley 19.764, suscripto el 21 de enero de 1972, por lo cual sostiene que resulta de aplicación dicho tratado.

III. Ahora bien, en primer lugar corresponde determinar el régimen aplicable a la solicitud de extradición presentada por el Gobierno de los Estados Unidos de América el 9 de septiembre de 2004, respecto del ciudadano argentino A..

Cabe señalar que de acuerdo a lo que establece la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767, en su artículo 2º, las solicitudes de extradición deben regirse por las disposiciones del tratado existente entre nuestro país y el Estado requirente, disposición que recepta la constante y reiterada jurisprudencia que establece que cuando hay tratado el pedido de auxilio internacional debe regirse por éste (conf. Fallos 32:331; 49:15; 59:146; 96:305; 108:14; 111:35; 114:383; 129:34; 146:388; 170:406; entre muchos otros).

Claramente, esta norma del ordenamiento legal interno dirigida a los órganos estatales, coexiste con los tratados internacionales en tanto se determinan relaciones de indeclinable integración, que se manifiestan por mutuas remisiones expresas o tácitas de los preceptos de estas dos clases de reglas jurídicas.

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la fecha del requerimiento formulado, resulta de aplicación el Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, suscripto en Buenos Aires el 10 de junio de 1997, aprobado por la Ley 25.126 que fue promulgada el 8 de septiembre de 1999 y publicada en el Boletín Oficial el 14 de septiembre del mismo año.

En efecto, de acuerdo a lo previsto expresamente por el artículo 22 del citado tratado, sus normas son aplicables "a los delitos cometidos tanto

*antes como después de la fecha de su entrada en vigor".*

Si bien los delitos por los cuales el Gobierno de los Estados Unidos solicita la extradición del nombrado A. habrían sido cometidos antes de la fecha de entrada en vigencia del tratado aprobado por la Ley 25.126, conforme a la disposición transcrita y a lo que establece el artículo 23 del mismo instrumento, el trámite del presente proceso de extradición debe regirse por dicha ley.

Cabe destacar que la cláusula que establece la aplicación retroactiva de las disposiciones en materia de extradición se encuentra contemplada en diversos tratados internacionales, entre ellos los suscriptos entre nuestro país y los gobiernos de Australia (art. 21, inc. 3°), aprobado por Ley 23.729, y España (art. 44 inc. 4°), aprobado por Ley 23.708, ambas del año 1989, como así también en los convenios con Paraguay (art. 24, inc. 4°), República de Corea (art. 19, inc. 2°) y Uruguay (art. 26, inc. 3°), aprobados por las leyes 25.302, 25.303 y 25.304, respectivamente, todas del año 2000, en cuanto regulan que las extradiciones solicitadas después de su entrada en vigor se regirán por sus normas, "cualquiera sea la fecha de comisión del delito por el cual se solicita la extradición".

Del mismo modo, debe ponerse de resalto que ese fue el criterio seguido por nuestra Corte Suprema en el caso "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición", declarando que el convenio que corresponde aplicar es el vigente al momento de la solicitud de la extradición, a pesar de que en el tratado suscripto con Italia -país requirente en esa oportunidad-, aprobado por la Ley 23.719, no existe la cláusula expresa que contemplan los

instrumentos reseñados precedentemente (conf. Fallos 318:2148 y sus citas).

En el referido precedente el Alto Tribunal sostuvo que "... desde antaño 'los tratados de extradición, que mediante la recíproca entrega de los procesados o condenados, se proponen la represión de la criminalidad, y tienden a la seguridad pública e individual, en las potencias signatarias, son por excelencia leyes de orden público y el cumplimiento de estas disposiciones, rigen los hechos anteriores sujetos a extradición, sin que el refugiado pueda oponer contra ellas ningún derecho adquirido, porque el interés de todos, la justicia y las buenas costumbres exigen la inmediata aplicación de esas leyes, salvo disposición en contrario' (Montes de Oca, Juan José, *Introducción General al Estudio del Derecho*, 1ª edición, parág. 121, Ed. C. Casavalle, 1884, Buenos Aires), pues como sostiene Billot cuando esa regla no fuere expresamente pactada, la retroactividad surge de la naturaleza y carácter de la convención ('*Traité de l'Extradition Suivi d'un Recueil de Documents Étrangères*', p. 261. E. Plon & Co, París, 1874).".

Ahora bien, en los casos de Fallos 304:1378 y 305:771 -invocados por la defensa de A.- se debatía acerca de la aplicación del tratado suscripto entre la República Argentina y los Estados Unidos en 1972 (Ley 19.784) y el de 1896 (Ley 3759), y en tales precedentes se decidió la aplicación del convenio vigente a la fecha de comisión de los hechos que se le imputaban al requerido.

Lo que determinó que la Corte arribara a una solución contraria al principio de la retroactividad



expuesto *ut supra* fue, precisamente, la existencia de una disposición expresa pactada entre las partes en el artículo 22 del convenio firmado en 1972, que regulaba que *"Este tratado terminará y reemplazará el Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América firmado en Buenos Aires el 26 de septiembre de 1896. Sin embargo los delitos que figuran en dicho tratado de 1896 y que hayan sido cometidos antes de la entrada en vigencia del presente tratado seguirán sujetos a la extradición de conformidad con las disposiciones de aquel Tratado."* Vale decir que estaba prevista entre las partes la ultractividad del primero de los tratados por sobre las disposiciones del suscripto en 1972.

En el presente caso, reitero, no rige la aludida excepción, toda vez que no ha sido pactada en el convenio suscripto en 1997, aprobado por la Ley 25.126, y por lo tanto no es de aplicación el principio de la no retroactividad de las leyes, toda vez que los pedidos de extradición no son sometidos a un verdadero "juicio" sino a un simple procedimiento (conf. Fallos 95:201; 110:412; entre otros).

En rigor, siendo la naturaleza de la extradición un "acto de asistencia jurídica internacional", conforme al criterio de Von Liszt, Florián y Kohler, entre otros, este instituto está regulado por normas predominantemente procesales que persiguen la realización de una pretensión punitiva, pero no constituye un juicio propiamente dicho en el que corresponda prejuzgar sobre la inocencia o culpabilidad del reo, sino simplemente un procedimiento que sólo se propone conciliar las exigencias de la administración de

justicia represiva en los países civilizados, con los derechos de la persona requerida (conf., en tal sentido, el precedente de la ex Sala III de esta Cámara, "Schwammberger, José F.L.", fallado el 30/8/89)(A).

Por otra parte, debe respetarse el principio "*pacta sunt servanda*", de innegable preeminencia en el derecho internacional público, y contenido por el artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobado en nuestro país por la Ley 23.782, en cuanto dispone que "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*".

Por consiguiente, más allá de los esmerados argumentos expuestos por los apelantes, entiendo que debe aplicarse el tratado vigente a la fecha del pedido de extradición, es decir el suscripto en el año 1997 aprobado por ley 25.126, conforme las pautas reseñadas precedentemente y por los fundamentos coincidentes expuestos por el Sr. Fiscal Federal en su dictamen(...) y por el señor juez de grado en la resolución apelada.

IV. Resuelta la cuestión del régimen legal aplicable al caso, cabe ahora tratar el planteo de inconstitucionalidad de la cláusula 7ª del tratado de extradición con los Estados Unidos de América, aprobado por la Ley 25.126, en cuanto dispone que "*La extradición no será denegada en virtud de que la acción penal o la pena se encuentren prescriptas conforme a la legislación del Estado Requerido*".

Esta disposición guarda relación con la prevista por el artículo 11 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, en tanto regula que la extradición no será concedida si la acción penal o la

## *Poder Judicial de la Nación*

pena se hubiesen extinguido según la ley del Estado requirente y esta última, asimismo, concuerda con lo que reglaba el artículo 655, inc. 5°, del antiguo Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación, Ley 2372, al igual que el art. 3°, inc. 5°, de la Ley 1612 de 1885.

Vale decir que, como regla, en materia de prescripción tanto de la acción penal como de la pena, los delitos por los cuales se solicita la extradición deben ser examinados a la luz del régimen legal del país que está requiriendo la ayuda, y no por el ordenamiento jurídico interno.

Desde el punto de vista del orden público nacional no existe motivo suficiente para desconocer las normas extranjeras por la existencia de diferencias en el modo de regular la prescripción, por cuanto ello no implica que estas soluciones sean contrarias a los principios y garantías consagrados en nuestro derecho interno, dada la naturaleza del instituto de la prescripción (conf. lo resuelto por la Corte Suprema en el citado caso "Schwammberger", Fallos 313:256; y, en análogo sentido 323:3680).

Asimismo, el Alto Tribunal ha establecido que lo atinente al régimen de la prescripción es materia propia del legislador y que la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo no es exigencia constitucional (conf. Fallos 193:326; 211:1684; 259:231; 307:1466).

Por lo tanto, la prescripción puede o no ser instrumentada por ley, y más allá de lo que dispongan las leyes penales de nuestro país en la materia, debe respetarse la cláusula 7ª transcrita, por cuanto no vulnera las garantías constitucionales invocadas por la

defensa.

Como sostiene María Angélica Gelli, el art. 31 de la Constitución Nacional contiene dos principios sustantivos de nuestro ordenamiento jurídico: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho (*Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Ed. Fondo Editorial de Derecho y Economía, segunda edición ampliada y actualizada, p. 284).

Antes de la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rectificó su interpretación sobre las relaciones jerárquicas entre el orden interno -inferior a la constitución- y los tratados internacionales, expresando en el caso "Ekmehdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros" de 1992, que "*la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional*" (Fallos: 315:1493, en especial consid. 18). Esta línea jurisprudencial fue ratificada en los casos "Fibraca" de 1993 y "Cafés La Virginia S.A." de 1994.

Aparece como suficientemente claro que a partir de ese momento los tratados internacionales ostentaban una jerarquía superior a las leyes, y posteriormente la reforma constitucional del año 1994 consolidando este criterio jurisprudencial ha incluido una trascendente modificación al establecer (conf. art. 75, inc. 22, 1er. párr.) que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (Ziulu, Adolfo G., *Derecho*

## *Poder Judicial de la Nación*

*Constitucional*, Ed. Depalma, 1997, T. I, p. 103 y 105 y T. II, p. 184; Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Ed. Zavalía Editor, cuarta edición 2003, segunda parte, p. 470), despejando las dudas interpretativas (Gelli, ob. cit. p. 294 y 593), es decir, son subconstitucionales pero supralegales (Quiroga Lavié-Benedetti-Cenicacelaya, *Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, T. I., p. 529), o infraconstitucionales ya que aun cuando se sitúan por debajo de la constitución, tienen jerarquía superior a las leyes conforme al principio general dado por el art. 75, inc. 22 (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ed. Ediar, segunda reimpression, 1998, T. I, p. 372).

Volviendo entonces a la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, que regula el régimen de los tratados que entró en vigencia en 1980 y está incorporada al derecho argentino, ésta resulta de aplicación obligatoria y salvo la cuestión de vicio en la competencia interna para celebrar tratados, toda otra transgresión al derecho interno no puede ser intencionalmente invocada, conforme lo estipula claramente el art. 27 "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Prestigiosa doctrina sostiene "Con independencia del rango que un tratado tenga... a) su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos es obligatoria de acuerdo con el derecho internacional, debiendo sentenciarse las causas en que es aplicable de conformidad con el mismo tratado; b) se incurre en violación al tratado tanto cuando se aplica

## *Poder Judicial de la Nación*

*una norma interna que le es incompatible o contraria, como cuando simplemente se omite aplicarlo..."* (Bidart Campos, ob. cit. T. II, p. 418).

Claramente aparece entonces la subordinación del derecho penal al derecho constitucional en primer lugar y a los tratados en segundo lugar, en virtud del referido principio de supremacía consagrado en el art. 31. Por lo tanto la ley penal ocupa una posición de tercer rango en el ordenamiento jurídico integral, sujeto a los límites establecidos por la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2do. párr.) y por los tratados (art. 75, inc. 22, 1er. párr.).

Ahora bien, así como razones vinculadas al interés general son las que llevan al legislador -que no es un jurista sino un político- a determinar que ciertos actos tienen un efecto interruptivo del curso de la prescripción (art. 67, del Código Penal), también existen situaciones en las cuales la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y de su ordenamiento constitucional.

Es por ello que nuestra Carta Magna establece que serán imprescriptibles las acciones civiles y penales hacia los responsables de atentados contra el orden institucional y el sistema democrático que deriven en la usurpación de las funciones previstas para las autoridades de la Constitución (art. 36, tercer párrafo).

Vale decir que la exención de responsabilidad penal por el mero transcurso del tiempo no es un derecho

que tenga rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, sino que responde a consideraciones vinculadas con la seguridad jurídica y la economía procesal que son receptadas por las normas legislativas que determinan la extinción de las acciones represivas por la prescripción.

Por consiguiente, entiendo que no cabe hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad planteada por la defensa.

V. En cuanto a las excepciones de falta de acción por incumplimiento del recaudo de la doble subsumción y por prescripción, coincido con los argumentos expuestos por el magistrado de primera instancia en su resolución, a los que cabe remitirse en razón de brevedad, toda vez que son cuestiones que hacen al fondo del proceso de extradición y deben ser resueltas por el *a quo* en el momento procesal oportuno.

VI. En orden a las consideraciones que anteceden propongo al Acuerdo confirmar la resolución (...)en cuanto ha sido materia de apelación.

Así lo voto.

**EL DOCTOR SCHIFFRIN DIJO:**

1º) Los presentes autos llegan a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto (...)por la defensa de A., la que ha expresado agravios(...).

A su vez, las actuaciones *sub iúdice* constituyen un incidente en el que tramita la excepción de falta de acción deducida por los defensores de A., (...).

Tal incidente se halla relacionado con el proceso abierto para la extradición del Dr. A.-de nacionalidad

## *Poder Judicial de la Nación*

argentina- a quien reclama la Corte de Distrito de los E.E.U.U. para el Distrito Central de California, por diversos hechos -principalmente de carácter previsional o tributario- que le imputa los "indictments" del *Grand Jury* (...).

2º) A fin de visualizar los cargos que el tribunal reclamante formula contra A., conviene tener en cuenta que, según la documentación acompañada por el Ministerio Fiscal de los E.E.U.U., el Dr. A., al parecer desde marzo de 1990, ejercía la profesión médica junto con J. A. B. y S. C. S., controlando esos tres facultativos la actividad de dos centros de salud reproductiva en el Estado de California. Uno de esos centros -ubicado en Orange (CRH-UCI), se hallaba vinculado a la Universidad de California, y el segundo, lo estaba al Saddleback Memorial, situado en Laguna Hill (CRH-SB). Ambas clínicas eran entidades privadas bajo el control de los tres facultativos mencionados que se dividían los ingresos, trabajando principalmente A. y S. en CRH-UCI y B. en CRH-SB.

En relación a la actividad de los nombrados, el Ministerio Público Fiscal de los E.E.U.U. inició los siguientes casos penales contra los tres facultativos mencionados:

\* Estados Unidos contra A. y otros. Caso N° SA CR 96-55(C)-GTL.

\*\* Estados Unidos contra A. y otros. Caso N° SA CR 97-74 AHS, y

\*\*\* Estados Unidos contra A. Caso N° SA CR 97-75-GLT.

En esos casos, el Ministerio Fiscal de los E.E.U.U. afirmó disponer de prueba acerca de hechos que estima



ilícitos conforme a la legislación federal norteamericana. Tales hechos, según la documentación que acompaña la demanda de entrega, se pueden agrupar del siguiente modo:

a) Declaraciones -en dos casos- del impuesto a la renta con omisiones, en los años 1991 y 1992 (...).

b) Envío por Correo -en veinte ocasiones-, a compañías de seguros médicos, de facturas para el cobro de servicios médicos que, en realidad, no habrían sido prestados por A. ni sus asociados, sino por personal médico -practicante o residentes- no habilitados para reclamar honorarios. No se aclara si la finalidad de esas facturaciones fue favorecer a los profesionales mencionados en último término. Estos episodios habrían ocurrido entre agosto de 1992 y agosto de 1993 (...).

c) Uso del Correo en veinte ocasiones para emitir facturaciones por servicios que no estaban cubiertos por los seguros respectivos. Estos sucesos habrían tenido lugar entre 1991 y 1994 (...).

d) Dado que en la actividad de reproducción asistida que cumplían A. y sus asociados quedaban sin utilizar cierta cantidad de óvulos de distintas pacientes, aquellos habrían dispuesto de esos óvulos para tratar a otras pacientes, pese a haber asegurado -utilizando el correo en diez casos- a las productoras de los mismos, que ello no ocurriría sin su consentimiento, del cual, empero, habrían prescindido. La presunta maniobra, confusamente explicada por el Ministerio Fiscal de los E.E.U.U., habría ocurrido entre mayo de 1991 y abril de 1992 (...) **(1)**.

e) En diez oportunidades habrían introducido en el

comercio interestatal de los E.E.U.U. un medicamento de producción argentina -HMG Massone- aún no autorizado por las autoridades norteamericanas. Se dice que ésto ocurrió entre enero de 1993 y febrero de 1994 (...).

f) Una supuesta asociación ilícita de **dos** o más personas **para cometer siquiera un delito**, en la que habría sido miembro A. (...). Cabe añadir que en la descripción pormenorizada de dicho cargo, que luce al folio 242 y sigs, de los antecedentes ya mencionados, las acciones que se califican como asociación ilícita habría consistido en omitir en la inscripción dentro de la contabilidad de los institutos sumas percibidas en efectivo, lo cual se dice que ocurrió repetidamente entre 1991 y 1994. También integra la descripción típica la conducta ya endilgada sub b).

3º) Dada la relevancia que el pedido fiscal otorga al uso del Correo de los E.E.U.U. en la descripción de los hechos, conviene tener en cuenta lo especificado en el art. 2º, inc. 3, apartado b) del actual Tratado de Extradición con los E.E.U.U., conforme el cual la entrega procede también cuando "... el delito fuera o no un delito para el cual las leyes federales de los Estados Unidos de América requieren la constatación de elementos tales como el transporte interestatal o el uso de correos u otras facilidades que afecten el comercio interestatal o extranjero, siendo el propósito de tales elementos establecer la jurisdicción de los Tribunales Federales de los Estados Unidos de América".

Para completar los datos esenciales del pedido fiscal, añadamos que el mismo se refiere a la prescripción, aseverando que la acción no se halla prescripta ante las leyes de los Estados Unidos.

## *Poder Judicial de la Nación*

Al efecto explica que los tres "*indictments*" del *Grand Jury* contra A. tienen fecha 18 de junio de 1996, 24 de septiembre de 1997 y 1° de octubre de 1997. Ahora bien, para que se mantengan las acciones que surgen de los presentes ilícitos de los cuales se trata, la ley federal requiere que el reo sea formalmente inculcado en un plazo de cinco años, para alguno de tales hechos, o de seis para otros.

Presentada la acusación ante el tribunal federal de distrito, el plazo de prescripción queda perjudicado; y se deja de contar (*is tolled and no longer runs*, folio 8 del original inglés, y en la traducción -de dudosa exactitud y que, por eso, modifíco-, folio 214/215).

Cuando se cae en la condición de prófugo también el plazo de prescripción se perjudica y se extiende (*is tolled and extended*). Esta última conclusión que se funda en una norma de procedimiento federal de los Estados Unidos (*Title 18, United State Code, Section 3290-Fugitives from justice-*, folio 25 del original inglés de los antecedentes) reviste particular gravedad, pues revela un concepto básico sobre la prescripción muy diferente del sistema que nos rige. No está tan lejos de las nociones de nuestro derecho, en cambio, la circunstancia de que la prescripción no beneficie a quien ya esté acusado, porque la vigencia constitucional del juicio pronto (*speedy trial*) se concreta en plazos máximos; sobre esto ver LaFave, *Modern Criminal Law*, 7.º edición, West Published Co. St. Paul Minnesota, pág. 1027 y sigs.).

4º) La defensa, impugnando la solicitud de extradición, dio comienzo a este incidente de falta de acción, que guarda similitud al que admitió como vía

procesal idónea para el planteo del tema de prescripción en las extradiciones la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal in re 39.619 "Kepec Anzic, Antonio s/prescripción-extradición". En el escrito inicial o en el escrito con que se abre el incidente se sostiene que tanto los hechos enrostrados a A. como la acusación y las órdenes de arresto pertinentes, había teniendo lugar bajo la vigencia del tratado de extradición con los Estados Unidos aprobado por ley de facto 19.764, por lo cual no cabía la aplicación retroactiva del nuevo tratado que aprobó la ley tanto 25.126, y que, añadámoslo, reconocido por los anteriores, suprime el privilegio de nacionalidad y para la prescripción ahora sólo toma en cuenta la del estado requirente.

