

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

La Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, confirmó la resolución del juez federal que declaró la inconstitucionalidad del artículo 26, segundo párrafo, de la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal n° 24.767, y concedió -bajo las normas del Código Procesal Penal de la Nación- la excarcelación a Guillermo Jorge Gorostiza, cuya extradición es requerida por las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay, donde se encuentra imputado del delito de encubrimiento para facilitar el tráfico de estupefacientes.

Contra ese pronunciamiento, el Fiscal General ante ese tribunal interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio lugar a esta presentación directa.

I

Sin perjuicio del temperamento que habrá de adoptarse, considero pertinente hacer referencia, en primer lugar, a la viabilidad formal de la impugnación.

El *a quo* ha declarado su improcedencia por considerar ausente el requisito de sentencia definitiva y por no haberse alegado gravedad institucional. Para arribar a esa conclusión, se fundó *a contrario sensu* en el precedente publicado en Fallos: 318:2611.

En mi opinión, tal temperamento desatiende una circunstancia que resulta esencial para el adecuado juicio de admisibilidad del recurso y que disipa los impedimentos invocados en la denegatoria. Me refiero a que en la resolución que se impugna se ha confirmado la declaración de inconstitucionalidad de una ley nacional; y es criterio de V.E. que esa

declaración constituye "un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico" (Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 294:383; 299: 393; 300:1087; 302:457, 484 y 1149; 304:849 y 892; 307:1656; 311:396; 312:122, 435 y 1437, entre otros).

Por otra parte, cabe observar -vistos los términos de la resolución que desechó la apelación- que el Ministerio Público ya había invocado esa excepcional doctrina al deducir la apelación contra la resolución del juez federal, y que esa motivación fue reproducida en la expresión de agravios ante la Cámara (ver memorial presentado en la oportunidad prevista por el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación).

Pero aun cuando no se coincidiera con esa afirmación, es dable recordar que V.E. ha considerado que si existe gravedad institucional suficiente, la defectuosa fundamentación del recurso no obsta a la apertura del remedio extraordinario (conf. Fallos: 300:1102, considerandos 5° y 7°). Y tal como se hará referencia enseguida, el *sub judice* compromete una materia que reviste características que habilitan la aplicación de este criterio.

Por lo tanto, siguiendo la pacífica jurisprudencia de la Corte, cabe superar los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado al Tribunal, siempre que exista cuestión federal (Fallos: 311:120 y 1490). Así, la ausencia del requisito de sentencia definitiva que se ha invocado, resulta excusable.

Acerca de la existencia de cuestión federal, en tanto lo resuelto se vincula con la libertad provisoria de las personas cuya extradición es solicitada por otros Estados, se encuentra involucrada la interpretación y el cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por la República Argentina y la cooperación entre las naciones que conlleva ese

Procuración General de la Nación

instituto (artículos 27 y 31 de la Constitución Nacional). Estos extremos habilitan la intervención de la Corte en los términos del artículo 14, inciso 3°, de la ley 48, con arreglo a la doctrina de Fallos: 306:1312, 1805 y 1861; 310:1080 y 1866; 312:152; 314:1325 y 318:2639, entre otros. Cabe destacar, que en el precedente publicado en Fallos: 312:2324, considerando 4°, se aplicó esa interpretación con respecto a un tratado de extradición.

Por lo demás, también es criterio de V.E. que reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (Fallos: 319:2411 y 3148).

Previo a concluir este apartado, estimo conveniente señalar que la vía recursiva adoptada, coincide con el temperamento fijado por la mayoría de la Corte en el caso "Rizzo", publicado en Fallos: 320:2118.

