

## JOSEF FRANZ LEO SCHIWAMMBERGER

*ESTADO EXTRANJERO.*

La República Federal de Alemania es sucesora soberana del Reich alemán soberano, y a ello no obsta el desmembramiento del territorio del Reich alemán, que ha quedado sometido a la potestad territorial de dos Estados reconocidos como soberanos por la comunidad internacional: La República Federal Alemana y la República Democrática Alemana.

*ESTADO EXTRANJERO.*

El desmembramiento del territorio del Reich alemán, que ha quedado sometido a la potestad territorial de la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana, podría dar lugar a que ambos Estados alemanes ejercieran la pretensión de enjuiciar delitos que caían bajo la jurisdicción del Reich alemán, pero de ningún modo podría servir de base para negarles a ambos Estados esa potestad.

*ESTADO EXTRANJERO.*

La persecución y represión de los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía en un territorio, pasa a ser para el sucesor un acto discrecional y no una obligación, pero expresado el interés del sucesor en el ejercicio de la potestad penal respecto de esos hechos, la comunidad internacional no tiene razón legítima para oponerse a ello.

*EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Prescripción.*

La existencia de diferencias en el modo de regular la prescripción de la acción penal o de la pena por las leyes extranjeras, no implica necesariamente que estas soluciones diferentes sean contrarias al orden público criminal de la Nación.

*EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.*

Postular que en todos los casos en que la ley extranjera es diferente a la nacional ésta debe prevalecer sobre aquella, implica privar de todo efecto al art. 655, inc. 5º del Código de Procedimientos en Materia Penal.

*EXTRADICION: Extradición con países extranjeros. Generalidades.*

El art. 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal no derogó el art. 3º, inc. 1º de la ley 1612 en cuanto permite la extradición de un ciudadano argentino naturalizado con posterioridad al hecho que motiva el pedido de extradición.

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

— I —

El letrado defensor de Josef Schwamberger, Dr. Angel Siri, interpuso el presente recurso ordinario de apelación que prevé el art. 24, inc. 6º, apartado b, del decreto-ley 1285/58, contra la sentencia de la Sala III en lo penal de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, que hizo lugar a la extradición solicitada, respecto de su asistido, por la República Federal de Alemania.

Funda la apelación en la ausencia de legitimación del país requirente para juzgar hechos cometidos antes de su existencia como tal, por ser anteriores a su orden jurídico-institucional y en el hecho de que se habría operado la prescripción de la acción penal nacida de los delitos supuestamente cometidos por su defendido en el extranjero.

Si bien ambos agravios no constituyen más que una reiteración de los ya introducidos desde el inicio de este trámite, y que han recibido debido tratamiento y respuesta en las instancias anteriores, me permito agregar aquí las siguientes consideraciones que avalan el criterio del Tribunal recurrido.

— II —

En lo que respecta a la primera cuestión, el apelante considera que los hechos atribuidos a Schwamberger habrían ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial en territorio que hoy pertenece a la actual República de Polonia y que, por ende, por no tratarse de hechos acaecidos en territorio del país requirente, resulta así de aplicación el art. 9º de la ley 1612, en cuanto dispone que cuando se pidiese la extradición de un extranjero, por delitos cometidos en territorio distinto del de la potencia requirente, no se concederá ésta sino en aquellos casos en que por las leyes argentinas sea permitida la persecución de infracciones cometidas fuera del territorio.

Concluye que por el juego armónico de esa disposición y la correlativa del art. 1º del Código Penal, esta extradición solamente sería procedente, si los hechos ocurridos en Polonia, hubieran producido sus efectos en la República Federal de Alemania o en lugares sometidos a la jurisdicción de ese país, o en caso de que el requerido fuera agente o empleado de la República Federal de Alemania, hipótesis estas que considera no aplicables a las circunstancias de hecho de la causa, conforme las probanzas de autos.

Crítica la solución dada al punto en las instancias anteriores, sobre la base de que la República Federal Alemana y el III Reich son un mismo Estado y, por ende, el primero posee la potestad punitiva de este último. Entiende que el III Reich se extinguió en 1945 y que recién en 1949 nacen las dos Repúblicas Alemanas, 'establecidas sobre las ruinas del III Reich.'