En sustancia, desde el punto de vista de la defensa, sin negar la naturaleza procesal de los tratados de extradición, la inmediata aplicabilidad de los mismos a las causas nuevas "cede cuando deben examinarse contenidos y requerimientos de orden penal 'cuales son los referidos a los principios de la doble punibilidad, la subsistencia de la acción, la entidad mínima de la punibilidad y la aplicación de la calificación más indulgente'" (...).

Sentada esa premisa, como primer objeto de la excepción previa se plantea que los fraudes por correo, la introducción al comercio interestatal de una droga nueva y la asociación ilícita (con exactitud la llama por su nombre en inglés o sea *conspiracy*), no cumplen con el requisito de la doble incriminación, y que los restantes hechos estarían prescriptos de acuerdo con la ley argentina, sosteniendo la inconstitucionalidad del

art. 7 del nuevo tratado (ley 25.126) que establece la norma sobre prescripción que ya mencionamos.

5°) Objetadas por el Ministerio Público estas pretensiones (...), el incidente se abrió a prueba (...) y, producidos los alegatos, el a quo consideró improcedente la vía elegida para el tratamiento de las defensas atinentes al recaudo de la doble subsunción y de falta de acción por prescripción, declarando asimismo, aplicable al caso el tratado de extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos, probado por ley 25.126 y rechazado por el planteo de inconstitucionalidad del art. 7 de dicho tratado (...).

La razones del juez para llegar a las dos últimas conclusiones que menciono fincan en la supremacía de los tratados establecida por la Convención de Viena sobre los Tratados (Ley 19.865, B.O. 11/01/1973) y en la idea de que la retroactividad de los mismos, aún en puntos cuyo carácter penal el a quo reconoce, no afecta la garantía del art. 18 C.N. sino sólo del art. 14, referido al derecho de entrar, salir y permanecer en el territorio argentino (el valor de estos argumentos será medido a la luz de visión más abarcativa que realizaré más abajo, sin perjuicio de observar ya mismo que el juez de grado prescinde al citar la Convención de Viena sobre los Tratados de su fundamental art. 53 sobre el *ius cogens*).

6°) De allí en adelante se desarrolló la apelación ante esta Cámara. Al expresar agravios la defensa acompañó documentación presentada originalmente por A. a la Comisión de Derechos Humanos de México, donde residía después de abandonar los Estados Unidos de Norteamérica, en los cuales pinta un panorama de los episodios

periodísticos académicos y hasta políticos que duraron largo tiempo, con referencia a la fecundación asistida en California, en cuyo marco encuadra los cargos formulados en particular (...). Añadamos que A. fue detenido en Ezeiza cuando viajó desde México para visitar a su madre.

Más adelante, los defensores denunciaron ante la Cámara publicaciones realizadas en un diario de la Capital Federal que presentaban en una luz muy desfavorable la situación de A., lo que dio lugar a que el expediente bajara a primera instancia (...) y el a quo enviara los artículos mencionados al Ministerio Público, el cual consideró que no se advertía la comisión de delito de acción pública (...).

En el trámite posterior ante este Tribunal se presentaron la Secretaria de Derecho Humanos de la Nación oponiéndose a la extradición de A. (...), lo mismo hizo (...) la Liga Argentina por los derechos del Hombre y finalmente solicitó ser tenido como *amicus curiae* el Secretario de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires (...), oponiéndose también a la extradición de A..

7º) Volvamos ahora a la expresión de agravios, en la que la defensa efectúa un planteo sintético de las cuestiones de derecho que forman toda la sustancia del incidente y que expresó (...) de la siguiente manera:

1) ¿Qué convenio bilateral -suscripto entre el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica y el de la República Argentina- resulta aplicable en el presente proceso: (i) el firmado en la ciudad de Washington, el día 21 de enero de 1972 -aprobado por Ley n° 18764- o(ii) el suscripto en la ciudad de Buenos Aires el día 10 de

junio de 1997 -aprobado por Ley 25.126?

2) De aplicarse el bendecido por la Ley 25.126, ¿resultaría la limitación impuesta por su cláusula 7, respetuosa de las garantías y derechos consagrados por nuestra Carta Magna si, así procediendo, se impondría en este proceso la imprescriptibilidad de los delitos comunes?

3) ¿Le asiste derecho a nuestro defendido de discutir, por vía de excepciones perentorias, con antelación a la audiencia de debate, la subsistencia de la presente acción?

8º) El tercero de los puntos propuestos debería ser contestado, a mi juicio, negativamente, porque si hubiera de tratarse aquí en concreto la concurrencia o no de los elementos de las figuras penales que permitan dar por cumplido el recaudo de doble incriminación, o si hubiere de examinarse de igual modo, en concreto, el tema de la prescripción, el incidente ya no versaría sobre cuestiones previas, sino que se superpondría con las fases más sustantivas del proceso principal de extradición.

De todas maneras, las conclusiones a las que arribo luego del análisis de las temáticas planteadas en torno a las normas de extradición aplicables y a la inconstitucionalidad del art. 7 del tratado que aprobó la ley 25.126, como así también las cuestiones que por implicancias derivan de dichas temáticas, permitirán ver que, los mismos, sin obstar a una etapa posterior del proceso, conducen al juzgamiento de A. en el *forum patriae* por la ley nacional, lo cual significa la falta de interés de este agravio en particular.

**9º) CONSIDERACIÓN DE LOS PUNTOS 1 Y 2 QUE PLANTEA LA**

**DEFENSA.**

**I. Retroactividad de los tratados de extradición.**

La cuestión inicial a resolver consiste, por ende, en determinar si el Tratado de extradición con los E.E.U.U., que aprobó la ley 25.126, puede ser aplicado a hechos como los de autos, anteriores a la vigencia del nuevo tratado.

En este sentido, conviene tener en cuenta, ante todo, que el primero de los tratados entre E.E.U.U. Y la Argentina sobre extradición, del año 1887, aprobado por ley n° 1931, fue reemplazado por el del año 1899, siendo aprobado por la ley n° 3759. Éste último no incluyó previsiones acerca de su aplicación retroactiva. En cambio, el tratado siguiente, que aprobó la ley de facto n° 19.764 (año 1972), estableció que los delitos que figuraban en el tratado de 1896, y que hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigencia del nuevo tratado, seguirían sujetos a las disposiciones del tratado anterior (esta norma es incompleta en cuanto no resuelve acerca de los delitos que sólo en el último tratado aparecían sujetos a extradición).

El tratado ahora vigente, que aprobó la ley n° 25.126 **(2)**, contiene en su art. 23, inc. 3, la norma siguiente:

“Al entrar en vigor el presente Tratado, el Tratado sobre Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América suscripto en Washington el 21 de enero de 1972, dejará de estar en vigor. No obstante, el Tratado anterior se aplicará a cualquier tramitación de extradición en la cual ya se hubieren presentado a los tribunales del Estado requerido los documentos de la extradición antes de que el presente Tratado entre en vigor. Sin embargo, el art. 17 del presente



Tratado será aplicable a dicha tramitación. Asimismo, el art. 16 del presente Tratado se aplicará a personas declaradas extraditables en virtud del Tratado anterior".

De dicha norma surge que, si bien el tratado anterior seguirá aplicándose cuando las actuaciones judiciales se hubiesen iniciado bajo la vigencia del mismo, en los restantes casos, inclusive los referidos a hechos que se cometieron bajo la vigencia del tratado anterior, quedarían regidos por el tratado nuevo.

Ahora bien, el tema referido a si los tratados de extradición son susceptibles de aplicación retroactiva tiene, tanto en la doctrina como en la práctica, una respuesta mayoritariamente afirmativa.

El primer fundamento que se da al respecto parte del dilema fundamental de la extradición, consistente en si ella es una obligación para los estados, que surge del derecho de gentes, como Grocio y otros ilustres autores lo sostienen, o es meramente un acto de cortesía que parte de la potestad soberana de cada estado.

Dando por verdadera la primera de esas posiciones, resulta que cualquier tratado de extradición se refiere al cumplimiento de obligaciones preexistentes (esta es la posición de Foelix, *Traité du Droit International Privé*, n° 614, ver la cita en la nota de Ch. Vergé que aparece en la edición del Tratado de G.F. de Martens, *Précis du Droit des Gens Moderne de L'Europe*, París 1864, t. I, pág. 278/284, en la última página). Una posición cercana a la expuesta es la que mantiene Billot (*Traité de la Extradition*, París, 1874, pág. 258).

El argumento de Foelix, y de quienes lo siguen, es básicamente admisible, pero insuficiente para resolver la cuestión de que se trata, pues la obligación de

extraditar, *in genere*, requiere normas de concreción que establezcan las condiciones, modos y formas en que se hará efectiva, y ésta es la función de las leyes y los tratados en la materia.

Entonces, fácilmente se deduce, como lo hace Beauchet (*Traité de la extradition*, París, 1899, pág. 160), resumiendo múltiples opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, que las leyes y tratados de extradición no son normas penales, regidas por la prohibición de retroactividad, sino asimilables a las de competencia y procedimiento, en las cuales ese principio no es obligatorio (más adelante veremos que esta opinión, razonable en términos generales, debe sufrir varias limitaciones, pues las leyes y tratados sobre extradición contienen, por implicancia, algunas normas de sentido penal, y, además, en ciertos casos es aplicable a las normas procesales el principio de no retroactividad. Travers (*Le Droit Pénal International*, París, 1921, T. IV, n° 2202 a 2211, a partir de la pág. 726) se conforma, muy brevemente, con excluir el carácter penal de las leyes y tratados de extradición (en la nota 2 de la pág. 731, cita un importante número de autores que sostienen la retroactividad de los tratados de extradición, se entiende que por parejo motivo), y se apoya en una famosa sentencia argentina, la del caso Balfour, de la que pasaremos a ocuparnos, y que también cita Beauchet (*Traité de la Extradition*, París, 1899, n° 294, pág. 164/165).

## **II. El caso Balfour**

Dicho caso, publicado en *Fallos*, 58:11 (año 1894), se refiere a la situación de un súbdito inglés, Jabez Spencer Balfour, imputado en Inglaterra por una serie de

defraudaciones comerciales, y que fue reclamado por el Reino Unido a la República Argentina, a la cual había huído Balfour, cuando aún no se hallaba vigente el tratado de extradición aprobado por la ley n° 3043, que entró en vigor en diciembre de 1893. En esas condiciones, resultaban aplicables las normas sobre extradición contenidas en el Código de Procedimientos en Materia Penal, que, en ausencia de tratado, exigían el compromiso de reciprocidad por parte de la potencia requirente. El Reino Unido, por su parte, no podía formular tal compromiso, según sus leyes, sino cuando existiera un tratado de extradición, y, como en el curso del procedimiento, el tratado entró en vigor, aquel Reino adquirió formalmente, *a posteriori*, dicho compromiso, observando bien el juez de la causa que el tratado no era la fuente de la extradición, sino el compromiso formulado en virtud de la vigencia del tratado. O sea, que la extradición debía regirse por la ley argentina respectiva para los casos de falta de tratado, siendo indiferente que el indispensable compromiso de reciprocidad fuese formulado en virtud de la vigencia posterior del tratado.

Creo que esto hubiera sido suficiente para solucionar el problema, pero se introdujeron muchas más razones atinentes a la retroactividad de los tratados de extradición, desde el argumento, basado en el *ius gentium* que debemos atribuir a Foelix (ver, *op. cit.*, apartado I, párrafo 1,2,3,4,5 y 6), hasta la idea de que los tratados de extradición constituyen actos de soberanía contra los que no existen derechos adquiridos, y, en cambio, no son normas penales, aunque sí asimilables a las de competencia y procedimiento.

## *Poder Judicial de la Nación*

Asimismo, se ocupa el juez de los límites del derecho de entrar y permanecer en la República.

A su vez, la Corte Suprema, al confirmar la sentencia, efectuó un razonamiento paralelo al del juez, al que se añade que la sucesión de normas de extradición es de creciente perfeccionamiento del instituto en sus caracteres valorativos (la Corte habla de moral, derecho y justicia), de modo que deben aplicarse las más nuevas.

Esta fue la ocasión en que la Corte Suprema consideró con mayor profundidad las cuestiones atinentes a la retroactividad de los tratados. Posteriormente, cabe señalar el dictamen del Procurador General en *Fallos*, 113:364, que finca en la idea de la similitud de las normas de extradición y las de competencia y procedimiento, alegando, también, que las leyes y tratados de extradición no reglamentan el art. 18 de la Constitución. Después, en otros casos (*Fallos*, 311:1925; "Candá", 23 de febrero de 1995, y "Juez de Foz de Iguazú"-*Fallos* 318:595-), afirmó la Corte que el derecho reglamentado por las normas sobre extradición era la libertad de entrar, permanecer y salir del país. Todas esas ideas fueron reiteradas por varios de los ministros que se expidieron a favor de la extradición de Erich Priebke (*Fallos*, 318:2148; allí se citan otros casos de la Corte Suprema a saber, *Fallos*, 90:409; 91:130; 111:35 y 311; 114:271, en los cuales sólo aparece con claridad la aplicación retroactiva del tratado, sin especial fundamentación, en los precedentes de *Fallos*, 90:409; 91:130 y 114:271).

A todas estas consideraciones a favor de la retroactividad de los tratados sobre extradición se agrega una de las más clásicas, consistente en que, en

muchas ocasiones, el segundo tratado da por irrevocablemente finalizada la vigencia del anterior. En este sentido, existe un ejemplo de gran claridad en la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo, sentencia del 20 de marzo de 1875, que menciona Beauchet -op. cit., pág. 163, n° 292-, cuyo texto he podido consultar en la colección oficial del Alto Tribunal Helvético, mediante una comunicación oficiosa, y se halla en las págs. 411/412 del año 1875. Se trataba allí de que Suiza se encontró ligada hasta 1874 por un tratado de extradición con el Reino de Baviera, que provenía de 1851. Este tratado fue reemplazado por el que la Confederación Helvética concertó con el Imperio Alemán, el 24 de enero de 1874, que disponía, en su art. 18, que el tratado anterior perdería su validez a partir de la entrada en vigencia del nuevo (ocurre lo mismo con el tratado con los Estados Unidos que aprobó la ley n° 25.126).

Un argumento similar se encuentra desarrollado en los votos de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor en el caso "Priebke" (pág. 2168) y en el del Dr. Bossert (pág. 2193/2194).

Estimo, por mi parte, que esta idea parte de la concepción según la cual sólo la existencia de tratados obliga a la extradición, por lo cual se aseguraría la impunidad del autor del delito motivo de la solicitud si el tratado nuevo no se aplicase retroactivamente. En cuanto se admita la obligatoriedad de la extradición, aún en ausencia de tratados, y más si existen leyes específicas en el estado requerido, el valor del argumento se disipa.

### **III. Limitaciones a la retroactividad de los tratados de extradición**

Según hemos visto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por admitir la aplicación retroactiva de los tratados de extradición y ello parece exacto, en cuanto tales tratados contienen principalmente normas de procedimiento, que característicamente se aplican de inmediato a las causas en trámite. Empero, no ocurre lo mismo con las disposiciones de esos tratados que ingresan en el campo del derecho penal sustantivo.

Dice Piombo (*Tratado de la Extradición*, Bs. As., Depalma, vol. I, pág. 242), a este respecto:

**"En rigor, las leyes que regulan el instituto extradicional son predominantemente procesales. Sus normas persiguen la realización de una pretensión punitiva por sobre los obstáculos que opone el fraccionamiento del mundo en diferentes Estados soberanos. De ahí que su aplicación no sea muy distinta a la de las normas contenidas en cualquier código adjetivo en lo penal, en cuanto estatuyen las condiciones en que el estado realiza la pretensión punitiva de que es titular. Precisamente en esta rama rige con amplia recepción el principio de "aplicación inmediata", que significa la actuación del nuevo texto en todos los procesos que se susciten a partir de la fecha de su vigencia, con independencia de la época en que fue cometido el hecho generador. Por tanto, exceptuando los contenidos y requerimientos de orden penal -v.gr. los referidos a los principios de doble punibilidad, subsistencia de la acción, entidad mínima de la penalidad y aplicación de la acriminación más benigna-, en los que prevalece el criterio expuesto, el resto de lo contenido institucional debe regirse, en mi concepto, por la ley vigente al momento de cursarse la solicitud de entrega"**(resaltado en el original y bastardilla

agregada).

El criterio ya expuesto a que se refiere este autor es el principio de irretroactividad de las normas penales más gravosas.

Estimo que es preciso justificar, para que las observaciones de Piombo adquieran plena validez, de qué manera, en el cuadro procesal que nos ofrece la estructura del instituto de la extradición, aparece la aplicación de normas penales sustantivas, cuando, precisamente, el juicio respectivo no está encaminado a determinar ni la culpabilidad ni las sanciones que pudieren corresponder a la persona requerida.

#### **IV. La inclusión en los tratados de normas de incidencia penal sustantiva**

Los casos señaladas por Piombo como propios del derecho sustantivo significan la aplicación indirecta de normas penales argentinas en el proceso de extradición.

Obsérvese, en efecto, que, en las hipótesis referidas, la extradición se concede o deniega sobre la base de poner en juego normas sustantivas del derecho nacional, o sea, estableciendo un ámbito extraterritorial de aplicación de la ley penal argentina, no a los efectos de la punición, pero sí a los fines de hacerla posible en el estado requirente o, contrariamente, impedirla.

El supuesto más evidente de esta modalidad extraterritorial de las leyes penales argentinas, a través del instituto de la extradición, se encuentra en el requisito de la doble incriminación, conforme al cual los tribunales nacionales han de determinar si el hecho que el estado requirente encuadra en una figura de su ordenamiento puede ser captado por otra equivalente de nuestro sistema penal.

Ligado al tema de la doble incriminación se halla el principio que exige que el hecho incriminado, que motiva el pedido de extradición, no se halle prescripto. Aquí nos encontramos con una problemática muy amplia, referida a que hay variedad de soluciones en cuanto a si el hecho debe encontrarse no prescripto sólo en la ley del Estado requirente, o también en la del requerido o que baste que la ley del país requerido, ella sola, determine la prescripción excluyente de la solicitud extraditoria (ver Piombo, *op. cit.*, T. I pág. 306/307).

Examinaremos más adelante la compleja problemática del instituto de la prescripción en el campo recién señalado, pero ahora baste señalar que, supuesto, como ocurre entre nosotros, que el término de prescripción integra el tipo penal y que las leyes nuevas que lo agraven no tienen aplicación a los hechos pasados, tenemos claramente otro caso de extraterritorialidad de la ley penal sustantiva argentina, cuando esta haya de tomarse como parámetro para la procedencia del requerimiento extraditorio.

El caso más intenso de extraterritorialidad de la ley penal sustantiva argentina se da empero, a mi juicio, en los supuestos de no entrega del nacional y la consiguiente obligación de juzgar los tribunales nacionales el hecho ocurrido en el exterior, de acuerdo con las normas de nuestro sistema penal.

Aquí existe una notable expansión del ámbito personal de aplicación de la ley penal (me permito señalar que esta observación ya estuvo presente de manera tangencial en mi voto del caso "Schwammberger", publicado en el *El Derecho*, t. 135, pág. 323 y ss., punto 29 *in fine*, pag. 361).



**V. El valor del principio de irretroactividad penal en el *jus gentium***

Queda por ver cuál es el motivo en cuya virtud el principio constitucional (interno) de irretroactividad de la ley penal ha de jugar contra la entrega, si la cooperación en la materia extraditoria es vista, según ya lo anticipó el genio de Grocio, como una obligación del derecho de gentes.

Ocurre, empero, que el principio de irretroactividad de la ley penal es, él mismo, un principio universalmente reconocido del derecho de gentes (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 8; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15.1; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, art. 7, y Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 24), que sólo hace excepción -y no en su totalidad, sino respecto de la ley estatal o internacional *scripta et stricta*- en los supuestos de delitos *iure gentium* (art. 5, párrafo segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Giuliano Vasalli, en su magnífica obra titulada *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milán, 2001, proporciona preciosos elementos para la conclusión que esbozamos sobre el principio de irretroactividad de la ley penal en el campo del *ius gentium* (pág. 292 y ss.), pero su deseo de no pronunciarse acerca de la confrontación entre positivismo y derecho natural, lo deja sin un pensamiento bien perfilado. Notable resulta que toda la obra esté destinada a demostrar que el derecho positivo

intolerablemente injusto es inválido, cualquiera haya sido su eficacia).

Quienes, como el suscripto, no titubeamos en afirmar la superioridad normativa del *ius gentium* sobre los derechos estatales, y también que la obligación de extraditar deriva, como principio, del *ius gentium*, habremos de insistir en que la norma constitucional interna que consagra la irretroactividad de la ley penal coincide con un principio básico del *ius gentium* y debe aplicarse también a los casos de extradición.