II

Con respecto al fondo del asunto, estimo que si bien los principios que se invocan en la resolución impugnada deben ser necesariamente compartidos por reflejar derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos incorporados con igual jerarquía a nuestro derecho interno, es posible afirmar que más allá de la aplicación que -en lo que corresponda- deba hacerse de la ley 24.767, de Cooperación Internacional en Materia Penal, el *sub judice* se rige, específicamente, por el Tratado de Derecho Penal Internacional firmado en Montevideo en 1889, respecto del cual el *a quo* ha omitido toda referencia cuando, en virtud del principio de subsidiariedad establecido por el artículo 2° de

esa ley, al existir ese tratado multilateral que vincula al Estado requirente y a la República Argentina, son sus preceptos los que deben regir el trámite del pedido.

Cierto es que el análisis de este instrumento permite advertir, a diferencia de lo que prescriben otros similares, la aparente falta de normas sobre la posibilidad de aplicar las reglas de derecho interno sobre la excarcelación y la exención de prisión a las personas que son reclamadas, aspecto que sí mereció puntual tratamiento en la reforma posterior. En efecto, el artículo 45 del Tratado de Derecho Penal Internacional aprobado en Montevideo en 1940, que introdujo modificaciones al del año 1889, estableció de modo expreso que “durante el proceso de extradición, la persona detenida no podrá ser puesta en libertad bajo fianza”. Este acuerdo no ha sido ratificado por nuestro país, pero revela que ante el silencio guardado en el tratado original recién entonces se optó por vedar la libertad del requerido.

Sin embargo, un estudio acerca de las discusiones que precedieron a la aprobación del acuerdo internacional de 1889, permite concluir fundadamente que en el marco de ese instrumento multilateral, se consideró que las personas por extraditar debían permanecer privadas de libertad. Así lo pienso, pues al debatirse el artículo 32 el representante de la República de Chile, doctor Belisario Prats, propuso que el tratado no estableciera los términos y condiciones en que el tribunal debía decretar la prisión de los reclamados, pues entendía que ello correspondía a la legislación interna de cada país. Más aún, hizo mención a que “es sabido que hay delitos que según las leyes de la nación en que se ha refugiado el delincuente no merecen prisión, y que el reo puede ser excarcelado bajo fianza. Sin embargo, este tratado obliga a mantenerlo en prisión, lo cual no es correcto...”.

Procuración General de la Nación

Frente a esta posición, el doctor Gonzalo Ramírez, representante de la República Oriental del Uruguay, expresó que “el juicio de extradición no es un juicio privado de cada Estado, es un asunto de interés común a todas las Naciones contratantes. No es posible que dicho juicio sea ordinario en un Estado y sumario en otro, sin que la extradición se convierta en lo que se llama en Derecho un contrato leonino. Es necesario, cuando menos, señalar los principios dirigentes de manera que se consigan estos dos resultados: que el juicio sea breve y se garantice la defensa del reo. No es posible decir tampoco, que la prisión se efectúe con arreglo a las leyes de procedimiento de cada Estado, porque cuando menos, esto tendría el inconveniente de reaccionar contra los principios que ha sancionado el Honorable Congreso. Considero, pues, necesario establecer un procedimiento uniforme para los juicios de extradición, teniendo en cuenta que, como antes lo he expresado, se discuten intereses comunes a todos los Estados Contratantes”.

Al someterse a votación el texto del artículo 32, que consagró que las reglas del tratado deben regir “la prisión del reo”, lo hicieron afirmativamente los representantes de la República Oriental del Uruguay, de la República de Bolivia, de la República del Paraguay, de la República del Perú y de nuestro país, y por la negativa los representantes del Imperio de Brasil y de la República de Chile.

En igual sentido, durante la discusión del artículo 20 del tratado, el representante de la República Argentina y miembro informante de la Comisión de Derecho Penal, doctor Roque Sáenz Peña, al defender la posición en favor de la extradición de nacionales con fundamento en la confianza que debe existir entre los sistemas judiciales de los Estados, hizo referencia a que esas personas eran entregadas “privadas

de su libertad" al país que los reclama (conf. "Actad de las Sesiones del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado", Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1894, páginas 281/283 y 249).