El experto que llevo a cabo la pericia obrante a fs. 1041/1059, Dr. Alberto Luis Zuppi, da cuenta de que en 1945 se originó una gran polémica doctrinaria en punto a si el Estado alemán había cesado de existir al extinguirse, con la capitulación de las tropas, toda forma de orden estatal formándose un condominio aliado; la mayoría de la doctrina se inclinó por negar que tal circunstancia diera lugar a la cesación del Estado alemán (puntos 5 a 7).

Principalmente, el hecho de que una vez superados los momentos siguientes al colapso total, como consecuencia de la derrota sufrida, comenzara el proceso de reorganización del Reich, unido a la circunstancia de que éste mantuvo su soberanía territorial, aunque sin el ejercicio del poder territorial (puntos 8, 14, y 16), le permite concluir que "la República Federal de Alemania no es sucesora del Reich alemán sino el Reich alemán mismo reorganizado políticamente" (punto 1º de las conclusiones).

La sentencia apelada sigue, en líneas generales, el mismo criterio de identificación (fs. 1309/1310 y 1342 vta./1343).

Por su parte, la defensa considera que las dos Repúblicas Alemanas se han establecido sobre las ruinas del III Reich, "...pero ni son herederas ni son continuadoras del antiguo imperio, sino el resultado del desmembramiento de aquél..." (fs. 1364 vta./65).

Entiendo que la solución dada al punto en las instancias anteriores no es pasible de sufrir modificaciones aún cuando se aceptara la tesis defensora, que se enrola en el principio de sucesión de Estados, una de cuyas formas es aquella que tiene lugar como consecuencia del desmembramiento de un Estado que se fracciona en fragmentos y luego éstos devienen, a su vez, en Estados y Personas Internacionales (conf. Oppenheim, "Tratado de Derecho Internacional Público", Tomo I, volumen I, página 172, Bosh casa Editorial, Barcelona, España, 1961).

En tales supuestos, la represión de crímenes y delitos cometidos con anterioridad al cambio de soberanía, pasa a ser para el sucesor, un acto discrecional y no una obligación, al no mediar tratados que rijan el punto (conf. Rousseau, Charles, "Droit International Public", Tomo III, página 482, Item 358, París, 1977 y Podestá Costa-Ruda, "Derecho Internacional Público", Tomo I, página 151, Buenos Aires TEA, 1979).

El presente pedido pone en evidencia, como dan cuenta también los innumerables procesos, de público y notorio conocimiento, que han sido entablados en la propia Alemania como consecuencia de delitos perpetrados en la época del III Reich, de la pretensión punitiva de la República Federal Alemana respecto de los mismos (fs. 1054).

Habida cuenta de lo expuesto, ya sea por el principio de identidad mencionado o por el de sucesión de Estados, cabe válidamente sostener que la República Federal de Alemania se encuentra plenamente legitimada para solicitar esta extradición.

– III –

Toca ahora tratar el segundo agravio de la defensa vinculado con la prescripción de la acción penal nacida de los delitos atribuidos a Josef Schwammberger.

Es principio básico del ordenamiento jurídico que rige la República, que tanto la organización social como política y económica del país, reposan en la ley; y que es consecuencia de ello, el que la función judicial debe cumplirse con sometimiento a las leyes válidas que estructuran sus instituciones, en el leal y total acatamiento de aquéllas y en los términos de la propia competencia constitucional y legal. Y que la invocación de razones extralegales genéricas, como son las atinentes a la conveniencia universal del enjuiciamiento y castigo de todos los delitos y que hacen al interés y a la seguridad de la Sociedad en su totalidad, no permiten, con arreglo a lo dicho, prescindir de la específica reglamentación legal de la materia sometida a decisión de los Jueces del país. Porque el servicio de Justicia, que es su Ministerio, debe cumplirse por medio del Derecho Argentino vigente y cuya institución excede sus atribuciones regulares (cons. 11º de la causa R. 284, L. XX “ Ventura, Giovanni Battista s/ su extradición”, resuelta el 20 de agosto de 1988).