Por tales motivos, no puedo compartir el pensamiento que quizás subyace en las expresiones del dictamen de la Procuración General que aparece en el caso de *Fallos*, 323:3680, pág. 3688, que, a la letra, hace prevalecer los tratados de extradición sobre el orden público constitucional argentino.

En ese caso concreto, el principio de orden público constitucional que habría de ceder ante un tratado de extradición, era el de la aplicación de la ley penal más benigna, que integra el *ius gentium*, con arreglo a lo dispuesto por el citado art. 15.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 9, del Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 24, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

No obstante, puede que el pensamiento ínsito en el fragmento del dictamen de *Fallos*, 323:3680, al que me refiero consista en poner por arriba del ordenamiento nacional la obligación de extraditar derivada del *ius gentium*, pero esa posición, para ser coherente, tiene que respetar la aplicación de otras pautas fundamentales del *ius gentium*, entre ellas, el principio de aplicación ultra o retroactiva de la ley penal más benigna, a los

tratados de extradición.

**VI. Carácter de la prescripción penal frente al *ius gentium***

Cuando se trata de prescripción, conviene tener en mente que se trata de un instituto sólo del *ius civile* en el sentido que le daba Grocio (derecho de las civitas, de las sociedades civiles y políticas concebidas separadamente), pero esa índole de la prescripción no impide que, cuando es permisible establecerla (no lo es, desde luego, en los delitos *iure gentium*) su aplicación se subordine a los principios de esa esfera superior del derecho. Y esto vale, igualmente, para otros elementos del derecho interno, inclusive el derecho extraditorio convencional integrado al mismo, que signifiquen sólo instituciones de reconocimiento limitado y dispar, como es el principio de no entrega del nacional.

Me he limitado a mencionar con más énfasis sólo las hipótesis de la prescripción y de la entrega del nacional, porque su puesta en juego en el caso sustenta la conclusión, esbozada más arriba, en el sentido de que, si bien el nuevo tratado de extradición con los EE.UU. (ley 25.126) es aplicable a nuestro caso en sus disposiciones procesales, no lo es, en cambio, sin embargo, en tanto indirectamente instituye la aplicación de normas penales más gravosas, tanto en lo que hace a la prescripción, como en lo referente a la entrega de nacionales.

**VII. Disposiciones del nuevo tratado con los EE.UU que no son aplicables retroactivamente. La prescripción**

En cuanto a lo primero, cabe recordar que el anterior tratado con aquél país, del año 1972 (ley de

facto n° 19.764) establecía, en su art. 7 inc. c, que no procede la entrega del requerido "cuando la acción o la pena haya prescripto según las leyes de la Parte requerida o de la Parte requirente". En cambio, el tratado que aprueba la ley 25.126 establece en su art. 7 que "la extradición no será denegada en virtud de que la acción penal o la pena se encuentren prescriptas conforme a la legislación del estado requerido".

Sobre la naturaleza material de la prescripción, o sea sobre su carácter integrativo del tipo penal, la jurisprudencia de la Corte Suprema contiene una expresión terminante en el considerando 7°, del precedente de *Fallos*, 287:76, y de él se desprende la invalidez de la aplicación retroactiva de leyes penales que modifiquen los términos de prescripción en contra del imputado, como en esa misma sentencia lo concluye el Alto Tribunal.

Reproduzco el considerando recién mencionado por su claridad y precisión, como ya lo hice en el caso "Schwammberger" (*E.D.*, t. 135 pág. 323, punto 19):

"7°) Que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de "ley penal", desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva".

En el mismo voto *in re* "Schwammberger" tuve en cuenta la doctrina hoy corriente en Alemania, que considera a la prescripción como instituto meramente procesal. Entonces dije que:

"...en la República Federal Alemana, donde la tesis del carácter procesal del instituto apoya la

validez constitucional de la evolución legislativa señalada, los autores que impugnan tal validez, indican que, incluso admitiendo el carácter procesal de la prescripción, existen principios atinentes al Estado de derecho que se oponen a la retroactividad de las leyes que amplían los plazos respectivos (ver Kern-Roxin, "Strafverfahrensrecht", 10.º ed. Verlag C.H. Beck, Munich, p. 87; ver asimismo los reparos de Jescheck, "Lehrbuch des Strafrecht", Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlín, 3.º ed. p. 729)".

Posteriormente tuve oportunidad de examinar con más detalle el desarrollo del tema en la dogmática alemana, advirtiéndome que una ilustre serie de grandes penalistas le atribuyó carácter sustantivo. En este sentido, Franz v. Liszt y Eberhard Schmidt consideran a la prescripción como causa excluyente de la punibilidad, citando, a favor de esta posición a Allfeld, von Bar, Baumgarten, Beling, Finger, Loening, Köhler, Wachenfeld y el Proyecto de Código Penal alemán de 1927, y este criterio tiene a su favor que las teorías justificantes del instituto de la prescripción penal expresan la idea de que el transcurso del tiempo extingue la legitimidad de la sanción penal y con ello también la justificación punitiva.

Para mayor detalle, agregó que la enumeración de autores referida la extraje de Liszt-Schmidt, *Deutsches Strafrecht*, ed. n.º 26, Berlín-Leipzig, 1932, parágrafo 75, págs. 29 y 30, especialmente nota 1. En otra edición del Tratado de Liszt, en la que todavía no intervenía Schmidt, el primero cita como autores que participan de la concepción material de la prescripción a Eisler, Frank, Olshausen y v. Risch, y jurisprudencia del Reichsgericht, mientras otros autores se pronuncian por el carácter procesal: Berner, Geyer, Heinze, Hälschner,

Samuely, Schütze, v. Wächter, Bennecke y Kreis. En una posición intermedia, que ve en la prescripción un obstáculo procesal con consecuencias penales materiales, se encuentra Binding, seguido por Glaser, Löwe y Meyer (V. 9.º ed. alemana de 1899, págs. 297/298, nota 3). Debo agregar que me sorprende que Liszt cite como representantes de una concepción puramente procesal a Heinze y a Hälschner, a quienes Berner menciona como partidarios del criterio material junto con v. Risch y el mismo Liszt (*Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, Leipzig, 1898, pag. 318). Una reciente monografía cita también como representantes del criterio material a M.E. Mayer, v. Stachelberg, M. Lorenz, Beling, Baumann, Jantsch, H. Kaufmann, mientras que el criterio mixto prevalece en Böckenförde, Dreher, Trändle, v Hippel, Jakobs, Jeschek, Lackner, Pawloski, Rudolphi, Sehäfer y Welzel. En el sentido sólo procesal: Bockelmann y Fischer, junto a la jurisprudencia del Reichsgericht desde 1942, siendo esta posición seguida por el actual Tribunal Supremo (v. Stefan Zimmerman, *Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung*, Freiburg im Breisgau, 1997, págs. 35 a 38, texto y notas).

También resulta destacable, en cuanto al examen de la dogmática alemana acerca del punto, el considerando 42 del voto del Dr. Fayt en el caso de *Fallos*, 328:2056.

Admitido, pues, que la prescripción integra el tipo penal, ha de jugar, naturalmente el principio de la doble incriminación, de manera que si, según la ley penal del estado requerido, el hecho que motiva la solicitud de entrega se halla prescripto la entrega quedará excluida.

**VIII. El principio de la doble incriminación y la**

**prescripción**

El principio de la doble incriminación preside todo el plexo del sistema extraditorio y tiene fundamentos muy sólidos, cierto que discutidos por algunos autores famosos como Travers y otros, cuyas opiniones tuvieron escasa repercusión práctica, pues la idea básica en que se funda la doble incriminación es de gran solidez. Ella consiste en reparar en que los hechos universalmente considerados como delictivos se hallan catalogados (aunque puedan hacerlo de manera deficiente cuando son a la vez de *iure gentium*), por todas las legislaciones.

Por otra parte, las pautas de política criminal, de defensa social, apreciación de los bienes jurídicos dignos de protección en la esfera del *ius civitatis*, difieren incluso entre naciones de cultura compartida, y, por ello, no resulta, como dicen antiguos autores, ni equitativo ni razonable que el estado requerido, en el cual la infracción que da lugar a tal reclamo aparece como un acto lícito, ponga su potestad en movimiento para la represión del hecho que motiva el reclamo. En efecto, se trataría de un ejercicio contradictorio - e incluso abusivo- de la potestad penal del estado que así procediera (ver Beauchet, *Extradition*, parágrafos 230/237, pág. 126 a la 132).

Lo dicho es bastante, a mi juicio, para demostrar que la alteración del régimen de la prescripción como impedimento de la entrega del requerido en el nuevo tratado sobre la materia con los EE.UU. llevaría, en principio, a levantar el obstáculo a la punibilidad existente en el momento del hecho (art. 7 del nuevo Tratado), por lo cual no es aplicable al caso, por violar el principio de irretroactividad de la ley penal,

vigente según lo expresamos sub V, tanto en el derecho interno como en el de gentes.

**IX. La visión de los clásicos sobre la prescripción en la normativa extraditoria**

No se me escapa que la impostación del tema efectuada no es la usual de los autores clásicos del derecho internacional, ajenos al debate dogmático penal sobre la naturaleza de la prescripción dentro del sistema punitivo, pero que consideraron con mayor o menor amplitud el tema esbozado, utilizando otras categorías.

El examen en cuestión debe realizarse, porque, además, ayuda a establecer mejor el criterio a seguir sobre un punto inseguro, cual es el referido a si la prescripción impeditiva de la entrega debe ser sólo la del país requirente o también la del requerido. Ya hemos dicho que entre nosotros es firme el principio que incluye a la prescripción entre los elementos del tipo penal y que esa idea, unida al principio de la doble incriminación, conduce a que las leyes de prescripción a poner en juego sean la del país requirente y también la del país requerido.

Conviene reflexionar sobre la circunstancia de que, pese a que universalmente se admite el principio de la doble incriminación, la problemática referida a la prescripción reconoce, como lo adelantamos, soluciones diversas.

Todos los autores parten de un punto incontestable, a saber, que si la acción o la pena vinculadas al hecho que motiva la solicitud están prescriptas en el país requirente, la entrega no tiene sentido, pues el hecho dejaría de ser punible en el Estado solicitante.



Más allá de esto, existe una corriente de autores que sostienen que aún cuando la acción penal o la pena no estén prescriptas en el país requirente, si lo estuviesen de aplicarse la legislación del país requerido, también debe rechazarse la extradición. El motivo que me parece relevante es la aplicación del principio de doble incriminación.

La posición adversa, que insiste en la sola aplicación de las leyes sobre prescripción del país requirente, es muy minoritaria en la práctica internacional, mientras que la doctrina clásica se halla dividida (ver Beauchet, *op.cit.*, parágrafo 303/316, págs. 168/177, Travers, *op. et vol. cit.*, XXX, parágrafo 2150, en la p. 655; cabe señalar que para Travers la exigencia de no prescripción se asimila la incriminación del hecho motivo de la solicitud en el país requirente - parágrafo 2146, pág. 646, y Piombo, *op. et vol. cit.*, págs. 306/309).

La doctrina que sostiene que sólo la ley sobre prescripción del país requirente ha de tomarse en cuenta para efectuar o no la entrega, pone de relieve que el fundamento de la prescripción se encuentra en que el transcurso del tiempo disipa la alarma social y también las pruebas del delito. Por ello no sería razonable que el estado requerido, donde los efectos del delito no han tenido repercusión, mida con su propia legislación circunstancias que sólo interesan al país requirente.

En contra de esto cabe tomar en cuenta que, desde otro punto de vista, un mayor basamento de la prescripción se encuentra en el motivo de humanidad por el cual se reconoce a los posibles imputados el derecho a no permanecer de modo indefinido -salvo los casos de

delitos *iure gentium*- sometidos a la incertidumbre sobre su *status* frente al sistema penal (Carrara, *Programa*, Tomo II, Ed. Temis, 1986, p. 718, y *Fallos*: 272:188).

Desde este pensamiento, unido en el campo internacional al principio *pro homine* y al *favor rei* (Piombo) se desvirtúa el razonamiento de los teóricos que han propugnado la aplicación exclusiva de la ley del estado requirente en punto a la prescripción como excluyente de la entrega.

La legislación argentina se manifiesta a favor del criterio más restrictivo, teniendo en cuenta sólo la ley del país requirente a los fines de establecer la prescripción de la acción y la pena correspondiente al hecho motivante de la solicitud de entrega, pero distinta es la tesitura argentina en la práctica convencional.

#### **X. La ley 1612 y la prescripción**

El comienzo de la legislación argentina específica en materia de extradición ocurre con la ley 1612, pero, curiosamente, el descuido en la documentación utilizada en el debate de dicha ley conduce a concluir que la misma no arribó a ninguna conclusión válida, de acuerdo con el procedimiento constitucional de formación de las leyes, como definición sobre este punto. Así lo observa Ricardo Lifsic ("La prescripción en el proceso de extradición", *La Ley*, tomo 105, Sección Doctrina, pág. 1063), cuyas conclusiones recoge Piombo y de las que me he hecho eco en mi contribución "De Eichmann a Schwammberger, de Priebke a Videla. La evolución de la idea de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derecho argentino", *Impunidad y derechos humanos en América Latina*, Ediciones Al Margen , pág.

131).

Aparentemente, la ley 1612 se habría decidido en esta cuestión por el criterio que sólo juzga el punto de la prescripción según la legislación del Estado requirente. Así aparece el texto según el oficio suscripto por los secretarios de ambas Cámaras del Congreso, en el "Registro Nacional de la República Argentina", año 1885, tomo Vigésimo Octavo (Segundo Semestre), pág. 119 y sigs. Dice así:

Art. 3 inc.5:

*"No se concederá la extradición:*

*5°: Cuando con arreglo a las leyes de la Potencia requirente, la pena o acción par perseguir el delito que motivase el pedido de extradición se encontrasen prescriptos"* (pág. 120 de "Registro" citado).

Una lectura más cuidadosa del Diario de Sesiones conduce a la poco edificante comprobación de que ni el texto recién transcrito, ni el contrario que también circula en nuestra literatura especializada (ver Barberis, *Código de Procedimientos en materia penal y leyes complementarias*, Tomo II, pág. 225), fueron materia de aprobación regular por el Congreso Argentino.

Veámoslo, siguiendo el trámite parlamentario respectivo. El origen de la ley 1612, primer instrumento genérico entre nosotros que regla la extradición fundada en la reciprocidad, sin tratados, se halla en una iniciativa de la Comisión de Negocios Constitucionales y Exteriores de la Cámara de Diputados, que, antes de expedirse sobre varios tratados de extradición sometidos al Congreso por el Ejecutivo, creyó del caso "que se determine por una ley de carácter general, las bases y procedimientos al que ellos deben sujetarse en lo sucesivo" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados,

19 a Sesión Ordinaria del 22 de junio de 1881, pág. 205). El proyecto, que ocupa desde la pág. 205 hasta la 208 del volumen citado del Diario de Sesiones de Diputados, fue suscripto por los legisladores Quinteros, Gallo y Calderón, y el informante fue Delfín Gallo.

Ahora bien, el Proyecto de Comisión, en su art. 3, inc.5, dice casi exactamente lo que aparece en el texto que publica Barberis:

*"No se concederá la extradición:*

*5° Cuando con arreglo a las leyes argentinas ó á las leyes de la potencia requirente, la pena o la acción para perseguir el crimen ó delito que motivase el pedido de extradición, se encontrasen prescriptas"*

(la supresión final de la referencia al distingo entre crímenes y delitos no es aquí relevante).

En el primer debate del Senado sobre el proyecto de Diputados aparece el proyecto de la Cámara baja con una serie de pasajes en bastardilla que, según la nota puesta al pie del informe introductorio de la respectiva Comisión del Senado, destaca aquello que es "aumento o corrección" introducido al proyecto de la Cámara de Diputados.

El art. 3 inc. 5 aparece diametralmente opuesto al aprobado en Diputados, pues en cuanto a la prescripción de conforma sólo con la ley del estado requirente, pero no está puesto en bastardilla. Empero, en el informe introductorio, la respectiva Comisión del Senado aconsejó aprobar el proyecto de Diputados con las "modificaciones y agregaciones del adjunto" y, toda vez que el proyecto de la Comisión del Senado se aprobó por el Cuerpo, obviamente el art. 3 inc. 5 del proyecto de Diputados fue suplantado en el Senado por un concepto opuesto.

El descuido documental, del que hablamos antes,

ocurre cuando ingresa en la Cámara de Diputados, en la Sesión del 10 de julio de 1885, un oficio suscripto por el Presidente y Secretario del Senado con fecha 13 de junio de 1885 (equivocadamente aparece 13 de julio), que dice que en el día de la fecha el Senado había tomado en consideración el proyecto de Diputados y tuvo bien aprobarlo "con las modificaciones siguientes", entre las que no aparece la referida al art. 3 inc. 5. La Cámara de Diputados consideró las modificaciones propuestas en el oficio mencionado y las aceptó, excepto dos, y así no llegó a pronunciarse sobre la esencial modificación que el Senado realizó en dicho art. 3 inc. 5, revirtiendo su significado.

Después, el Senado decidió no insistir en los puntos de modificación no aceptados por la Cámara baja, y allí finalizó el trámite parlamentario. Los Secretarios de ambas Cámaras enviaron al Poder Ejecutivo una supuesta sanción que recogía todas las modificaciones propuestas por el Senado y comunicadas a los Diputados, excepto las dos que estos últimos rechazaron y pone como texto del art. 3 inc. 5 la modificación del Senado no aprobada por Diputados.

Para completar la contradicción, apunta Lifsic ("La prescripción en el proceso de extradición", *La Ley*, tomo 105, Sección Doctrina, pág. 1064) que:

"...la Cámara de Diputados cuando reproduce el texto de las leyes sancionadas durante el período 1885 (9) y transcribe el art. 3 , inc. 5, lo hace tal como resulta del proyecto que aprobó, la Cámara de Senadores (10), en cambio, al transcribir las leyes sancionadas en igual período, reproduce el texto del art. 3, inc. 5 con la modificación introducida por su Comisión de Asuntos

Constitucionales, texto que adoptó al proceder a votar todo el proyecto en general y en particular".

Con ello, queda claro que en el momento de las decisiones básicas que afectaron el resto de la evolución legislativa al respecto, no existió una posición concordante en el decisivo punto referido a si el principio de la doble incriminación alcanzaba a la ley que determinase si el hecho motivante del pedido de entrega debía ser sólo la del estado requirente o también la del requerido.

La incertidumbre existente quedó disipada con la sanción del Código de Procedimiento en Materia penal, cuyo art. 655 dice:

"En la discusión de un pedido de extradición, no será permitido poner en cuestión la validez intrínseca de los documentos reproducidos por el gobierno requirente, debiendo el juicio limitarse a los siguientes puntos:

...5) Si la acción penal o la pena respectiva están prescriptas, según las leyes del país requirente..."

Y en el mismo sentido se expide el art. 11 del Tratado de Montevideo de 1889, que dice:

"ARTICULO 11. - La extradición no será concedida:

a) Si la acción penal o la pena se hubiesen extinguido según la ley del Estado requirente;..."

#### **XI. La prescripción en los tratados de extradición**

Es notable que mientras la ley 1612 quedaba en la indefinición, o cuando el Código de 1889 se pronunciaba a favor de la sola ley del país requirente, los convenios internacionales de la Argentina sobre extradición, con pocas excepciones, tomaran un rumbo distinto.

El primer convenio de extradición de la Argentina,

entre los publicados, y que me resultan accesibles, en el cual se encuentran reglado el tema de la prescripción como impeditiva de la entrega, es el acordado por el Gobierno Federal con la República de Bolivia, que fue aprobado por la ley 273, del año 1868, y que experimentó algunas modificaciones en virtud de la ley 343, de 1869.

[Los dos convenios aprobados por leyes de la Confederación, y que encuentro publicados, son el acordado con Chile, que contiene normas sobre extradición en un tratado de paz y amistad, y data del 30 de agosto de 1855, siendo aprobado por la ley n° 55 del Congreso de Paraná; y el celebrado con el Imperio del Brasil, el 14 de diciembre de 1857, aprobado por la ley n° 200 de dicho Congreso. El art. 31 del primero sólo contiene la cláusula de doble incriminación de modo genérico, y lo mismo el art. 1°, inc. 3°, del segundo.

Similares características ofrece el tratado de extradición con la República Oriental del Uruguay, suscripto el 14 de julio de 1865, y aprobado por la ley nacional n° 150, de 1865, art. 5].