Con esos antecedentes a la vista, es posible afirmar que el criterio del Congreso fue limitar los supuestos de libertad de la persona reclamada a las situaciones expresamente contempladas en los artículos 37 (sentencia contraria a la extradición solicitada) y 45 (extinción del plazo de arresto provisorio sin presentar el Estado requirente el formal pedido de extradición). A su vez, esa restricción armonizaba con los breves plazos previstos en los artículos 33 a 37 para el juicio respectivo.

No obstante la contundencia de lo anterior, durante la centenaria vigencia del Código de Procedimientos en Materia Penal sancionado por ley 2372 de 1888, cuyo artículo 674 permitía aplicar las reglas de la excarcelación a quienes eran sujetos de un pedido de extradición, no se cuestionó la posibilidad de conceder la libertad provisoria a las personas requeridas en virtud del Tratado de Montevideo de 1889, pues se interpretó de modo pacífico que regía el régimen general contenido en aquel cuerpo legal (conf. Barberis, Luis A., "Código de Procedimientos en Materia Penal", Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1959, tomo II, pág. 170; Malagarriga y Sasso, "Procedimiento Penal Argentino", Editorial J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1910, tomo II, pág. 289; Cámara Federal de La Plata, Sala de FERIA, 26 de enero de 1983, en causa "Suppa, Ricardo A. -El Derecho, tomo 103, página 328- entre otros).

III

De lo anterior se sigue que con la entrada en vi-

Procuración General de la Nación

gencia de la ley 24.767, cuyo artículo 123 derogó las permisivas normas del Código Obarrio, habría llegado el momento de observar el criterio restringido que, con prescindencia del derecho interno, adoptó el Tratado de Montevideo de 1889. A su vez, habida cuenta que su sentido coincide con lo establecido en el artículo 26 de aquella norma, se eliminaría toda posible controversia interpretativa sobre el punto.

Sin embargo, no puede desconocerse hoy día la hermenéutica que en la dirección antes apuntada se ha efectuado durante más de cien años de ese acuerdo internacional, máxime cuando ella es congruente con la reforma introducida en el año 1940 (artículo 45), aun cuando ésta no haya sido ratificada por nuestro país. Tal temperamento, además, es el que aconsejan las reglas de interpretación del artículo 31, inciso 3°, apartados "a" y "b", de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ley 19.865), que resulta aplicable no obstante ser posterior a la celebración del acuerdo de 1889, pues allí se codificaron principios de la práctica internacional hasta entonces imperante (conf. reseña contenida en el apartado IV del dictamen de esta Procuración General de la Nación correspondiente a la sentencia publicada en Fallos: 318:108).

Admitida entonces la vigencia de nuestro derecho interno para regular la cuestión, se advierte la objeción constitucional que cabe formular al artículo 26 de la ley 24.767, pues representa una barrera indiscriminada a la posibilidad de aplicar el régimen de los artículos 316 a 333 del Código Procesal Penal de la Nación a las personas requeridas de extradición. En efecto, impide la libertad provisoria sin dejar margen para evaluar cada caso concreto (v. gr. delito imputado, pena aplicable, situación de arraigo, sometimiento a

la acción de la justicia, conocimiento de la existencia del proceso seguido en el extranjero), pudiendo generarse así situaciones manifiestamente injustas.

Este cuadro no se modifica por los supuestos de excarcelación que reconocen sus artículos 29 y 33, que por tratarse de excepciones no hacen más que confirmar que la regla es la del objetado artículo 26. Asimismo, el umbral punitivo establecido en el artículo 6° para la procedencia de la extradición tampoco contribuye a dejar de lado el cuestionamiento, pues el mínimo de un año allí fijado (sea de la semisuma de la pena prevista para el delito imputado o de la condena que resta cumplir al reclamado), fácilmente puede abarcar casos que admitirían la libertad según nuestra ley procesal penal.