El art. 12 del referido tratado con la República de Bolivia expresa que "la extradición no tendrá lugar si la pena o la acción por la que se reclama al delincuente hubiere sido prescripta según las leyes de los dos países".

[Esta cláusula, así escrita, carece de toda lógica. En efecto, ya vimos que la no prescripción en el país requirente es un presupuesto necesario de la extradición, como lo explican las autoridades en la materia. Empero, tomado a la letra, nuestro artículo significaría que, si en el país requerido la prescripción -de aplicarse las leyes locales-, no habría aún operado, ello tendría por efecto hacer renacer la acción en el país requirente, lo cual es

absurdo.

Ante esto, se precisa una lectura correctiva, en el sentido de que para la procedencia (y no para el rechazo) de la entrega es necesario que "la pena o la acción por la que se reclama al delincuente no hubiere sido prescripta por las leyes de alguna de los dos países [partes en el tratado]". Lo que aquí decimos lo aplicaremos, más abajo, sub XI, al art. 3, inc. a, de la Convención de Montevideo de 1933]

La afirmación más enérgica de la aplicabilidad de la ley del país requerido en el tema de la prescripción se encuentra en el Tratado de Extradición con el Imperio del Brasil, suscripto el 16 de noviembre de 1869, y aprobado por la ley 458, cuyo art. 6 prescribe que:

*"La extradición en caso alguno será concedida, cuando por la legislación del país en que el reo se halla refugiado esté prescripta la pena o la acción criminal".*

[Merece apuntarse que nuestro primer y más grande internacionalista, Carlos Calvo, en el parágrafo 415 de su *Droit International*, T. I, 2da. edición, París, año 1870, expresa un criterio por completo concordante, cuando dice:

*"L'extradition ne peut plus avoir lieu si, postérieurement aux fait qui l'on motivée, à la poursuite ou à la condamnation qui on été la suite, la prescription de l'action ou de la peine est aquire d'apres les lois du pays dans lequel le prévenu s'est refugié".*

O sea:

*"La extradición no puede tener lugar ni, posteriormente a los hechos que la han motivado, a la persecución o a la condena que han sido su consecuencia, la prescripción de la acción o de la pena es adquirida según las leyes del país en el cual el prevenido se ha refugiado".*

La misma cláusula se incluye en el art. 4º, *in fine*,



del Tratado con Paraguay, de 1877 (ley n° 886), en el art. 11 del celebrado con Portugal (año 1878, ley n° 1170; en el art. 9 del acordado con España en 1881 (n° 1173) y en el art. 7 del suscripto con los Estados Unidos de América el 26 de septiembre de 1896 (ley 3759 de 1898).

Piombo (Tratado de la Extradición, Bs. As. 1998, t. I, pág. 307) estima que la fórmula examinada es esencialmente distinta y con fundamento diferente a la que, en otros tratados, establece que la acción, o la pena, no deben estar prescriptas, para la procedencia de la entrega, ni por la ley del estado requirente, ni la del requerido.

No comparto tal opinión, dado lo que señalan los autores más indiscutidos del derecho internacional en cuanto a que la no prescripción de la acción o de la pena es supuesto lógicamente necesario de la entrega. Por ello, entonces, agregó, tal condición necesaria puede quedar tácita, debiendo -ante la diferencia de opiniones en cuanto a la legislación del país requerido- señalarse cuál es el criterio que se adopta en ese punto (mencioné sub IV, siguiendo a Piombo, como un tercer caso, la hipótesis que dicho autor considera como diferente a las fórmulas "sólo leyes del estado requirente" o "leyes del requirente o del requerido", añadiendo Piombo la fórmula "sólo del estado requerido", pero insisto en que la diferenciación es puramente verbal, y que la segunda y tercera fórmula son, en substancia, iguales).

La segunda fórmula es, de todos modos, la más clara y convincente, haciendo su aparición en el tratado con el Reino de Italia del 16 de junio de 1886 (ley 2239,

## *Poder Judicial de la Nación*

1887) y en el celebrado con el Reino de Bélgica el 12 de agosto del mismo año (ley 3035, de 1893).

En efecto, del art. 8° del primero de dichos tratados dice que :

*"No será acordada la extradición, cuando, según las leyes del país requirente, o según las del país en que el reo se refugiare, se hubiera cumplido la prescripción de la acción penal o de la pena".*

El art. 3°, inc. 5 del tratado con Bélgica establece que:

*"La extradición no tendrá lugar:*

*"Cuando la pena o la acción para perseguir el delito, hubiese prescripto con arreglo a la ley del Estado requirente o del Estado requerido".*

Contienen similares cláusulas el Tratado suscripto con Gran Bretaña el 22 de mayo de 1889 (ley n° 3043, de 1893, art. 5), el celebrado con el Reino de los Países Bajos el 7 de septiembre de 1893 (ley n° 3495, año 1897, art. 3 inc. 5), con Suiza, el 21 de noviembre de 1906 (ley n° 8348 del año 1911, art. 3, inc. 5), con Brasil, del 9 de mayo de 1967 (ley de facto 17.272, art. III, inc. c), con España del 13 de septiembre de 1989 (ley 23.708, art. 9 inc. c), con Italia de la misma fecha (ley 23.719, art. 7, inc. b), con Australia en la misma fecha (ley 23.729, art. 3 inc. e), con Paraguay, del 7 de septiembre de 2000 (ley 25.302, art. 6 , inc. 6), con Corea, de la misma fecha (ley 25.303, art. 3, inc. b).

La excepción histórica -pues ya no está vigente- a esta larga línea de convenciones en el punto de la prescripción está constituida por el Tratado con Brasil, del 27 de noviembre de 1901 (ley 4027, art. 4, inc. 4°), que se conforma con las leyes del país reclamante.

## *Poder Judicial de la Nación*

Los cuerpos normativos en vigencia que presenta el mismo criterio son el Tratado de Derecho Penal Internacional suscripto en Montevideo el 23 de enero de 1889 (ley 392, art. 14 del Tratado), la Convención con el Uruguay, de 7 de septiembre de 2000 (ley 25.304, art. 9°), y la vigente con los Estados Unidos de América (ley 25.126, año 1999)-recién citada-, cuyo artículo 7° quiebra la tradición de reconocimiento otorgado a la ley del país requerido por las anteriores convenciones con la Nación del Norte (ley n° 1931, año 1887, art. 6°) y ley 3759, año 1898, art. 7° ley 3759, art. 7).

En cuanto a la Convención de Montevideo de 1933, aprobada por el decreto/ley 1638/56 (ratificado por ley 14.467), establece en su art. 3 "el estado requerido no estará obligado a conceder la extradición: a) cuando estén prescriptas la acción o la pena según las leyes del estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculcado".

Se ha interpretado que el sentido de tal norma es que para excluir la entrega, "la prescripción de la acción penal debe haber operado a la luz de ambas legislaciones, es decir, que basta que la acción subsista en alguna de ellas para que pueda hacerse lugar a aquélla" (*Fallos*, 323:3680,; ver también el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, del 6 de diciembre de 2006, registro 1346, *in re* "Kepec Anzci, Antonio").

En realidad, la disposición mencionada tiene analogía con la antiquísima del art. 12 del Tratado con la República de Bolivia del año 1868 (ley n° 273), cuya incongruencia pusimos de manifiesto sub XI y sólo nos

cabe remitirnos a lo allí dicho para comprender que el sentido de la norma es el clásico, según el cual no sólo será improcedente la entrega cuando la acción penal esté prescripta en el estado requirente, sino que bastará que lo esté en el estado requerido, aunque no lo sea en el primero.

Por último, debemos tener en cuenta que tanto la Convención Interamericana sobre Extradición (25 de febrero de 1981), como el Tratado de Extradición Modelo aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990 establecen que para la procedencia de la extradición la acción penal o la pena no deben encontrarse prescriptas para el estado requirente o el requerido (art. 4 inc. 2 del primer instrumento y art. 3 inc. e del segundo).

Ello sentado, y habida cuenta de la necesaria aplicación de la regla de la irretroactividad de la ley penal, la solución del caso *sub examine* queda dirimida a favor de la aplicación del tratado anterior con EE.UU. que establecía la doble incriminación también respecto a determinar si el hecho motivante de la solicitud estaba o no prescripto.

## **XII. El principio *aut dedere, aut iudicare* y la obligatoriedad de la extradición**

a) Deberemos, de aquí a poco, internarnos en la problemática concerniente a la extradición de nacionales, punto que se vincula, como dijimos, a la certeza, predeterminada, de la ley penal anterior al hecho, aplicable a los delitos que motivan el reclamo. Los casos en los cuales no procede la extradición del nacional son los que mayormente dan lugar a la aplicación del principio del rubro, cuyo exponente por

excelencia es Hugo Grocio y que solo se comprende como corolario del carácter obligatorio *iure gentium* de la extradición.

Ya hemos acudido (sub I), a la idea de Grocio sobre el carácter obligatorio de la extradición, salvo que el estado de refugio juzgue al reclamado, y hemos de tratar ahora de presentar con cierto detalle la doctrina del gran jurista sobre la materia. Ella es abordada por Grocio en el *De Jure Belli ac Pacis*, Libro II, cap XXI, en los parágrafos III y IV (en la edición francesa de Pradier Fodéré, T. II, París, 1867, págs. 490/497).

El parágrafo III y el n° 1 del IV rezan así:

"Vengamos a la otra cuestión del asilo dado contra las penas".

"Como lo hemos dicho más arriba está permitido naturalmente punir, a todo individuo al que no le sea reprochable nada similar. Después del establecimiento de los estados se convino, es verdad, que los delitos de los particulares que conciernen propiamente al cuerpo de cual ellos son miembros, serán abandonados a esos estados mismos o a sus jefes, para ser según su voluntad punidos o disimulados. Pero un derecho tan absoluto no ha sido igualmente concedido, en materia de delitos que de algún modo interesan a la sociedad humana; delitos que los otros estados o sus jefes, tienen el derecho de perseguir, de la misma manera que en cada estado se otorga una acción popular en razón de ciertos delitos".

"Mucho menos todavía tienen ellos ese poder absoluto acerca de los delitos por los cuales otro estado, o su jefe es lesionado en particular, y por razón, en consecuencia, ese jefe o ese estado tienen el derecho de exigir un castigo en vista de su dignidad o de su seguridad, siguiendo..."

"El estado en el cual vive el culpable... no debe pues impedir ese derecho"

IV.I Mas como los estados no tienen la costumbre de que otro estado vaya en armas al interior de sus fronteras para ejercer el derecho de punir y que ello no es de modo alguno conveniente, se sigue que el estado en el que vive aquel que ha sido convencido de la falta, debe hacer una de estas dos cosas: o, si él es requerido, punir el estado al culpable según su mérito, o remitirlo a la discreción del requirente" (traducción propia de la edición citada y subrayado agregado).

Ahora bien, estos conceptos requieren ser trasportados a la tonalidad del presente, mas, para ello, veamos, primero, cómo se estructura el pensamiento de Grocio en cuanto a este sujeto. Su objetivo es establecer los límites del asilo que otorgue un estado a favor de quien quiera escapar de la pena que otro estado pretenda infligir al refugiado.

En ese punto, recalca Grocio que quedan en la sola esfera discrecional de la punición de cada estado los delitos de los particulares que conciernen "propiamente" al cuerpo (social) al que pertenezca al autor. Por ese motivo, no surge en tales casos el límite del asilo, ya que el estado receptor es ajeno a las modalidades con las que el estado eventualmente reclamante ejercería su discrecional potestad punitiva en esta materia.

En cambio, cede esta suerte de indiferencia del estado receptor cuando nos hallamos "en materia de delitos que interesan de algún modo a la sociedad humana", y todavía es más sobresaliente la facultad del estado que originalmente posee el *jus puniendi* cuando los delitos de que se trate afecten en especial la

seguridad de dicho estado.

En estos últimos supuestos no cabe mantener el asilo, y es preciso que el estado receptor entregue al refugiado, o lo juzgue y sancione -si cabe- por sí mismo: "*aut dedere, aut judicare et punire*".

Si trasladamos las categorías de Grocio a contenidos del presente, diría que los delitos en los que la punición es discrecional para el estado titular de la facultad respectiva comprenden los casos más frecuentemente excluidos de la extradición por los tratados internacionales: los que llevan anexo un mínimo de penas, los militares, los políticos y los fiscales.

En las categorías que obligan a la cooperación inter-estatal se hallan, en los rubros de los que "interesan de algún modo a la sociedad humana", los que significan lesión a derechos personales que por doquier son objeto de tutela penal, mientras que entran en la categoría de delitos que afectan la seguridad de otros estados, los hechos de terrorismo y criminalidad organizada más allá de las fronteras.

Observemos que esta clasificación grociana es diferente de la de los delitos contra el derecho de gentes, los cuales traen tras de sí el ejercicio de la jurisdicción universal, mientras que las incluidas en las divisiones segunda y tercera de esta estructura solo dan lugar a la cooperación interestatal.

En tal sentido, observemos la diferencia de conceptos de "delitos que de algún modo interesan a la sociedad humana" del Libro II, cap. XXI, párrafo III, que hemos recién transcripto, y el que emplea Grocio cuando, en el cap. XX, párrafo XL, del mismo libro (párrafo al cual hemos dedicado, en uno de sus

aspectos, el estudio "Hugo Grocio y la jurisdicción penal universal", en *Aportes jurídicos para el análisis y el juzgamiento del genocidio en Argentina*, secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires), introduce el motivo de la jurisdicción universal, fundada en el *jus puniendi* general respecto de "injurias ...que violan en exceso el derecho natural o de gentes, acerca de cualquiera que sea" (en la edición de Pradier Fodéré citada, T. II, pág. 449).

) También señala Pradier Fodéré que una importante serie de autores han seguido el *dictum* de Grocio sobre la obligatoria entrega del fugitivo (Burlamaqui, *Droit naturel*, T. II, part. IV, cap. III, parágrafo 23-29; Vattel, *Le droit des gens*, Libro II, cap. IV, parágrafo 76 y 77, ed. Gillaumin, 1863, T. II, p. 52 y sigs.; Rutherford, *Institutions of Natural Law*, Volumen I, p. 36 y 37; Schwelzirk, *Systematischer Grundriss des praktischen europäischen Völkerrechts*, parágrafo 61).

En contra de la obligación estricta de entregar al fugitivo enumera Pradier Fodéré, en primer lugar, a Pufendorf (*Éléments*, libro VIII, cap. III, párrafos XIII y XIV); Voet, (*De Stat*, parágrafo 11, cap. I, n° 6); Martens (*Précis Dr. des gens mod. de l'Europe*, parágrafo 101, ed. Guillaumin, 1861, t. I, pág. 276); Kluit (*De Deditioe profugorum*, parágrafo 1, pág. 7).

De todas estas obras, solo he tenido acceso a las de Vattel, Kent (en una edición posterior), Klüber y a la de Martens ya citada, que evidentemente, se limita a describir la práctica de su tiempo, consistente en no admitir una obligación estricta de entrega del refugiado, salvo la existencia de tratado, aunque admitiendo la facultad del estado requerido de entregar, solo por



deferencia, a los reclamados (cabe señalar que la nota de Pradier Fodéré a Grocio sigue de cerca a la que el comentarista de Martens, Ch. Vergé, ya mencionado, hace a la obra que anota, pero es dable destacar que subraya la opinión de Pinhero-Ferreira, según la cual el refugiado debe, incondicionalmente, ser juzgado en el país de refugio; v. *op. et vol. cit.* págs. 285/287).

Por su parte, nuestro único tratadista clásico del derecho de gentes, Carlos Clavo, niega que Grocio haya defendido el principio de la obligatoriedad de la extradición, pues la máxima *aut dedere, aut judicare* solo establece una obligación alternativa (*op. cit.*, X I, pág. 470 y sigs.).

Creo que esto no es cierto. La máxima *aut dedere, aut judicare* no presenta, según lo que se deduce de Grocio, sino solo en lo externo, carácter alternativo, pero en sustancia, partiendo de la obligación de entrega, subraya que si existe un obstáculo a la misma (p. ej., la nacionalidad del reclamado) entonces, queda en manos de las autoridades del país de refugio evita la impunidad.

Añadamos que Calvo agrega a su examen sobre el carácter obligatorio de la extradición la referencia a los autores citados, y otros más, de lo cual surge que varios de ellos se pronuncian por tal índole obligatoria de la extradición.

Contra ello todavía señala Pradiere Fodéré, en la nota a Grocio ya mencionada, que Kluit sostiene que es preciso que exista una convención especial para que un Estado se encuentre formalmente obligado a acordar la extradición demandada por otro; si no la extradición queda siempre sometida a la apreciación y a la

conveniencia del Estado requerido. Esto lo completa Pradier Fodéré con la cita de Mittermaier, según el cual la misma existencia de tantos tratados interestatales sobre extradición es una prueba concluyente de que no existe un uso general entre las naciones al respecto, que constituya una obligación perfecta, y que tenga la fuerza del derecho internacional propiamente dicho (*Procédure criminelle allenande*, parágrafo 59).

c) Más aún, Pradier Fodéré trae a colación a Wheaton, citando en francés su obra *Histoire des progrès du Droit des gens*, ed. 1853, t. II, pág. 349 y sigs, que fue traducida por Carlos Calvo al castellano (Besancon, 1861), y que tengo a la vista, en la cual (t. II, págs. 333/334) Wheaton se adhiere explícitamente a Mittermaier.

Esta presentación del tema, alineando a Grocio y sus seguidores de un lado, y a Pufendorf y a los suyos del otro, para dar a estos últimos la preferencia, sigue reproduciéndose hasta la actualidad, y basta para comprobarlo ver la obra recientísima de M. Cherif Bassiouni, *International Extradition, United States, Law and Practise*, Oxford University, Press, año 2007, pág. 7 (en esto tan distinta a la firmeza con la que en los EE. UU. de la época fundacional, el canciller Kent daba por inconcuso principio del derecho de gentes la obligación de entrega por los delitos graves, aunque no mediase tratado (v. James Kent, *Commentaries on American Law*, Vol. I, 3ra. ed. Boston, 1860, pág. 40/44).

Notablemente, el juez federal de Salta, Dr. David Zambrano, que dictó en primera instancia el célebre fallo *in re* "Jabez Spencer Balfour", que ya consideramos (sub II), se hizo cargo de esta impostación del asunto

con los conceptos que transcribo:

"Y considerando: 1° Que si bien Puffendorf, Martens, Story, Wheaton, y otras autoridades en la ciencia internacional, conformando su criterio á la diversidad y contradicción de las legislaciones en el orden penal, que hoy tiende á desaparecer, sientan como único principio regulador de las relaciones internacionales al derecho particular de los estados comprometidos, niegan que el deber de acordar la extradición de criminales esté impuesto á las naciones por los principios del derecho de gentes, y subordinan aquella facultad á las consideraciones de conveniencia y de utilidad recíproca, diciendo que el fugitivo de la justicia extranjera no ha violado el orden público del estado que le ofrece asilo.

Que otros no menos autorizados, como Grotius, Henecius, Wattel, Kent y los más modernos, miran en la diversidad y contrariedad de las leyes un efecto necesario de la división del género humano en naciones independientes y soberanas, pero vinculadas á un fin comun, cuyos objetivos, en las múltiples esferas de la actividad humana, pueden desarrollarse libremente dentro de la amplia órbita del derecho; no admiten la conveniencia y utilidad particular de países dadas como única razón de las relaciones internacionales, fundados en que el derecho deriva de la naturaleza humana, y en que es anterior á la ley y á los usos, sostienen que la extradición de criminales es un deber recíproco, impuesto á las soberanías por la ley suprema é inmutable de la Justicia y del sentimiento de solidaridad, que empleado la expresión de M. Faustin Helie, ha 'que el crimen que estalla en una nación repercute dentro de las otras'; la discusión de estas doctrinas y si la extradición solo se aplica a los delitos llamados *atrocísimos*, en el

derecho criminal, es inconducente a nuestro caso, porque la ley de 1885 autorizó al Gobierno Nacional á entregar á los Gobiernos extranjeros los fugitivos de la Justicia en la *condicion de reciprocidad*, y el artículo 646 del Código de Procedimientos en lo Criminal, que deroga á la primera, reconoce en todas las naciones el derecho á la extradición de sus criminales refugiados en la República, bajo el mismo principio, en todos los casos y delitos que comprende sin otra restricción que la de estar aseguradas por la legislación de la potencia requirente, la libertad de la defensa y la proporcionalidad del castigo con el delito punible según los principios dominantes en el Derecho Penal" (*Fallos*, 58:11, pág. 25/26).

Tengamos en cuenta que la Corte Suprema, en el precedente citado, confirmó la decisión de primera instancia también por los fundamentos de la misma concordantes con el pronunciamiento de la Corte. En casi todos los puntos concuerda el Alto Tribunal con Zambrano, mas no lo hace expidiéndose de modo terminante con el criterio del a-quo sobre la obligación de extraditar.

En efecto, la decisión parece inclinarse, en los dos párrafos que ahora transcribimos, por la existencia de una obligación moral y de conveniencia acerca de la entrega de delincuentes prófugos.

Así dice en la página 49:

"Derivando la entrega de los delincuentes, entre las naciones, de la convención y de la reciprocidad, y celebrando un ajuste internacional sobre esta base natural de justicia..." (*Fallos*, 58:11, pág. 49)

y en la página 46:

"Respecto de la extradición, las naciones se

encuentran igualmente interesadas en que los criminales prófugos de sus respectivos territorios puedan ser capturados y sometidos á juicio conforme á sus leyes; procediendo de esta común conveniencia y de los deberes morales de los gobiernos, el que las convenciones internacionales ajusten la entrega de los delincuentes asilados en sus territorios respectivos" (*Fallos*, 58:11, pág. 46).

Pero en otros párrafos asoma la idea del deber de entrega conforme al derecho de gentes. Así, en la página 50:

"El interés y el deber de las naciones civilizadas en el mundo, respecto á la represión de los delitos, son como queda dicho, comunes á todas ellas; nada les manda ni aconseja amparar criminales ó encubrir crímenes; y desde que los principios de justicia misma reservan su conocimiento y castigo á las autoridades de aquella en cuyo territorio fueron cometidos, la entrega recíproca de los culpables se impone á todas, en defensa de la moral y de la sociedad" (*Fallos*, 58:11, pág. 50).

y en la página 47:

"... es deber del poder público en toda nación civilizada, procurar que los delitos no queden jamás impunes, buscando que los criminales escapados de su jurisdicción le sean devueltos mediante estipulaciones de recíproca igualdad y mutua conveniencia" (*Fallos*, 58:11, pág. 47).

Volviendo al criterio del juez Zambrano, puede oponerse al mismo que hasta el presente sigue dándose esa situación de ambigüedad en el derecho de gentes acerca de la obligatoriedad estricta de la extradición y su corolario en el *aut dedere-aut judicare*. Bassiouni observa que esta máxima es admitida para los delitos del derecho internacional y señala, además, una serie de

estados -entre éstos, el nuestro- que admiten tal obligación.

De allí, deduzco que las cuestiones disputadas del derecho de gentes, mientras no se zanjén en su propio terreno, deben ser apreciadas por la jurisprudencia de cada uno de las naciones del orbe. En este sentido, ya hemos visto que el caso "Balfour", precedente jurisprudencial señero en la materia, se orienta en el sentido de la obligatoriedad de la extradición, y lo mismo habré de decir de la ley 1612.

**XIII. *Aut dedere, aut iudicare*. Su base en la filosofía social**

a) Mencionaba algo más arriba, con un despunte crítico, la presentación del tema del acápite alineando de un lado a Grocio y sus seguidores, y del otro, a Pufendorf (por cierto ilustre) y a los suyos, sin explicar los motivos de la diferencia de posiciones acerca de si existe o no, *ex jure gentium*, la obligación estatal de entrega de los delincuentes fugitivos, contentándose los autores corrientes con señalar que la práctica va en el segundo de dichos sentidos.

Sin embargo, la explicación de la diferencia, que podemos reducir a los dos gigantes del derecho natural y de gentes moderno: Grocio y Pufendorf, radica, a mi entender, en la distinta concepción de la sociabilidad humana que albergan estos autores.

b) Empero, antes de proseguir con esta línea, debo señalar que la citas que Vergé y Pradier Fodéré hacen de Pufendorf no parece exacta, aunque, al fin, el ilustre sajón resulte admitiendo la posición que le atribuyen los comentaristas nombrados.

En efecto, tanto Ch. Vergé como Pradier Fodéré citan

## *Poder Judicial de la Nación*

"Pufendorf (*Élémenta*, lib. VIII, cap III, parágrafos 23 y 24)". Pero el único libro de Pufendorf cuyo nombre cabe relacionar con *Élémenta* es su primer gran obra latina: "*Elementorum Jurisprudéntiae Universalis, Libri II*", de la que dispongo en la copia facsímil de la edición de Cambridge del año 1672, que aparece en la colección "*The Classics of International Law*", Oxford-Londres, 1931, vol. 15.

Ahora bien, esta obra no tiene sino dos libros, de manera que mal puede citarse el libro VIII, y no se divide en capítulos, sino en "Definiciones", "Axiomas" y "Observaciones", que, a su vez, contienen parágrafos. Nada soy capaz de obtener, en consecuencia, de estas indicaciones.

c) Para tener alguna aproximación al criterio de Pufendorf, solo tengo a disposición la obra citada de Carlos Calvo, que menciona a las otras obras de Pufendorf: "*De officio hominis ac civis juxta legem naturalem*", y "*Du Droit Natural et du droit de gens*", que sí tiene ocho libros (v. sobre Pufendorf y su obra la Introducción, en alemán, a los *Elementorum*, citados, pág. XIII y sigs; la sección dedicada a Pufendorf en la obra colectiva *Les Fondateurs du Droit International*, París, V. Girard et E. Briere, 1904, pág. 331 y sigs, sección escrita por P. Avril, y la obra de Erik Wolff, *Grotius, Pufendorf, Thomasius, Drei Kapitel zur Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft*, [Tres capítulos sobre la historia de la estructuración de la ciencia jurídica] ed. por J.C.B. Mohr, Tübingen, pág. 63 y sigs.).

De lo que dice Calvo se extrae, a mi juicio, que, por una parte, Pufendorf expresa que la responsabilidad

de un Estado por dar refugio a un criminal surge "más bien" de las "convenciones particulares" que de una obligación "del derecho común". Sin embargo, en *De jure naturale et gentium* insiste acerca de que, cuando se ha pronunciado una sentencia contra un criminal, son igualmente criminales aquellos que descuidan poner la ley en ejecución. A esto añade Calvo que "él [Pufendorf] comparte plenamente la opinión de Grocio sobre la responsabilidad del Estado que acuerda refugio a los criminales fugitivos de otro Estado" (v. *op. cit.*, vol I, pág. 475). Pero, a mi entender, hay mucha distancia entre la condena moral que pronuncia Pufendorf, y sostener el deber jurídico de entrega, independiente de los tratados, que subraya Grocio, como vimos en el apartado XII, a).

[Después de escrito el texto, tuve oportunidad de consultar, gracias a la generosidad de un amigo, la traducción inglesa del *Jure Naturale et Gentium* de Pufendorf. Esta traducción fue impresa en 1729 (o sea casi sesenta años después de la aparición del *opus magnum* de Pufendorf (1672), y se debe a Basil Kennet, que fuera presidente del Corpus Christi College de Oxford. Esta edición es la cuarta de dicha traducción, y se halla enriquecida con el discurso de Barbeyrac sobre los progresos de la ciencia de la moralidad, y las notas del mismo a la obra de Pufendorf. El volumen disponible es una copia fotostática hecha por The Lawbook Exchange, Ltda., Clark, New Jersey, año 2005.

Ahora bien, tuve la precaución de consultar en la mencionada edición de *De Jure Naturale et Gentium*, el Libro VIII, cap. III, parágrafo 23 y 24, que cita Pradier Fodéré como propios de los "Elementa" (lo cual vimos que no es posible), y resulta que son ajenos a nuestra materia. También



fui al índice temático de la edición consultada, que bajo el verbo "Refugees" dice "If one is always oblig'e to deliver up those which are accus'd of any Crime, VIII. 6. 12. pero en el lugar correspondiente (pág. 842) trata Pufendorf principalmente acerca de la responsabilidad de los Estados por los delitos que cometen sus súbditos y, en ese contexto, aparece la frase recordado por Carlos Calvo, sobre la responsabilidad criminal de los que no ejecutan las sentencias. Y añade el autor sajón: "El caso de recepción, y hasta dónde el Estado (Commonwelth) da razón para la guerra contra él mismo, por recibir y defender personas que han dañado a otras, puede verse con amplitud en Grocio, libro II, cap. 21, parágrafo 3, 4, 5 y 6". Pero no dice aquí que Pufendorf comparte la tesitura de Grocio.

No la compartía, evidentemente, si es exacta la cita que hace Carlos Calvo (y no hay por qué ponerla en duda) de "De Officio Hominis et Civis juxta legem naturale, libri duo" (aparecida en 1673), a la que nos referimos en el texto principal]

La *mélange* que realiza Carlos Calvo se halla patente en estas manifestaciones, que preceden a su tratamiento sobre Pufendorf:

"...la teoría de la extradición está fundada en el principio, en la equidad, en el derecho: sólo la práctica no es obligatoria. En el fondo, es sobre esta distinción que versan las discrepancias, y no es sino por una falsa interpretación de sus escritos que se ha llegado a alinear a ciertos publicistas entre los adversarios de esta medida, y, en la nota que pone a este principio, aparece entremezclados..."(*op. et vol. cit.* págs. 474/475).

En fin, para Carlos Calvo, la extradición estaba fundada en los principios, el derecho y la

equidad, pero su práctica no era obligatoria. Y, consecuentemente, votó contra la ley 1612, inspirado en la idea contraria (digamos, que, sin embargo, su enconada oposición, más que de principio, se basaba en la realidad de la pequeñez e impotencia de nuestra República, que no dejó de subrayar, y en la inhumanidad del derecho penal de las grandes potencias de su época, que remarcó en el debate. Sin duda, desde entonces, transcurridos 127 años, los derechos penales europeos han pasado por una intensa corriente de humanización, pero no queda sino señalar los rasgos crueles y arbitrarios del derecho penal en otros países del centro y de la periferia).

Volvamos, ahora, a la línea central de nuestras consideraciones en este apartado, en que contraponemos los criterios de Grocio y Pufendorf sobre la obligatoriedad de la extradición y su origen en las distintas concepciones de ambos acerca de la sociabilidad humana.

Me parece que esa diferencia en las concepciones básicas la evoca bien Erik Wolf, en la obra que arriba citamos. Esa obra fue publicada como dijimos, en 1927, y Wolf, en ese momento, antes de escribir en favor del nazismo, cuando éste ya había triunfado, fue un excelente expositor de la historia del derecho natural y de gentes, escribiendo, como él mismo indica, según el método de la historia de espíritu, influido tanto por Rickert y Simmel, como por Dilthey y Gundolf.

Bien, Wolf, en la obra citada nos dice que:

"...para Grocio el *appetitus societatis* era una tendencia fundamental de la naturaleza humana y la vida comunitaria su necesaria consecuencia".

"En Pufendorf, en cambio, la conciencia de la comunidad natural ha desaparecido, bajo el influjo

de las teorías de Hobbes y en lugar del *appetitus societatis* aparece la *imbecillitas*: la necesidad del hombre individual que por motivos individuales [más adelante explica Wolf que se trata de la autoconservación, con fundamento biológico] promueve la sociedad" (pags. 89/90; la traducción es propia).

"...Para él [Pufendorf] ...la sociedad no es más un todo con su especial esencia con la que solo se hace posible la vida del individuo; ella significa más bien un recíproco juego de individuos, que son concebidos bajo una voluntad supraordinada" (pág. 92/93).

"Su [de Grocio] finalidad política estaba teñida de moral universal: las puras normas del Derecho Natural debían fundar inobjetablemente los principios del derecho internacional, que no podían deducirse como válidos de ningún derecho positivo. El completo Derecho Natural de Grocio es, pues, pre-estatal, supraestatal y no político [en el sentido de que no tiene su centro en el estado]" (pág. 90/91).

Distinta, dice Wolf, es la perspectiva de Pufendorf, para quien, a partir de su premisa individualista (pág. 95), la vida en la sociedad es el Estado mismo (pág. 91).

"La nueva concepción de la sociedad como relación de individuos, cuya necesidad se funda, en cuanto a contenido, en el requerimiento biológico... y que por medio del vigor obligante de la *lex naturalis* se llega a realizar, significa el basamento para la construcción de un concepto individualista del derecho natural" (pág. 93) [fin de la cita].

En resumen, y desde nuestro punto de vista, el presupuesto de que Grocio deriva el derecho natural y el

## *Poder Judicial de la Nación*

de gentes es la existencia de una sociabilidad, por decirlo así, espontánea, de los seres humanos, de una condición inicial en la que cada persona solo puede existir en su dimensión social, mientras que el presupuesto de Pufendorf es el sujeto individual tomado separadamente, al que su razón indica la necesidad de formar lazos sociales con los otros sujetos individuales. Para ello, el amor egoísta a sí mismo debe limitarse por medio de reglas que la misma razón dicta.

Y por más que Pufendorf ensaye diferenciarse de Hobbes, no puede menos que constatar que la tendencia que frecuentemente aflora en los seres humanos es la agresividad egoísta que conduce a la guerra y al mal radical del que habla Kant (v. sobre el pesimismo de Pufendorf, el artículo de Avril, ya citado, en el apart. XIII, pág. 348, al final del párrafo 3). Añado que la teología rabínica, a la que con tanto interés se volvía Grocio, advierte que la cuestión básica de la formación moral está en que el espíritu de sociabilidad, el "*ietser ha-tov*" (la tendencia al bien), pueda encarnar el potencial agresivo y destructor del ser humano ("*ietser ha-ra*").

[Aclaremos, también, para evitar la creación de distancias injustificadas entre la teología rabínica y la cristiana, que para la primera, y también la segunda, el esfuerzo humano, por sí solo, no es capaz de crear la armonía de las tendencias, si no interviene la gracia divina. Sobre estas complejas cuestiones, no puedo ofrecer exposición alguna teológica en castellano, mas advierto que encuentro una fuente enorme de inspiración en las ideas que hacen ver la base común, y también marcan las diferencias, del gran amigo y compañero de letras de

## *Poder Judicial de la Nación*

Franz Kafka, Max Brod: "*Heidentum, Christentum, Judentum*", [*Heidentum* significa paganismo) edit. Kurt Wolff, Munich, 1921, vol. I, pág. 84 y sigs., vol. II, pág. 76 y sigs.].

En diversos trabajos nos hemos vuelto contra la concepción individualista de la sociedad, y nos remitimos a ellos, pero no sin señalar que el pensamiento existencial ha permitido, mediante un formidable trabajo, volver al concepto de la sociabilidad humana como dato primo de la conciencia, a partir de la afirmación de la subjetividad personal, que sólo puede constituirse al reconocer y ser reconocido por el otro. Los grandes nombres de Gabriel Marcel, Martín Buber, Franz Rosenzweig y Emmanuel Levinas iluminan esta senda.

El individualismo de raíz hobbesiana constituye el origen de la idea del positivismo estatalista, que no conoce otra fuente de obligación jurídica que la voluntad estatal, y por eso, yendo al ámbito que nos interesa aquí, no puede concebir una obligación internacional no basada en tratados o acuerdos interestatales.

Rechazada la premisa hobbesiana, el principio *aut dedere*, etc., resulta incontestable (Los trabajos del suscripto aludidos arriba son: "La Primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino", en la obra colectiva *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compiladores, Martín Abregú y Cristian Curtis, CELS, ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 115 y sigs., en especial punto III, pág. 118 a 125; "*Ius gentium* y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia argentinas", en la

publicación colectiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, titulada *Verdad y Justicia -Homenaje a Emilio F. Mignone*, San José, Costa Rica, año 2001, pág. 411 y sigs., y "De Eichmann a Scwammberger, De Priebke a Videla. La evolución de la idea de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el derecho argentino", en la publicación *Impunidad y Derechos Humanos en América Latina*, compiladores; Oded Balaban y Amos Megged, Universidad de Haifa, Ediciones al Margen, pág. 131).

Empero, ya insinuamos que, desde el punto de vista de una práctica jurídica incapaz de comprender cuáles son los divergentes fundamentos de posiciones encontradas sobre la obligación de entrega del refugiado, en que se basa la extradición, la manera más tosca, pero quizá más efectiva, de solucionar el punto en particular, es recurrir a los antecedentes del derecho interno. Uno ya lo hemos examinado, y es la jurisprudencia sentada por el juez Zambrano *in re* "Balfour", y seguida de manera débil por la Corte Suprema. Nos quedaban por examinar los elementos que nos ofrece el debate de la ley 1612.

#### **XIV. El debate de la ley 1612 y la obligación de extraditar**

a) En su concepción original, ese conjunto normativo partía de establecer que sólo ante la existencia de tratados nacía la obligación de extraditar.

En efecto, el art. 1 del proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales y Exteriores de Diputados decía:

**"La entrega de individuos perseguidos, acusados ó condenados por los tribunales competentes de un país extranjero que estuviese**

ligado con la República Argentina por tratados de extradición, se hará previo el pedido correspondiente, de acuerdo con los principios y con las reglas consignadas en la presente ley con excepción de aquellos puntos que estuviesen resueltos de una manera distinta en los tratados actualmente existentes mientras se encuentren en vigencia" (Diario de Sesiones de diputados, año 1881, Sesión ordinaria, pág. 205, de la edición 1931)

Y, consecuentemente, el miembro informante, que era, como recordamos antes (sub X), el diputado Delfín Gallo, expresó que el fin del proyecto era establecer "el procedimiento que debía observarse para hacer la entrega de los criminales reclamados, en virtud de los tratados de extradición" (misma Sesión, pág. 208, 2da. columna).

Sin embargo, el criterio esbozado por la Comisión, contrario al deber estricto de entrega del delincuente refugiado, hubo de abandonarse, al fin de un trabajoso debate de máxima importancia para la historia de extradición en el derecho argentino, en el cual el Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Bernardo de Irigoyen, representó lo que podríamos llamar el criterio de Grocio, mientras Gallo, Achával Rodríguez y Carlos Calvo expusieron el contrario.

Tengamos en cuenta que si bien el punto recién mencionado es absolutamente central en la doctrina de la extradición, el mismo, empero, no estuvo en el foco de la atención del debate, sino sólo en su periferia, en su halo de conciencia, por así decirlo. El rol principal de tal debate estuvo reservado a la doble crítica dirigida al proyecto, que provino de Achával Rodríguez, que sostenía que el proyecto avanzaba sobre facultades privativas del Poder Ejecutivo para concertar tratados,

y de Carlos Calvo, que abogaba por una política práctica de resguardo de los intereses de un pueblo pequeño y débil frente a las potencias europeas.

En virtud de este modo de transcurrir el debate, nos ha sido preciso extraer de los bloques de discusión relacionados con tales temas preferidos, las expresiones que fueron dejándose caer acerca del principio fundamental, enviado a segundo plano por las preocupaciones consignadas.

b) Desgranemos, ahora, lo que surge del debate.

Acabamos de consignar las palabras de Delfín Gallo, y la concepción que expresó. No fue esa, sin embargo, la forma en que entendió la norma proyectada el Ministro de Relaciones Exteriores, Don Bernardo de Irigoyen, quien no vaciló en decir que:

*"Se comprende que el espíritu de la Comisión ha sido garantizar ampliamente los intereses, la seguridad de aquellas personas cuya extradición es solicitada por algún gobierno extranjero, **en virtud de tratados ó de principios internacionales**"* (pag. 212 2da. columna, cursiva agregada).

En este singular contrapunto, Carlos Calvo efectuó, como fin de una tirada retórica la pregunta sobre el alcance del art. 1:

*"Yo me pregunto nuevamente: ¿si nosotros encontramos en identidad de circunstancias con aquellas grandes potencias, si podemos hacer una ley general de este género, que nos imponga deberes hacia el resto del mundo, sin darnos derecho alguno á nosotros;-porque indudablemente esa ley dará á cada una de las potencias extranjeras derechos claros, indiscutibles, tengan ó no tratados celebrados con este país?..."*

y fue respondido por Gallo:



"No es exacto. Puede leerse el artículo primero"

La inteligencia original del artículo proyectado fue remarcada a raíz de la intervención del Diputado Achával Rodríguez, en la sesión vigésima, del 27 de junio de 1881. Achával Rodríguez, en lo que aquí interesa, se expresó así:

"Entiendo que esta parte del proyecto de ley, á juzgar por el artículo primero, establece en que casos se ha de conceder la estradicion á los gobiernos que estén ligados con el nuestro **por medio de tratados, y comprendo que no se propone el que, con sujeción a estos principios, se acuerda la estradicion á gobiernos que no hayan celebrado tratados con el nuestro al respecto.**

Sr. Gallo: Indudablemente" (Sesión de 27 de junio de 1881, pág. 244)

En la misma páginas 224, Gallo insistió en el propósito que animaba la norma, cuando dijo:

"El señor Diputado por Córdoba se ha dado perfecta cuenta del alcance del artículo 1 del proyecto en discusión.