En tales condiciones, la privación de libertad que de modo genérico impone la ley 24.767, es capaz de afectar el principio de igualdad frente a casos que, de hallarse exclusivamente regidos por nuestro derecho interno, podrían admitir la soltura provisoria. Tal situación, en mi opinión, resulta violatoria del derecho que reconoce el artículo 16 de la Constitución Nacional, pues excluye del régimen general del código procesal a las personas reclamadas en un juicio de extradición con exclusivo fundamento en esa circunstancia.

Cabe recordar en ese sentido, que es doctrina de V.E. que la potestad legislativa para, con amplia latitud, ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando, los objetos de la legislación y establecer así regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva -como medida de corrección procesal- conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia, esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones (Fallos: 321:3630, considerando 7°, y

Procuración General de la Nación

precedentes allí citados).

Pero aun de admitirse que esa distinción se justificara por tratarse de personas reclamadas por autoridades judiciales de Estados extranjeros, la eventual aplicación de las reglas de exención de prisión y de excarcelación habrá de depender del país de donde provenga el pedido. En efecto, adhiriendo a la tendencia universal que existe en sentido opuesto al del cuestionado artículo 26, se encuentran vigentes acuerdos bilaterales suscriptos por nuestro país que admiten la libertad provisoria, cuyos preceptos rigen de modo especial en virtud de la regla de subsidiariedad fijada por el artículo 2° de la ley 24.767.

Uno de ellos es el tratado de extradición entre Australia y la República Argentina (ley 23.729), cuyo artículo 10.6 contempla que el Estado requerido podrá conceder, según su legislación interna, la libertad de la persona detenida preventivamente, adoptando las medidas pertinentes para evitar la fuga. Asimismo, su artículo 9.2 permite que la persona se encuentre detenida o en libertad bajo condiciones. De igual modo, el artículo 24.5 del acuerdo con España (ley 23.708), faculta al Estado requerido a acordar la libertad adoptando las medidas pertinentes para evitar la fuga.

En consecuencia, la restricción de la libertad que impone la ley 24.767 resulta arbitraria, pues inclusive dentro de la categoría de procesos de extradición se presentan situaciones de desigualdad sin que corresponda continuar admitiendo excepciones dentro de ella por tratarse de un campo de por sí restringido, como es el de la privación de ese derecho fundamental.

Vinculado con lo que viene desarrollándose, V.E. ha reiterado recientemente (Fallos: 321:3630) que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos: 123:106; 180:149), lo cual no impide al legislador a establecer distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390).

En aquel mismo precedente, el Tribunal volvió a afirmar que la garantía de la igualdad exige que concurren esas objetivas razones de distinción que no merezcan la tacha de arbitrariedad (Fallos: 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos: 138:313; 147:402), considerado como tal aquél conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos: 256:241, considerando 5° y sus citas) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos: 250:410, considerando 2°).

Estas pautas de interpretación permiten apreciar con

Procuración General de la Nación

mayor claridad la arbitrariedad de la regla establecida en el artículo 26 de la ley 24.767 y fortalecen el temperamento en cuanto a su invalidez constitucional.

Asimismo, este criterio coincide con lo que reconocen los tratados de derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional, en cuanto impiden que una persona sea sometida a detención o encarcelamiento arbitrarios (art. 7°, inc. 3°, Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 9°, inc. 1°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y también con lo resuelto el 21 de enero de 1994 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gangaram Panday", invocado por el *a quo*, en cuyo párrafo 47 al interpretar la garantía del mencionado artículo 7°, sostuvo que ella prohíbe detenciones "por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad" (conf. Informe Anual de la Corte Interamericana, año 1994, pág. 21).

V

Como se adelantó en el apartado III de este dictamen, el criterio que se propone es el que mejor observa los lineamientos que enseña la legislación internacional. A modo de ejemplo, el Tratado modelo de extradición aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, prevé en su artículo 9 que el pedido de detención preventiva será resuelto por el Estado requerido de conformidad con su legislación (inc. 3), admite la posibilidad de que la persona sea puesta en libertad "a título condicional" antes de

expirar el plazo de cuarenta días que se fija para esa medida cautelar (inc. 4) y también que esa libertad no impedirá una nueva detención posterior en caso de recibirse el pedido con los recaudos formales (inc. 5).