La Comisión ha querido efectivamente, que la estradicion de criminales no se concediera sino á aquellas naciones que se encontrasen ligadas por tratados de estradición celebrados con la República Argentina" (pág 224).

El Ministro de Relaciones Exteriores volvió a afirmar su diferente posición diciendo:

"¿Por qué han preferido los gobiernos en toda la época moderna la celebración de los tratados?

No es seguramente, señor Presidente, porque el deber de la extradición emane del tratado. No, señor.

El deber de conceder la estradicion emana del derecho natural, propiamente, de deberes morales, de conveniencias generales, del interés, en suma,

de la sociedad.

La celebración de tratados responde, no á crear la obligación, porque ella existe antes del tratado, como lo sostienen los publicistas modernos, sin discrepancia á ese respecto, ó con alguna muy limitada...

Hoy me permito repetirlo: todos los publicistas están conformes en que la estradicion debe concederse aun cuando no haya tratados, siempre que se solicite á título de reciprocidad; aconsejando sin embargo, para evitar toda clase de dificultades, y para simplificar el procedimiento de los gobiernos, el sistema de los tratados" (pág. 228, primera columna, he aquí una excelente réplica a las ideas de Mittermaier, a las que aludimos en el apartado XII, sub b).

Tanto Delfín Gallo como Carlos Calvo contradijeron el criterio expuesto por el ministro. El primero expresó que:

"Efectivamente, el proyecto de Mr. Dufaure, al establecer estas reglas generales, no hace necesaria, para conceder la estradicion, la existencia de tratado previo, y la ley belga establece lo mismo.

Sin embargo, invocando la autoridad de todos los tratadistas á que se ha referido, el señor Ministro; invocando los últimos que sobre este punto han escrito: Fiore, Billot; apoyándome en las ideas de hombres tan eminentes como estos, que han estudiado este punto anteriormente, como Prevost-Paradol; Julio Favre, Faustin Helie y otros, puedo decir que todos están de acuerdo sobre este punto: la estradicion es casi un deber de las naciones concederla una á las otras, porque se encuentra de por medio el sentimiento de la propia conservación. Sin embargo, no es prudente ni regular que la estradicion se conceda sino en virtud de un

tratado" (pág. 231, 2da. columna).

y el segundo que:

*"Es incuestionable: la mayor parte de los tratadistas están de perfecto acuerdo, no en que la estradicion sea un derecho, sino en que la teoría es admisible, aunque no es obligatoria si no hay un derecho convencional que imponga un deber y viceversa á los contratantes.*

*Puede ó no acordarse la estradicion según las conveniencias de cada país.*

*Se dividen mucho los tratadistas en sus opiniones al respecto. Hay muchos que están a favor de la estradicion, hay otros que están en contra, como Foelix, por ejemplo, que dice : que no es conveniente para los países nuevos el celebrar tratados de estradicion".*

Mas, notablemente, pensamos que por el impulso dado por el ministro, el Diputado Ruiz de los Llanos propuso modificaciones al art. 1.º según las cuales este quedaría redactado del siguiente modo:

**"La entrega de individuos perseguidos, acusados ó condenados por los tribunales competentes de un país extranjero, se hará previo el pedido correspondiente, bajo promesa de reciprocidad, de acuerdo con los principios y con las reglas consagradas en la presente ley, con excepción de aquellos puntos que estuviesen resueltos de una manera distinta en los tratados actualmente existentes mientras se encuentren en vigencia"** (pág. 248).

Esta propuesta dio lugar a un confuso debate de carácter reglamentario, que finalizó con una moción del Diputado Quinteros, miembro de la Comisión, para que la sesión concluyera, que fue aprobada (pág. 250).

En la siguiente sesión, la número 21, del 1 de julio de 1881, la propuesta de Ruiz de los Llanos fue aceptada

por la Comisión, pues el diputado Gallo puso en consideración el siguiente texto:

**"El gobierno de la República Argentina podrá entregar á los gobiernos extranjeros, con la condición de reciprocidad, consignada en un tratado ó en un protocolo, á todo individuo perseguido, acusado ó condenado por los tribunales de justicia del país requirente, siempre que se trate de un crimen ó delito de los que se indican en la presente ley y de conformidad á las reglas en ellas establecidas"** (pág. 254, 2da. columna).

La propuesta obtuvo el beneplácito de Bernardo del Miembro D. Irigoyen, quien expresó su coincidencia así:

*"Yo pienso que no debe ser limitada esta autorización al caso de tratados existentes; que debe tenerla siempre el Gobierno para hacer efectiva la entrega, en todo caso en que se encuentre comprometido el interés social por esos atentados que conmueven, puede decirse, los sentimientos de la humanidad"* (pág. 258).

El artículo propuesto por Gallo dio lugar a una controversia de detalle, que Carlos Calvo aprovechó para reiterar extensamente su oposición a la línea política seguida, y en la cual Achával Rodríguez reafirmó su posición contraria a la entrega sin tratado, afirmando que:

*"Por mas que la estradicion sea un deber, pero un deber imperfecto, como no puede serlo de otra manera de parte de la Nación; tratándose de criminales, á ninguna Nación del mundo le conviene, señor Presidente, estar obligada por una ley interna, á entregar los criminales que sean requeridos por otro país, mientras no exista un tratado de estradicion.*

*Esta es la doctrina que han seguido la Inglaterra y los Estados-Unidos; esta es la*

doctrina que seguido todos los países en que ha reinado la libertad para los habitantes de su suelo.

*En hora buena, entreguemos los criminales que sean solicitados por los Gobiernos extranjeros; pero entreguémoslos por un tratado que obligue á la República Argentina á hacer la entrega al Gobierno extranjero en los casos respectivos" (pag. 264).*

Por fin, después de un discusión interminable y repetitiva de los temas generales, el Diputado García propuso un texto que, en definitiva, se consagró, y que reza así:

**"Art. 1: El Gobierno de la República Argentina podrá entregar á los gobiernos extranjeros, con la condición de reciprocidad, á todo individuo perseguido, acusado ó condenado por los tribunales de la justicia requirente, siempre que se trate de un crimen ó delito de los que se indican en la presente ley y de conformidad á las reglas en ella establecidas" (pág. 273).**

La discusión de este texto fue relativamente breve. Su defensa estuvo a cargo del miembro de la Comisión, Diputado Quinteros, que expresó que el espíritu del artículo podía expresarse con la siguiente cita de algún autor que no nombra y que no puedo identificar, pero que favorece netamente el criterio del Ministro de Irigoyen:

*"El instituto de la extradición, de la cual no faltan vestigios en la antigüedad, pero que en la época moderna ha alcanzado largo desenvolvimiento en las costumbres de los estados, no se funda tan solo en las obligaciones derivadas de los tratados, sino que puede considerarse como ley natural de las sociedades civilizadas, nacida de la comunidad de deberes y de intereses en prestarse recíprocas facilidades y auxilios par la represión de los grandes delitos, que ofenden á las condiciones*

*esenciales del consorcio humano*" (pág. 274).

El texto del art. 1 fue aprobado, y en él y en la explicación dada por Quinteros sobre su sentido tenemos, junto con la sentencia del juez Zambrano, los pronunciamientos más categóricos de la legislación y jurisprudencia de la época fundacional sobre la obligación de extraditar, que sigue claramente la posición de Grocio.

#### **XV. El principio *Aut dedere*, etc. y la ley 1612**

Así como quedaba de resalto, en el debate y en el texto que tuvo sanción de la Cámara de Diputados -y después, del Senado-, la obligatoriedad *iure gentium* de la extradición, se hallaba ausente en el proyecto, antes de la intervención de la Cámara Alta, el deber de juzgar en la República a aquéllos a los que no cabía entregar, especialmente por razón de la nacionalidad argentina que poseyeran.

En realidad, existió en el debate un intento de introducir este principio, que formuló Ruiz de los Llanos al considerarse la prohibición de entrega de nacionales, agregando al inciso 1 del art. 2 lo siguiente: "**...en cuyo caso será juzgado en la República a requisición del gobierno del país donde se ha cometido el delito**" (volveremos de nuevo sobre esta última condición).

Achával Rodríguez discutió la conveniencia del agregado propuesto que, en cambio, encontró el apoyo de Lagos García y otros más (mientras el diputado Slveyra propuso lo que podemos llamar fórmula de Lima, de la que nos ocuparemos más abajo), pero al fin, la Cámara rechazó la propuesta (Sesión 23.º, del 6 de julio de 1881, pág. 319/320).

Fue el Senado el que introdujo el *aut dedere* en términos de impecable obligatoriedad en la reformulación del proyecto de Diputados, dando al art. 5.º la siguiente redacción:

**"En los casos en que con arreglo a las disposiciones de esta ley gobierno de la República no deba entregar a los delincuentes solicitados, éstos deberán ser juzgado por lo tribunales del país, aplicándose las penas establecidas por las leyes a delitos cometidos en el territorio de la República"** (11 va. Sesión Ordinaria del 13 de junio de 1885, pág. 41).

De tal manera, quedaron consignados en la ley 1612, los principios de obligatoriedad jurídica de la extradición y del deber de juzgar por los tribunales nacionales al reclamado en los casos en que la extradición hubiera de ser rechazada.

**XVI. Aut dedere, aut iudicare y las convenciones sobre extradición.**

El principio tan claramente sentado por la ley 1612, y que acabamos de sintetizar al pie del párrafo anterior, aparece de igual modo en los tratados de extradición concertados por la República en aquella época, o la inmediata que siguió.

Interesa señalar que los mejores exponentes de tal principio son los tratados, que siguen en vigencia, con el Reino de Bélgica (ley 2239, B.O. 19/11/1887, arts. 1º y 4º), con el Reino de los Países Bajos (ley 3495, B.O. 16/9/1897, arts. 1º y 7º) y con la Confederación Helvética (ley 8348, sancionada el 27 de septiembre de 1911, arts. 1º y 9º).

Entre los tratados de aquel tiempo que no se hallan en vigencia, conviene destacar el suscripto con el

## *Poder Judicial de la Nación*

Imperio del Brasil (ley 458, de 23/8/1871, arts. 1° y 3°). La claridad con la que el tratado con el Imperio planteaba el aut dedere, etc., no se reprodujo en el concluido con los Estados Unidos del Brasil (ley 4027, 27 de noviembre de 1901, cuyo art. 4° consagra la obligatoriedad jurídica de la extradición, sin que, empero, se hable del deber de juzgar en caso de ser denegada). Notablemente, el tratado con los Estados Unidos del Brasil que actualmente rige consagra el aut dedere sólo para los casos de denegaciones por la nacionalidad (ley 17.272, B.O. 16/5/1967, art. 1°).

En la misma línea de los tratados que se caracterizan por contener la cláusula aut dedere aut iudicare limitada al rechazo de la extradición fundado en la nacionalidad del requerido, podemos citar a instrumentos no vigentes, como la Convención con la República del Paraguay (ley 886, 3/10/1887, arts. 1° y 2°), con el Reino de España (ley 1173, 17/7/1882, arts. 1° y 3°), con la República de Chile (año 1888, ley 3106, de los arts. 1° y 2° se deduce la obligación de extraditar, y el deber de juzgamiento aparece en el art. 7°), con el Reino de Italia (ley 3035, 14/11/1913, arts. 1° y 2°), e, inclusive, el anterior tratado con los E.E.U.U. (ley de facto 19.764, B.O. 23/9/72, art. 4°, 2° parte). Finalmente, la convención de Montevideo, aprobada por el decreto- ley 1638/56 (ley 14.440), también traza, en su art. 2°, los mismos lineamientos.

De igual modo, las convenciones contemporáneas reproducen en lo básico tales lineamientos (Corea, ley 25.303, B.O. 12/10/2000, art. 5°, inc. 2°; España, ley 23.708, B.O. 20/10/89, art. 7°, inc. 2°; Italia, ley



## *Poder Judicial de la Nación*

23.719, B.O. 23/10/1989, art. 4º, párrafo 2º; Paraguay, ley 25.302, B.O. 12/10/2000, art. 4º).

Estas últimas convenciones sólo se diferencian de las más antiguas en que el juzgamiento en el país requerido debe efectuarse mediando una solicitud específica del estado requirente.

No se piense, empero, que las formulaciones débiles (clásicas y modernas) del principio *aut dedere, aut iudicare*, dominen el panorama actual del derecho interamericano. Por el contrario, la Convención Interamericana sobre Extradición, concertada en Caracas en 198, y vigente entre los ratificantes desde el 28 de marzo de 1992 (Serie de Tratados de la OEA, N° 60) formula de la manera más clásica y general el principio *aut dedere, aut iudicare* (arts. 1º y 8º).

Advirtamos que cuatro tratados con estados de la órbita anglosajona, a saber, el de Gran Bretaña, ley 3043, 6 de diciembre de 1983; Estados Unidos, ley 1931, 11/6/1887 y ley 3759, B.O. 5/1/1899; Australia, ley 23.729, de 23/10/1989; y junto a ellos, el Tratado con Portugal, ley 3950, B.O. 8/9/1900, y el Tratado de Montevideo, de 1889, ley 3192, no contienen reglas de las cuales emane el principio *aut dedere, aut iudicare*.

Con las excepciones que acabamos de apuntar, tanto la ley nacional básica y fundamental sobre la extradición, o sea, la ley 1612, como la masa del derecho convencional sobre esa materia, se pronuncian, en una u otra forma, por el principio *aut dedere, aut iudicare*, y, desde luego, el presupuesto contenido en el mismo principio, o sea **la obligatoriedad iure gentium** - más allá de los tratados- de la entrega de reos prófugos.

**XVII. La actual ley de extradición n° 24.767 y el abandono del principio de la obligatoriedad iure gentium de la entrega del imputado prófugo.**

Hemos visto con cuánta labor arribaron el Congreso argentino (ley 1612) y la jurisprudencia federal (caso "Balfour"), en las postrimerías del siglo XIX, a la consagración del principio enunciado en el título de este apartado. Ese principio se encuentra negado, empero, por los arts. 10 y 36 (v. también el art. 12) de la vigente ley 24.767.

El art. 10 expresa que:

"Tampoco prospera la extradición cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad o orden público u otros intereses esenciales para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido".

El 36, por su parte, dice que:

"Sin perjuicio de que el tribunal hubiese declarado procedente la extradición, el Poder Ejecutivo resolverá su denegatoria si las circunstancias en ese momento hicieran aplicables las causas previstas en los arts. 3° y 10, o cuando haga lugar a la opción del nacional en el caso previsto por el último párrafo del art. 12. El Poder Ejecutivo podrá delegar esta facultad en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

La decisión deberá ser adoptada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de las actuaciones enviadas por el tribunal. Vencido ese plazo sin que se hubiese adoptado una decisión expresa, se entenderá que el Poder Ejecutivo ha concedido la extradición.

La decisión definitiva será comunicada de inmediato al Estado requirente por vía diplomática.

## *Poder Judicial de la Nación*

En caso que se hubiese concedido la extradición, se insertarán en la comunicación los condicionamientos prescriptos por los arts. 8º, inc. f), 11, inc. e) y 18, y se colocará a la persona reclamada a disposición del Estado requirente”.

De tal modo, no sólo se aparta la ley 24.767 del principio de la obligatoriedad de la extradición *ex iure gentium*, añejo debate desde el siglo XVII, zanjado tras cuidadoso examen por la ley 1612 en 1885, sino que deja de lado otra decisión esencial de aquella ley.

En efecto, en el Informe de la Comisión de Diputados, expuesto por Delfín Gallo, que ya examinamos acerca del principio de obligatoriedad y el tema de la prescripción, se establecen las razones por las cuales no es admisible el criterio que, a tanto tiempo de distancia, introdujo la ley 24.767 en cuanto al rol del Poder Ejecutivo en la extradición. Expresó Gallo en 1981 lo que sigue:

“En cuanto al sistema Suizo, como he dicho antes, su diferencia con el de Bélgica consiste únicamente en que la resolución dada por la justicia es obligatoria; mientras que en Bélgica queda todavía al gobierno el derecho de aceptar o no esa resolución.

La Comisión ha creído que el sistema Suizo era el que se encontraba más de acuerdo con las instituciones que rigen en la República Argentina; y se funda para ello en que por la Constitución Argentina, corresponde a la justicia el conocimiento de todas aquellas causas en que puedan encontrarse en cuestión los derechos fundamentales del ciudadano, los derechos a la vida, a la libertad, a la propiedad.

La Comisión ha creído que la República Argentina en manera alguna podría aceptar un

procedimiento puramente administrativo por cuanto basta el hecho de que un individuo haya pisado el territorio de la República, para que se encuentre bajo el amparo de la Constitución, y con la garantía de sus derechos.

Y estableciendo, como decía antes, la Constitución y leyes de la República, que todos los puntos que pueden referirse a la vida, a la libertad, a la propiedad del ciudadano deben corresponder a la justicia, exclusivamente a la justicia, la Comisión, ha creído que no podía arrebatarle esa facultad con motivo de un pedido sobre extradición que pone en cuestión la libertad de un hombre.

**Por otra parte, en la organización Argentina, el Poder Judicial no es nunca un poder consultivo; el Poder Judicial es un poder completamente independiente, y en este sentido, siendo un poder completamente independiente, no podemos aceptar ese punto del sistema belga, por el cual se deja todavía al Poder Ejecutivo, el derecho de aceptar o no, las resoluciones que el Poder Judicial hubiese dictado.**

Si se tiene en cuenta las leyes dictadas por los países que más similitud tienen con el nuestro en su organización política, se verá que indudablemente estos principios deben haber determinado su jurisprudencia.

Así, los Estados Unidos, país exactamente regido como el nuestro, da autoridad exclusiva a la justicia para resolver sobre todos los puntos que se relacionan con los tratados de extradición; y así también la de Suiza, país federal como el nuestro, deja este derecho al tribunal federal que corresponde en su organización, a nuestra Suprema Corte de Justicia."

Estas razones son las mismas que en el presente

esgrime Piombo al criticar la normativa transcripta, sin referencia al entronque histórico de estas graves cuestiones, que resultan más claras cuando no se las considera en abstracto (v. del autor referido, Tratado de la Extradición, cit., Vol. I, pág. 548 y sigs.).

Por otra parte, es obvio que, por lo menos desde la sanción del nuevo art. 75, inc. 22 de la Carga Magna en 1994, los tratados poseen rango normativo superior a las leyes del Congreso, de modo que las cláusulas introducidas para autorizar al Poder Ejecutivo al desconocimiento de las sentencias de extradición resultan manifiestamente nulas. Es notable que pese al precepto constitucional mentado, en 1997 el legislador procediera olvidándolo por completo, salvo que se tratara de crear mejores barreras contra las demandas de extradición venidas de tribunales extranjeros que ejercitan la jurisprudencia universal contra los delitos de lesa humanidad perpetrados en la última dictadura.

Hace pensar así el amplio uso que efectuó de las normas aludidas de la ley 24.467 el gobierno del Presidente De la Rúa, para negar el trámite de los pedidos de extradición de la índole señalada (decreto 1581/2001, B.O. 17/12/2001). Ese decreto fue derogado por el Presidente Kirchner, siendo uno de los fundamentos destacables la invocación del actual art. 109 C.N., conforme el cual

“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” (decreto 420/2003, B.O. 28/7/2003).

A estas razones añade Piombo que las citadas normas de la ley 24.467 desconocen el derecho a la jurisdicción garantizado por la Ley Fundamental y los Pactos

Internacionales incorporados a la misma (op. cit., pág. 556).

En suma, uniendo los argumentos fundantes de la ley 1612 en este aspecto, a los del decreto 420/2003, y teniendo en cuenta el rango normativo de los tratados, los arts. 10, 36 y concordantes de la ley 24.467 son incompatibles con los arts. 109, 116 y 117 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, correspondiendo así declararlo en cuanto al trámite posterior de la presente causa.

**XVIII. La extradición del nacional. La teoría clásica favorable a la misma y la práctica en contrario.**

Los autores clásicos (o sea lo del siglo XIX y principio del XX) del derecho penal internacional, admiten, en términos generales, la entrega del nacional, pese a la uniforme práctica de los estados que la han negado de manera habitual.

Sin embargo, los motivos repetidamente alegados para sostener esa práctica no convencieron a la mayoría de la doctrina. Como es conocido, esas razones estriban en la invocación del principio de los jueces naturales, cuyo sentido arranca del derecho feudal, en el que la sujeción al señor o al burgo hacía de estas entidades los jueces naturales del súbdito. También entran en juego los principios del derecho a la permanencia en el país, y la protección que el estado debe al nacional. Otras alegaciones subrayan el desmedro que puede resultar para la facilidad de defensa del requerido el enjuiciamiento en país extraño, ante jueces extraños, leyes no conocidas y lejos de las personas y el medio que pueden sostenerlo en el trance del proceso. A esto, que no es falso, pero tampoco suficiente para derribar

el principio de cooperación universal, en que hoy se asienta el instituto extraditorio, se añade, desde hace siglos, la desconfianza, respecto de los tribunales extranjeros, temiéndose su parcialidad, e incluso hostilidad (ver, A. Billot, *Traité de la Extradition*, París 1874, pág 63 y ss.; Maurice Travers, *Le Droit Pénal International*, t. V, París, 1922, pág. 11 y ss, desde n° 2224 a 2226; Ludovic Beauchet, *Traité de la Extradition*, París, 1899, pág. 63 y ss, desde el n° 112 a 121; Horacio Piombo, *Extradición de Nacionales*, Depalma, Bs. As., 1974, pág. 33 y ss; sin embargo, Lombois -*Droit Pénal International*, París, 1979 n° 424, pág. 547/548- estima que las obligaciones contra la prohibición de entrega del nacional pierden fuerza cuando la no entrega va seguida del juzgamiento en el país requerido por el hecho que motivó la solicitud del requirente.

Ahora bien, el principio de la no entrega del nacional es de aparición moderna sólo en cuanto a que la pertenencia a un orden político, definido como Estado-nación, es de origen más reciente, mientras que en la Edad Media y en el Antiguo Régimen, antes que la Ilustración afianzara en el derecho penal el principio de legalidad, la competencia, tanto para legislar como para juzgar, se hallaba en gran parte dominada por el principio de personalidad según el domicilio, pues en aquel tiempo no se había formado todavía el concepto moderno de nacionalidad. De allí que la jurisdicción penal fuera prorrogable y que los domiciliados dependientes de señoríos fueran juzgados a voluntad del superior feudal o que los burgueses tuvieran asegurado el privilegio de rechazar cualquier juzgamiento que no

fuera el de la ciudad de su domicilio.

[Ver H. Donnedieu de Vabres, *Introduction A L'Etude du Droit Pénal International*, París Librairie de la Société Du Recueil, Sirey, 1922: sobre opción a la víctima entre el derecho de su propia ciudad y el del domicilio del autor, pág. 121; el defendido no podía acusar a su conciudadano en el lugar del hecho, sino en el de su domicilio, *ibídem*, parág. 2. La doctrina italiana, en teoría, admitía la precedencia del *forum loci delicti* sobre el *forum domicilii*, pero en la práctica, la *remissio* del imputado con domicilio en una ciudad estado pedido por el juez del *locus delicti* no era concedida. En cambio, para la doctrina y la práctica francesas el tribunal del domicilio era el juez natural tanto para los casos civiles como los penales, *ibid.*, pág. 160/161.

Por ejemplo, los súbditos de los duques de Brabante y Limburgo (partes del Imperio Romano-Germánico) no podían comparecer sino ante los tribunales ducales, tanto en lo civil como en lo criminal, según la Bula Aurea Brabantina, de Carlos IV, *ibid.*, pág 263.

Numerosas ordenanzas francesas acordaban a los burgueses el derecho a declinar toda competencia distinta de la de los jueces de su ciudad, pág. 198 nota. 1.

Paul Voet admite parte del principio territorial en materia penal, pero también la aplicación extra-territorial de los estatuto penales, por un tribunal extranjero, respecto de un extranjero, si media consentimiento de las partes en el proceso, o sea, prórroga voluntaria de la jurisdicción penal (legislativa), *ibid.*, pág. 302]

Como vemos, en este punto pesa una enorme carga del pasado del derecho criminal, en el que desde muy antiguo compitieron los principios de territorialidad y de



personalidad en cuanto al ámbito de aplicación de las leyes penales, y, asimismo, coexistieron, en cuanto a las normas de competencia para el enjuiciamiento, el *forum delicti commissi*, el *forum domicilii* y el *forum deprehensionis* (v. especialmente, H. Donnedieu de Vabres, *Introduction a L'Étude du Droit Pénal International, Essai d'Histoire*, París, Sirey, 1922, pág. 103 y sigs). Advertamos, también, que el eco histórico de esta problemática se manifestaba todavía, en el art. 35 del Código de Procedimientos en Materia Penal para los tribunales nacionales (ley 2372), que sólo perdió su vigencia en el año 1993 (el citado art. 35 decía: "Si el lugar en que se ha cometido el delito fuere desconocido, el Juez del lugar en que se hubiese procedido al arresto será preferido al de la residencia del culpable, a menos que este último hubiese prevenido en la causa").

Dentro del marco referido, aparecen ya las ideas que habrán de sustentar la adopción generalizada del principio de no entrega del nacional. Así, un famoso comentarista francés del siglo XVII, Ayrault, citado por H. Donnedieu de Vabres, adelantaba, en el marco de las antiguas ideas sobre la jurisdicción penal, al que arriba nos referimos, los motivos que aún se alegan a favor del *forum patriae* para el nacional. Ayrault se ocupaba de la competencia de un juez extranjero que resulta ser, a la vez, el *judex loci delicti* y el *judex domicilii*. Ahora bien, Ayrault parece otorgar a esta última cualidad una gran importancia. Recuerda Donnedieu de Vabres que el mencionado autor escribía en un tiempo en el que, en materia criminal, el procedimiento acusatorio estaba todavía en vigor. Tengamos en cuenta que el principio del derecho acusatorio es la regla

fundamental del *ordo judiciorum*: *Actor sequitur forum rei*.

Añade Donnedieu de Vabres, que Ayrault da las razones de esa preferencia. Es en el lugar de su domicilio donde el acusado encontrará más fácilmente amigos que prestarán testimonio en su favor; es allí que podrá esperar la mejor acogida por parte del juez; además, no estará expuesto a sentirse rodeado de enemigos. Y literalmente cita Donnedieu de Vabres: "Aquel que es sustraído de su medio pierde indudablemente parte de su libertad y de su condición natural: él se mira ya, en alguna medida, como esclavo; se tiene ya por prejuzgado; pierde corazón y audacia para defenderse" ... "si se quiere decir que el inconveniente será recíproco [será sufrido por los naturales del país que los entrega, pero también por los del país requirente, si, en reciprocidad, extradita a los suyos] ... decimos que en concurrencia de desigualdades, el favor debe ser para el acusado; y que si existe inconveniente en proceder aquí o allá, es mejor inclinarse al lado de la liberación antes que al otro ..." (Donnedieu de Vabres, op. cit., pág. 36).

Constituye una importante ayuda para la labor jurídica en nuestro campo el mensaje que desde el Siglo XVII emite uno de los juristas humanistas de esa época, en el sentido de que el tema de la entrega de un miembro de la comunidad estatal debe ser objeto de una interpretación de las normas inspirada por el principio del favor rei.

#### **XIX. La entrega del nacional en la ley 1612 y las normas que la siguieron.**

El debate sobre este punto de la ley 1612 (art. 3,

inc. 1), tuvo en cuenta tanto la posición de la doctrina, favorable a la entrega del nacional, como la práctica negativa generalizada, acogida en el proyecto, y que fue criticada por el diputado Solveyra (23a. Sesión Ordinaria, del 6 de julio de 1881, pág. 313 y ss.). La réplica del Diputado Gallo es notable, y conviene transcribir sus conceptos:

**"Sr. Gallo:...** Esta cuestión de la extradición de los nacionales, señor Presidente, ha sido largamente discutida por todos los autores que se han ocupado del derecho de extradición, y debo decirlo con franqueza, la mayor parte se inclinan al principio sostenido por el señor Diputado por Buenos Aires, es decir á que no debe hacerse una escepcion en favor de los nacionales cuya extradición fuese solicitada. Sin embargo la legislación positiva de todos los pueblos, apartándose de esos principios, cuya exactitud teórica es difícil de refutar, ha aceptado, ha aceptado con una completa uniformidad, la doctrina contraria. No hay un solo país civilizado en el mundo, donde se acuerde la extradición de los nacionales, no hay uno solo que haya conseguido hasta ahora, desprenderse por completo de esa preocupacion, si preocupacion puede llamarse, un sentimiento que nace de una fuente noble y generosa, de la misma donde emanan esas ideas que impulsan á los pueblos á cubrir con su protección todos sus hijos, cualquiera que sea el punto del globo donde los lleve el destino.

La Francia tiene treinta o cuarenta tratados, con casi todas las naciones del mundo, y en todos ellos está consignada esta escepcion. La Inglaterra tiene otros tantos: la misma escepcion se encuentra consignada. Belgica, Italia, Austria, Alemania, que tanto han contribuido al desarrollo del principio de extradición, niegan tambien la entrega de sus ciudadanos.

Una pregunta asalta el espíritu en presencia

de esta uniformidad, ¿cual será la razon de la aceptacion universal de un principio que en teoría, sin embargo, todos los maestros de la ciencia consideran que no es bueno? La razón jurídica se encuentra en la regla que ne derecho internacional privado son conocidas con el nombre de estatuto personal. Se considera que una nacion tiene el deber de garantizar á sus nacionales, en cualquier parte donde se encuentren. Se considera que una nacion no pierde jamas su soberania absoluta, sobre todo los individuos que han nacido en su territorio, aun cuando se encuentren accidentalmente fuera de él. Por consiguiente, si alguna vez esos ciudadanos, encontrándose en una nacion distinta han cometido un hecho punible cualquiera, si es que despues se refugian en su pais, la nacion en ejercicio de su soberania, tiene derecho a exigirles cuenta de sus actos; pero le debe en reciprocidad la garantía de sus leyes, entre las cuales se encuentra la de ser juzgado con arreglo á ellas. En una palabra, esta teoría importa el predominio de la soberania territorial misma, que es la que en la generalidad de los caos determina el luga, la forma y la ley de los juicios criminales.

La Comisión, señor Presidente, no e ha preocupado mucho de averiguar cual de las dos teorías es la exacta, y se ha limitado á consignar el principio aceptado por todo el mundo.

Ha creido que no habia conveniencia para la República Argentina, en presentarse la primera haciendo innovaciones de tanta trascendencia en puntos que no son regidos por el derecho natural, sino por el derecho convencional de las naciones, y lo crée, principalmente, fundándose en razones de un orden práctico. Dadas las legislaciones positivas de todos los pueblos de las Europa, es indudable que no podría consignar la reciprocidad sobre este punto con aquellos naciones, en los tratados ó convenciones que celebrara con ellas, y

siendo así, no sería justo ni equitativo que nosotros les entregáramos nuestros nacionales, mientras ellos no contestaran de la misma manera.

Ahora, esto que sucede con las naciones extranjeras adquiere un carácter de mayor importancia tratándose de los pueblos americanos que nos rodean. No todos, como lo he manifestado ya en el curso de esta discusión, tienen una situación estable; no todos tienen sus instituciones completamente aseguradas; no en todos, las garantías que la justicia puede inspirar son completamente eficaces; y entonces la Comisión cree que no siendo posible establecer este principio, bueno tal vez en teoría, tratándose de los pueblos europeos que ofrecen completas garantías al individuo, no sería conveniente establecerlo solo con algunos pueblos americanos, que no tuvieran en su legislación los mismos inconvenientes que aquellos.

Y precisamente los pueblos americanos que tienen una organización seria como el Brasil y Chile, han reconocido el principio europeo, es decir, no aceptan la extradición de los nacionales, según sus tratados. Así, pues, no solo nos quedarían algunos otros con los cuales sería muy peligroso establecer un principio semejante, que vendría a quitar a nuestros nacionales, la protección que la nación les debe, sin asegurarles en cambio las garantías de una justicia bien organizada.

Estudiando este punto en algunos libros modernos, he visto con interés que el único caso que se cita como ejemplo de una modificación al espíritu dominante en todas las legislaciones positivas, es precisamente uno que se refiere a nosotros. El único tratado en el cual se consigna, y no de una manera completa la extradición de los nacionales es el tratado que tenemos con el Estado Oriental, del año 1865. En ese tratado no se consigna de una manera completa, como he dicho, la

extradición de los nacionales; pero establece, para el caso en que estos no prefieran ser juzgados en el territorio de su nación, es decir, si son argentinos en la República Argentina, y si son Orientales, en la Oriental. Tengo entendido que este principio es el que ha sido admitido también por el Congreso de Juristas que se reunió últimamente en Lima.

Pero la Comisión cree que no habría objeto en consignar en la ley, este principio limitado en esa forma, por cuanto es indudable que un nacional ha de tener mayor interés siempre en ser juzgado en su patria, con arreglo á las leyes de su patria, donde encontrará ciertamente mayores simpatías, mayores elementos de defensa.

Es por todo esto que la Comisión ha consignado esta excepción, creyendo que no es conveniente ni prudente introducir una innovación tan completa, sobre este punto, á los principios admitidos por todas las naciones del mundo".

La tajante solución del art. 3º, inc. 1º de la ley 1612 fue seguida por los tratados con Bélgica, aprobado por ley 2239 -art. 3-, con los Países Bajos, aprobado por ley 3495 -art. 3-, y con Suiza, aprobado por ley 8348 -art. 3- (e iguales cláusulas contenidas en los tratados que perdieron vigencia con España, aprobado por ley nº 1173 -art. 3- y el de Italia, aprobado por ley 3035, del año 1893 -art. 2-; y otros que sólo tienen valor histórico y rigieron en el siglo pasado con Brasil, Bolivia, Paraguay y Portugal; ver Piombo, *Extradición de Nacionales*, nº 287, pág. 208). También tenemos las hipótesis en las cuales el estado requerido tiene la facultad de entregar o no al nacional (ver tratados con Australia, ley 23.729, art. 3, inc. 2; Brasil, ley de facto 17.272, art. I, párrafo primero; Corea, ley 25.303, art. 5; España, ley 23.708, art. 7;

## *Poder Judicial de la Nación*

Italia, ley 23.719, art. 4; Paraguay, ley 25.302, art. 4).

En pocos casos se establece para nuestro país la obligación absoluta de entrega (ello ocurre en el Tratado de Montevideo, de 1889 art. 20, en el Tratado con Uruguay, aprobado por la ley 25.304, art. 10 y, ahora, en el último Tratado con los EE.UU., aprobado por ley 25.126, art. 3).

A diferencia de la originaria ley 1612, el Código de Procedimientos en Materia Penal (art. 669) y, ahora, la ley 24767 (art. 12) establecen la opción del nacional argentino, para ser juzgado ante los tribunales del país. Esta regulación parece ser única en el derecho internacional.

La ley 1612, en su art. 3, consagraba la regla, común en su tiempo, de la no entrega del nacional. En cambio, los Tratados con Bolivia y Uruguay de 1865 y el de Chile de 1869, y el Tratado de Lima de 1879, establecieron el sistema de opción por el nacional que recogió el art. 669 del Código de Procedimientos en Materia Criminal. En el debate de la ley n° 1612 se tuvo en cuenta el criterio de esos tratados para desecharlo, pues eran mirados como casos únicos en el mundo, según expresó el diputado Delfín Gallo en la sesión del 6 de julio de 1881 (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, pág. 315).

Pese a todo, como dijimos, la regla ingresó en el art. 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal y de allí pasó al art. 12 de la ley 24.767 (v. Piombo, Extradición de Nacionales, Buenos Aires, 1974, n° 294 y 295, págs. 218/220 y sus notas, y Tratado de la Extradición, cit., pág. 532 y sigs.).

**XX. El efecto penal material de la prohibición de la entrega del nacional.**

A esta altura, hemos de preguntarnos en qué categoría penal o procesal habremos de alojar a la prohibición de la entrega del nacional.

Piombo clasifica esa prohibición entre los casos de inmunidades, que constituyen obstáculos transitorios al ejercicio de la jurisdicción, los cuales, además, dado su carácter procesal, no borran la ilicitud del acto, ni afectan, por ende, la situación de los partícipes del delito, pero que, por otra parte, dado su carácter de orden público, pueden ser reconocidos de oficio por los tribunales (Extradición de Nacionales, cit., pág. 27, n° 51).

Puedo acompañar a Piombo sólo respecto a la idea de que la prohibición de entregar al nacional (a diferencia de las normas sobre prescripción, añadido), no integra el tipo delictual, pero no considero, como lo anticipé supra (sub IV), que tal prohibición sea ajena al derecho penal sustantivo. En efecto, si la nacionalidad es reconocida como obstáculo a la extradición, ello significa una protección acentuada -que puede ser conveniente pero no es derecho fundamental del requerido- otorgado por el Estado a sus integrantes, de lo cual **deriva**, a raíz del principio *aut dedere- aut iudicare*, la creación de un ámbito personal de vigencia de la ley penal.

[Que los casos de aplicación del *aut dedere- aut iudicare* dan lugar a la creación de un ámbito personal de aplicación de la ley penal argentina, es reconocido por nuestra dogmática (V. Soler, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Tomo I, 5° edición, Buenos Aires, 1987, pág. 312 y sigs.; Fontán Palestra, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*,



Tomo I, 2° edición, Buenos Aires, 1970, pág. 268; Argibay Molina, José F., Damianovich, Laura T.A., Moras Mom, Jorge R. y Vergara, Esteban R., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, 1972, págs. 125/126). Sin embargo, Piombo - y también Núñez, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, vol. I, Bs. As. 1959, págs. 177/197- es partidario, en doctrina, de la tesis llamada de "suplencia" o "sustitución", según la cual en los casos en que el requerido no sea entregado, habrá de juzgárselo por los tribunales del país de refugio, con arreglo a las leyes del país requirente (*Extradición de Nacionales*, cit., págs. 134, 141 y 206). Aparte de las dificultades prácticas y teóricas ofrecidas por este criterio, que aquí no es ocasión de considerar, basta tener en cuenta, para adherir a la doctrina corriente antes citada, que el art. 12 de la ley 24.767 establece taxativamente la aplicación de la ley penal argentina para los supuestos en que el nacional requerido es juzgado por nuestros tribunales (el Tratado vigente con Brasil (ley 17.272) en su art. I, párrafo 1, supone también la aplicación de la ley nacional en estas hipótesis), y, en ausencia de disposiciones contrarias en los tratados vigentes, nos da la norma de interpretación que corresponde seguir. Resulta interesante la observación de Piombo (*op. cit.*, págs. 167 y 187), en el sentido de que el tratado con Italia de 1886 -como sabemos, no vigente- en apariencia prescribía el juzgamiento en el *forum patriae* del nacional no extraditable conforme a la ley del país requirente, aunque Carlos Alberto Lazcano **(3)** no encuentra clara la disposición respectiva, que era el art. 2°, según lo señala el mismo Piombo]

Ahora bien, admitido que el complejo: prohibición de entrega del nacional -juzgamiento en el *forum patriae* significa establecer un ámbito personal de validez y vigencia de las leyes penales del estado requerido, entra en juego la regla del art. 18 de la Constitución Nacional, según la que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Y

no se trata de la ley de cualquier Estado, sino de la que pertenece al ordenamiento jurídico del Estado de ese nacional requerido, pues la Constitución, según su Preámbulo, ha sido ordenada, decretada y establecida para la Nación Argentina, de modo que sus principios y reglas sólo comprenden la esfera jurídica derivada de esa Constitución.

El principio de la ley penal previa tiene, por cierto, el efecto de descartar las sanciones penales posteriores al hecho punible, pero, antes todavía, en una primera instancia de sentido, la función de aquel principio es la de excluir la analogía penal y la mera discrecionalidad de las sanciones. Ello se obtiene con la fijeza de la ley, de manera que sólo puedan desplazar a la ley penal previa otras posteriores más benignas o exactamente iguales en sus presupuestos y consecuencias. O sea que nos hallamos ante un principio cuyo valor es formal, de una formalidad que ha de ser rígida a fin de preservar, como una valla (según la concepción talmúdica) los valores esenciales en juego.

Agreguemos que, conforme lo explicado *in extenso* en el apartado V, la configuración previa y cierta del hecho imputable es un perjuicio del derecho de gentes, que el art. 18 C.N. concreta en nuestro ordenamiento interno. De tal modo, el nuevo tratado con E.E.U.U. no deja de aplicarse sólo por motivos del derecho interno, lo que no está permitido por el art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, sino en virtud de un principio del *ius cogens*, desconocimiento lleva a la nulidad de la cláusula, según el fundamental art. 53 de la Convención, referido al *ius cogens*.