A su vez, el artículo 16 de la Convención Interamericana de Extradición, suscripta en Caracas el 25 de febrero de 1981, establece que la persona reclamada gozará en el Estado requerido de todos los derechos y garantías que conceda la legislación de dicho Estado (inc. 1).

Por su parte, el artículo 714.2 del Código de Procedimiento Penal Italiano (vigente desde 1989) admite, con ciertas limitaciones, la aplicación de medidas coercitivas teniendo en cuenta la exigencia de garantizar que la persona requerida en extradición no se sustraiga a la eventual entrega (conf. Código de Procedimiento Penal Italiano, traducción de Fabio Espitia Garzón, Editorial Temis, Bogotá, 1991, página 279).

La ley española 4/1985, que regula la extradición pasiva, también admite -en sus artículos 8.3 y 12.2- acordar la libertad de la persona reclamada, bien que adoptando medidas para evitar su fuga (conf. Ley de Enjuiciamiento Criminal, Editorial Civitas, 18a. edición, Madrid, páginas 501 y 503/4).

Asimismo, la ley alemana sobre asistencia judicial en materia penal, sancionada el 23 de diciembre de 1982, autoriza a ordenar la detención a los fines de la extradición si se presentan estas condiciones: peligro de que la persona se sustraerá al proceso o a la ejecución de la extradición, o sospecha de que entorpecerá la averiguación de la verdad en el procedimiento en el extranjero o en el proceso de extradición (art. 15). Una vez recibida la formal solicitud, el Tribunal Supremo estadual debe decidir, sin demora, sobre la continuidad de la detención (art. 16).

Procuración General de la Nación

Esta breve enunciación permite apreciar desde una perspectiva más amplia, que ya al tiempo de su entrada en vigencia -15 de febrero de 1997- el artículo 26 de la ley 24.767 se apartaba de las pautas que se venían siguiendo en el derecho comparado las cuales, merece destacarse, ya habían sido establecidas desde un siglo antes por el artículo 674 del Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372 de 1888), hoy derogado.

VI

Finalmente, considero que los reparos que presenta la norma analizada, no se desvirtúan con las previsiones de los artículos 11, inciso "e", 28, 30, segundo párrafo, y 51 de la ley, pues ni el eventual cómputo del tiempo de detención sufrido durante el trámite del juicio de extradición, ni la posibilidad de allanarse el requerido a la solicitud de traslado, ni la supuesta celeridad del juicio respectivo, representan razones válidas para comprometer los derechos a la libertad e igualdad reconocidos en la Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos incorporados (art. 75, inc. 22). En mi opinión, estos aspectos han sido correctamente ponderados en el considerando IV de la sentencia apelada, al cual me remito en razón de brevedad pues concuerdan, en lo sustancial, con lo desarrollado en los apartados III y IV de este dictamen.

Sólo agregaré en este aspecto, que la arbitraria desigualdad que consagra el precepto en análisis, se manifiesta ya en grado extremo si se considera que, de tratarse de un nacional argentino que finalmente resultara juzgado por nuestros tribunales en virtud de la opción que admite el artículo 12 de la ley 24.767, debería permanecer privado de

libertad durante el trámite de la extradición y sólo luego de formarse la causa respectiva, podría examinarse su situación a la luz de los artículos 316 y siguientes del Código Procesal Penal.

Dejo constancia, por último, que acompaño fotocopia certificada de las resoluciones de primera y segunda instancia y de las respectivas presentaciones del Ministerio Público Fiscal, para una mejor ilustración de los antecedentes del caso, a efectos que V.E. considere su incorporación a las actuaciones.

En virtud de todo lo expuesto, desisto del recurso de queja interpuesto a fojas 10/12.

Buenos Aires, 1 de febrero de 2000.

ES COPIA

NICOLAS EDUARDO BECERRA