[Desde luego, como lo vengo sosteniendo hace

tantos años, y es hoy jurisprudencia corriente en nuestro país, el límite del principio formal de la ley anterior *stricta et scripta* se halla allí donde el ordenamiento nacional (el *jus civitatis*) debe ceder frente al *jus gentium*, tanto en lo sustantivo, abriendo paso a las peculiaridades de las normas materiales de aquél, como en la competencia adjetiva, que se doblega ante la jurisdicción universal para el enjuiciamiento de las infracciones a aquel derecho, de necesaria observancia para la preservación y desarrollo del entero género humano]

**Tenemos, entonces, que si las normas sobre extradición -solo legales o también convencionales, según el caso- determinaron la no entrega del nacional, y después sí la han permitido, la nueva regla sobre la entrega -que conlleva una variación a posteriori de la ley material aplicable- sólo jugará para el futuro.**

A esta conclusión se llega tomando como punto de partida la existencia de una completa prohibición de la entrega del nacional. Sin embargo, en nuestro derecho, en cambio de la prohibición completa de entrega, se da la opción al nacional para que elija someterse al proceso extraditorio, y a su eventual entrega y enjuiciamiento en el país requirente, o someterse al juicio de los tribunales argentinos, según la ley argentina (v. apartado XIX).

Cabe leer esto como si hubiesen "dos leyes previas", a opción del nacional requerido. Pero ello no ha de aceptarse, pues el principio sigue siendo la no entrega del nacional, **que significa la fijación de la única ley penal previa**, sin que aquél pueda renunciar a esa garantía. Efectivamente, las garantías constitucionales que tutelan la esfera de los derechos y valores personalísimos no son renunciables, de modo que el

sistema de opción (como vimos, derivado del derecho medieval, apartado XVIII) resulta claramente opuesto a los principios de ordenamiento constitucional, y los principios paralelos del derecho de gentes, y debe descartarse, como incompatible con tal ordenamiento. Ello obliga a un replanteo de las normas que entre nosotros rigen este punto.

Ya sea el corriente sistema de establecer una potestad especial del Estado requerido de negar la extradición, o poner esa misma negativa en manos del propio nacional requerido, este tipo de disposiciones significan que no existe ninguna ley determinada previa al hecho que deba regirlo, sino que a posteriori lo determina a discreción el gobierno requerido. Evidentemente, este modo de encarar el tema de la entrega del nacional y de su juzgamiento, es incompatible con la norma del art. 18 de la Constitución Nacional y la similar que existe en el *ius gentium* como pauta para los derechos nacionales.

Lo mismo cabe decir respecto de los casos, numerosos en nuestro ordenamiento jurídico, en los que el nacional requerido opta por su juzgamiento en su país o en el del estado requirente. Entonces, el nacional establece él mismo *a posteriori* cuál será la ley aplicable.

Ya exploramos, en el párrafo XVIII, los orígenes del sistema de opciones respecto de la competencia y del derecho penal aplicable, propio de las instituciones medievales, que subsistieron también en el Antiguo Régimen. Ciertamente, el derecho está formado por la historia y por la razón (ver Fallos 306: 1892, voto del Dr. Petracchi, cons. 18, pág. 1937 y sigs.) pero una razón histórico-crítica debe tamizar los restos de

paradigmas pasados incompatibles con el sentido principal de la evolución posterior. El derecho penal actual, sustantivo y adjetivo, está dominado por el principio de legalidad y la sujeción a los órdenes estatales deriva de la nacionalidad y de la residencia y no más de la dependencia señorial, que no existe, o del domicilio como institución cívica.

En tales condiciones, las cláusulas anómalas que establecen la entrega facultativa del nacional requerido deben tenerse por no escritas, y no como invalidantes de la totalidad de la norma.

**De lo dicho surge que, con este criterio desaparecen las dificultades en cuanto a la determinación de la ley previa sustantiva, tanto en los casos en los que la entrega del nacional es obligatoria (allí la ley previa es la del país requirente) o cuando está prohibida la entrega del nacional (entonces la ley previa y determinada es la ley sustantiva del estado requerido).**

En este orden de ideas, cabe aclarar que no ya sólo la entrega de un nacional, sino también de un extranjero que se halla en el estado requerido, supone el reconocimiento internacional de la competencia sustantiva y adjetiva de la ley territorial del estado en que se cometió el hecho. Y el principio de la determinación de la ley previa se satisface en virtud de ese reconocimiento, siempre que existan en aquel ordenamiento disposiciones abarcativas de la conducta inculpada.

Realizadas estas precisiones, insistamos acerca de que, en los casos en que se introduce la idea de la entrega facultativa, ejercitando tal atribución, ya el Estado requerido, ya la propia persona reclamada, el

principio de la determinación de la ley previa sustantiva no se satisface. Pero el modo de corregir esta deficiencia no es invalidar *in totum* la norma referente a la nacionalidad del requerido, sino tener la cláusula subordinante por no escrita **(4)**.

En efecto, una vez que se da relevancia, en las leyes o en los tratados, al principio de no entrega del nacional, subordinarla, hacerla potestativa del Estado o del propio interesado, significa afectar no sólo el principio de determinación de la ley previa sustantiva, sino también, olvidar que las variaciones de la competencia son susceptibles, en determinados casos, de afectar el derecho de defensa en juicio. Nuestros ejemplos jurisprudenciales conciernen a la supresión de instancias y de otras oportunidades de defensa, y aquí no podemos negar las ventajas que para tal defensa significa el *forum patriae*.

**Estas razones, que no alcanzan para crear un principio universal de no entrega del nacional, sí permiten, en vista a los principios del *favor rei* y *pro homine*, dar por no escritas las cláusulas subordinantes que hacen "facultativa" o "potestativa" la entrega del nacional requerido.**

En definitiva, de acuerdo con los argumentos dados, se concluye que la norma del art. 3 del Tratado entre la Argentina y los E.E.U.U., aprobado por la ley 25.126, que establece la obligatoriedad de la entrega de los nacionales **(5)**, es válida sólo para los hechos ocurridos después de su vigencia, mientras que la norma anterior, osea el art. 7° inc. c, del tratado aprobado por ley de facto 19.764, ha de ser entendida como absolutamente prohibitiva respecto de la extradición del nacional por

## *Poder Judicial de la Nación*

los fundamentos que se acaban de exponer. Ello excluye la posibilidad de entrega de la persona cuyo requerimiento ha dado lugar a las presentes actuaciones, sea cual sea su voluntad, y deja sentada la necesidad de su juzgamiento ante los tribunales argentinos, con arreglo a lo prescripto por el art. 4º, 2º párrafo del tratado que aprobó la ley de facto n° 19.764.

A este último respecto, observamos que el tratado anterior con los E.E.U.U. no contiene las cláusulas de los tratados más cercanos a la actualidad, citados en el apartado XVI, los cuales determinan que el juicio en el país requerido del nacional a quien no se entrega debe efectuarse mediando una solicitud específica del estado requirente.

Este tipo de cláusulas, añadido ahora, no afectan el principio de certeza previa de la ley penal aplicable, pues son equiparables a las condiciones de procedibilidad, que, por definición, no integran el tipo penal, ni menos la certidumbre sobre el mismo, sino que sólo son obstáculos a la persecución, que pueden removerse retroactivamente (sobre esto, ver el voto que emití *in re* "Feet up", expediente N° 297, Sala II, 10/2/1998, apartado XIX de mi voto) **(B)**.

Teniendo ello en cuenta, y dada la superioridad de los tratados sobre leyes ordinarias, lo prescripto por el art. 12, párrafo 3º de la ley 24.767, no es óbice al inmediato juzgamiento -sin necesidad de nuevas actuaciones del gobierno de los E.E.U.U.- de la persona aquí requerida (la norma recién citada, inaplicable en ese aspecto al caso, expresa que: "si el nacional ejerciere esta opción, la extradición será denegada. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley

penal argentina, siempre que el Estado requirente preste conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita todos los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento").

Además, el precepto apuntado de la ley 24.767, similar al art. 669 del Código de Procedimientos en materia penal, no era aplicable, según Piombo, cuando un convenio impone, para el supuesto de no entrega, el juzgamiento incondicionado del nacional (*Extradición de Nacionales*, cit., pág. 222, nota 1059), hipótesis que se verifica en el art. 4º, 2º párrafo, del anterior tratado con los E.E.U.U., aplicable al caso por las razones dadas (dicho art. 4º, párrafo 2º, expresa que "Si el pedido de extradición no se concede en base a la nacionalidad, la persona reclamada deberá ser juzgada por la Parte requerida por el hecho que motiva el pedido de extradición, salvo que el mismo no fuera punible conforme a su propia legislación o la Parte requerida no tenga jurisdicción apropiada") **(6)**.

Volvamos, también, a recalcar que, en cambio, las cláusulas que, con o sin introducir condiciones de procedibilidad (esto es, ajenas al tipo penal) exigen el juzgamiento del nacional no entregado en el *forum patriae* forman, ellas sí, parte de los elementos determinativos esenciales de la norma penal sustantiva previa a aplicarse.

Por las razones que se han venido hilvanando, repito, en este caso no podrá hacerse lugar a la extradición en virtud de la nacionalidad del requerido, aunque ella no haya sido explícitamente alegada, por cuanto, como lo señala Piombo, a quien ya citamos también en este tema (apartado XIX), se trata de un



obstáculo de orden público, que ha de ser reconocido de oficio por los tribunales. Y, asimismo, el juez de grado habrá de someter a proceso al reclamado excepto que de por probada la prescripción según la ley nacional, correspondiendo, entonces, el sobreseimiento.

Sin perjuicio de ello, y de no compartirse el criterio expuesto, de todos modos siempre queda en pie que en el presente proceso de extradición regido, en principio por el nuevo tratado de extradición con los E.E.U.U. aprobado por la ley 25.126, la norma sobre prescripción aplicable es la que contenía el art. 7º, inc. c, del tratado anterior.

De acuerdo con todo lo expuesto, los dos primeros interrogantes formulados por la defensa a fs. 185, *in fine*, y fs. 186, contienen toda la sustancia del caso, y han de responderse en el sentido de que si bien el tratado de extradición con los E.E.U.U., que aprobó la ley 25.126, es aplicable, en términos generales, al presente pedido, no cabe hacerlo en cuanto al art. 7, referente a la prescripción -por razones especificadas más arriba- e inclusive tampoco en lo que hace a la extradición del nacional, en que debe aplicarse el tratado anterior aprobado por la ley de facto 19.764, en la lectura que se le ha dado.

Analizando con más detalle lo que acabamos de resumir, hemos ganado las siguientes conclusiones:

a) en términos generales, el presente pedido de extradición, efectuado por los E.E.U.U., debe regirse por la nueva Convención sobre la materia, aprobada por la ley 25.126, aunque los hechos que motivaron tal pedido sean anteriores a la misma;

b) esto vale para los aspectos realmente procesales

del caso, pero no para las cuestiones de derecho penal sustantivo a las que remite el tratado, esto es, las referidas a la prescripción y la que concierne a la ley aplicable cuando no cabe la entrega del nacional del país requerido;

c) el punto referente a la prescripción de los hechos que motivaron el reclamo de los E.E.U.U., debe juzgarse con arreglo al art. 4º, 2º párrafo del tratado anteriormente vigente, aprobado por la ley de facto n° 19.764;

d) con arreglo a los motivos expuestos en el apartado XX de este voto, no cabe hacer lugar a la entrega del nacional argentino aquí reclamado;

e) la negativa de la entrega del nacional acarrea, por fuerza, la obligación del Estado Argentino de proceder a su juzgamiento;

f) procede, pues, devolver la causa a la instancia de origen, para el enjuiciamiento del reclamado en sede patria;

g) no obstante ello, aunque la cuestión referida a la prescripción no debe ser objeto aquí de pronunciamiento concreto, sino limitado a la ley aplicable, cabe señalar que si el juez de primer grado considera reunidos los restantes elementos vinculados a la prescripción de las acciones respectivas para el derecho nacional, habrá de dictar *in límine* el sobreseimiento del reclamado;

h) en caso contrario, tendrá que proceder al juzgamiento del requerido según el art. 4º, 2º párrafo del tratado que aprobó la ley de facto n° 19.764;

i) a todo evento, corresponde declarar la invalidez constitucional para el caso de los arts. 10, 36 y

concordantes de la ley 24.467;

j) por último, dadas las conclusiones enumeradas, resulta inoficioso pronunciarse sobre la procedencia de tratar como excepciones previas las restantes cuestiones planteadas por la defensa a este Tribunal.

Tales son los criterios que propongo al Acuerdo.

**EL DOCTOR FLEICHER DIJO:**

Que adhiere al ilustrado voto de su colega Dr. Leopoldo H. Schiffrin.-

Por ello y por mayoría, el Tribunal RESUELVE:

I.- Modificar el pronunciamiento recurrido de la manera que surge en las conclusiones del voto del Dr. Schiffrin.

II.- Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces Sala II Dres. Leopoldo Héctor Schiffrin. Gregorio Julio Fleicher. Carlos Román Compaired (en disidencia)

Ante mi: Dra. Ana Miriam Russo. Secretaria de Cámara.

**NOTAS DEL VOTO DEL DR. SCHIFFRIN**

(1) La problemática que desata la fecundación extracorporal toca fibras esenciales de la moralidad y la sensibilidad, y su carácter novedoso da lugar a gran cantidad de incertidumbres y vacilaciones. Estos graves problemas están fuertemente presentes en nuestra doctrina, que discute si el óvulo fecundado desde que se transforma en cigota, es o no un humano, y la cuestión se agudiza para quienes creen que en ese primer momento de concepción está dotado ese ser de alma inmortal, cuestión que la Iglesia Católica responde positivamente desde hace pocos años (v. Santos Cifuentes, *Derechos Personalísimos*, 2º ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, págs. 241/242), lo cual ha llevado a diversos juristas a objetar fuertemente la fecundación extracorpórea (v. por ej., Rodolfo Barra, *El Derecho*, t. 154, pág. 1453 y sigs.; Catalina Elisa Arias de Ronchetto, *El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados*, *El Derecho*, t. 182, pág. 1645; Domingo Curo Grassi, *Manipulación genética y*

fecundación asistida - Ciencia y Conciencia, el Derecho t. 169, pág. 1311; Mariano G. Morelli, La fecundación in vitro condenada en juicio, El Derecho, 30 de octubre de 2001, pág. 10 y sigs. [comentario a fallo], Jorge Scalo, Comienzo de la vida humana: implicaciones jurídicas, El Derecho, 2 de octubre de 2003, pág. 1 y sigs.). Estos autores, y tantos otros, pertenecen a la línea que opina que la persona humana aparece ya en la concepción, en tanto que existe una visión distinta, a la cual podría llamarse teoría de la anidación, que otorga al embrión un status distinto antes de implantarlo en el endometrio materno, y lo denominan "pre-embrión". El sustento biológico de esta teoría radica en que desde el momento de la unión de los genes maternos y paternos hasta la implantación exitosa, el embrión carece de cualidades diferenciales y sólo a partir de su implantación aparecen los primeros esbozos del sistema nervioso central, que daría al embrión la cualidad específicamente humana. También en los primeros catorce días de implantado, el embrión puede segmentarse. De modo tal que podremos hablar de un ser humano cuando nos encontramos frente a una realidad que revista simultáneamente las características de unicidad (calidad de ser único) y de unidad (ser uno solo). Hasta que no haya pasado la oportunidad de la segmentación no estaremos, pues, en condiciones de reconocer al ser en devenir (María Isabel Benavente, "El comienzo de la vida. Su protección jurisdiccional a la luz del derecho argentino vigente". Comentario breve, El Derecho, t. 185, pág. 408; esta autora no comparte la línea que describe de la forma que acabamos de mencionar). En la referida línea se colocan muchos autores argentinos, empezando por el mismo Cifuentes (op. cit., pág. 242 y sigs., con sus notas). Nuestra doctrina se ha ocupado, asimismo, de lo concerniente a si el embrión puede catalogarse como "cosa", o sea simplemente tejido que se extrae del organismo, o como persona, o en una categoría intermedia, en la que no tiene status de persona, pero no puede ser objeto de disposición patrimonial. El tema ha sido abordado con obligada referencia a la decisión de la Suprema Corte del Estado de Tennessee *in re Junior Lewis Davis v. Mary Sue Davis*, del 1º de junio de 1992, que opta por esa última

solución (v. Cifuentes , op. cit., págs. 252/253; Miguel A. de Dios, "El derecho de la procreación en el marco de la reproducción asistida, El Derecho, 22 de julio de 1993, pág. 1, y Agustín Parise, "El status legal de los embriones en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América", La Ley, 7 de noviembre de 2007, pág. 5; este último autor advierte al arraigo de los debates sobre la problemática señalada en los E.E.U.U.). Esta búsqueda de la categoría jurídica adecuada para el embrión obtenido in vitro es, aparte de su interés civil, muy relevante para el derecho penal, pues el encuadramiento como defraudación de los actos por los cuales la persona a la que se confía el embrión dispone de él sin permiso de los aportantes, sólo podría darse si el embrión pudiera incluirse en el patrimonio. Por último, nos encontramos en un campo de difíciles confrontaciones éticas, religiosas y jurídicas, que quizás han influido en el planteo del presente caso en los E.E.U.U. y le otorguen una especial atmósfera, que debe ceder a la reflexión sobre los principios básicos del instituto extraditorio que aquí se juegan.

(2): Las leyes, tratados y convenios vigentes los he consultado, principalmente, en la obra de José Nicasio Dibur y Santiago Deluca, "Extradición - Tratados y Convenios, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

(3) Carlos Alberto Lazcano, J.A., T. 55, págs. 36/39; en la pág. 37 se expresa este autor sobre el tema que nos ocupa, en términos por completo ajenos a la teoría de la sustitución.

(4) Piombo advierte que dejar al requerido la opción discrecional por el *forum patriae* "lleva incertidumbre y falta de seriedad al proceso incoado, permitiendo el Tribunal que crea convenirle" (*Extradición de Nacionales*, citada, pág. 248, supra), pero esta observación práctica no lo conduce a ninguna elaboración dogmático-penal.

(5) No es ocioso añadir aquí que la práctica de los E.E.U.U. de América hasta hace pocos años tendía a la no entrega del nacional, (v., p. ej., Piombo, *Extradición de nacionales*, cit., pág. 65, nota 248), pero ahora se inclina a la completa discrecionalidad, puesta en manos del Secretario de Estado,

excepto cuando un Tratado obligue explícitamente a la entrega del nacional (v. Cherif Bassiouni, *op. cit.*, pág. 493 y 738 y sigs.).

(6) Según el mismo Piombo, no ya en "Extradición de Nacionales", citada en el texto, sino en su posterior "Tratado de la extradición", T. II, pág. 444, el art. 4 del Tratado con los E.E.U.U. aprobado por la ley de facto 19764 (1972), cuando inserta la expresión "o la Parte requerida no tenga jurisdicción apropiada" remite a la competencia interna. De allí dedujo la mayoría de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal *in re* "Taub, Luis Guillermo" (c. 36118), del 13 de julio 2004, que debía aplicarse al caso el art. 12, párrafo 3, de la ley 24.767, transcripto en el texto, de modo que el proceso en la Argentina del nacional no entregado, dependía de la renuncia a la jurisdicción de los órganos judiciales norteamericanos. Contra este criterio de los jueces Luraschi y Cattani, el juez Vigliani acentuó la indefinición permanente en que quedaba el proceso argentino contra Taub, ese evidente quebranto de la garantía consagrada por la Corte Suprema a partir del precedente "Mattei" (Fallos: 272:188). Pero, además, esta lectura de las palabras "que no tenga jurisdicción apropiada" no se corresponde con la efectiva vigencia del principio *aut dedere, aut iudicare*. Por ello, la cláusula mencionada entendida en el sentido de que el proceso del *forum patriae* será llevado a cabo salvo que existan impedimentos que surjan de la interferencia de condiciones de procedibilidad intrínsecas al derecho interno (falta de denuncia del ofendido en delitos que lo requieren, o inmunidades por desempeño de cargos públicos, etc.) o que la acción se halle prescripta. en otras palabras cuando la acción, que es el presupuesto de la jurisdicción, se haya extinguido o eso pueda ejercitarse, aún sea temporalmente, se dispensa el juzgamiento en el *forum patriae*, de modo definitivo o sólo temporario.

**REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: (A)** El precedente citado de la ex Sala III de esta Cámara, "Schwammberger, José F.L.", fallado el 30/8/89) obra publicado para su consulta en el rubro FALLOS DESTACADOS - carpetas temáticas PENAL y PROCESAL PENAL ( FD.452) del sitio WWW.PJN.GOV.AR..**(B)** Igualmente la sentencia dictada en autos "Feet up", expediente N° 297, Sala II, 10/2/1998 obra en el mismo sitio y rubro carpetas temáticas PENAL y LEY PENAL TRIBUTARIA (FD.380).Clicar:1)Fueros Federales;2)Justicia Federal La Plata y 3)Fallos destacados-carpeta temática.

*Poder Judicial de la Nación*



*Poder Judicial de la Nación*