Que, también, es antigua y no discutida mayoritariamente doctrina del Tribunal, que el procedimiento de extradición no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal. “... pues él no envuelve en el sistema de la legislación nacional sobre la materia, el conocimiento del proceso de fondo, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo reclamado, en los hechos que dan lugar al reclamo...” (Fallos: 42:409; 150:316; 166:173; 178:81, entre muchos otros, citados en el cons. 4º de la causa V. 284 mencionada).

Se trata simplemente de un procedimiento que sólo se propone conciliar las exigencias de la administración de justicia represiva en los países civilizados con los derechos del justiciable cuya extradición se requiere (Fallos 308:887), a quien debe asegurarse un debido proceso en el que pueda oponer las defensas que tuviere en cuanto a la procedencia del requerimiento (cons. 12º de la causa V. 284).

Que por tal circunstancia, no es de aplicación aquí la doctrina legal que manda estar a lo más favorable al procesado, regla que debe necesariamente observarse para regir el criterio de los Magistrados que han de juzgar sobre el fondo de las causas criminales. Las actuaciones sobre extradición tienden a perseguir el juzgamiento de criminales o presuntos criminales, por los tribunales del país en que han delinquido; de ahí que el criterio judicial debe ser favorable a aquél propósito de beneficio universal y que por tal concepto no admite otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en leyes o en tratados (Fallos: 156:169) y, a falta de éstos, por la existencia de reciprocidad y el respeto de la práctica internacional, porque es mediante los tratados o la práctica uniforme que los Estados expresan hasta que medida habrán de ayudar a otro en el juzgamiento de delitos (cons. 12º de la causa V. 284).

Sobre la base de las consideraciones que anteceden corresponde, entonces, establecer si se verifica en la especie la exigencia contenida en el inc. 5º del art. 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal -aplicable al *sub lite* ante la ausencia de tratado-, con arreglo a la cual para que el pedido de extradición sea viable, la acción penal, o la pena respectiva, no deben estar prescriptas según las leyes de la Nación requirente.

La cuestión se traslada a determinar cual es el alcance que cabe asignarle a esa remisión legal cuando, en supuestos como el de autos, conduciría, según invoca la parte apelante, a que la acción penal nacida de los delitos atribuidos a Schwammburger no estuviera prescripta, más no en virtud de la legislación alemana vigente en la materia al tiempo de cometerse el hecho -según sostiene-, sino por imperio de sucesivas leyes posteriores que fueron prorrogando y suspendiendo el plazo de prescripción originariamente establecido por la norma (parágrafo 67, párrafo 1º, del Código Penal del Reich), a punto tal de consagrar su imprescriptibilidad (parágrafo 78, párrafo 2º, del Código Penal Alemán actual).

Ello atenta, según sostiene la Defensa, con el art. 18 de la Constitución Nacional, que consagra, entre otras garantías, la prohibición de la ley "ex post facto", garantía que, sobre la base de lo decidido por V.E. en Fallos 287:76, considera que incluye al instituto de la prescripción por integrar éste el concepto de "ley penal" a que se refiere la Carta Magna, principio que por ser parte del derecho criminal o público actúa como condicionante para la aplicación de la ley extranjera (art. 14, inc. 1º del Código Civil).

Adelanto mi opinión en sentido contrario al recién señalado, para sostener que de acuerdo a las leyes de la Nación requirente, o sea las de la República Federal de Alemania, la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos atribuidos a Schwammburger no se ha verificado hasta el momento, según lo demuestra acabadamente el fallo de la Cámara Federal de La Plata (fs. 1275/1348), como así lo ha sostenido también el dictamen emitido -en su oportunidad- por el representante de este Ministerio Público en primera instancia (fs. 285/339).

La expresa remisión que la norma aplicable al caso dispone a la legislación del país "requerente, en punto específicamente a la prescripción, responde -a mi juicio- a un claro y firme propósito del Legislador cual es el de consagrar que el instituto en cuestión no esté supeditado al ordenamiento jurídico argentino, sino que, por el contrario, quede librado a la legislación del Estado solicitante quien aparece como único y mejor legitimado, para manifestar si subsiste a su respecto la voluntad de ejercer la actividad punitiva con relación a aquellas conductas reputadas delictivas por su legislación, fundamento este último de la prescripción.

Tal circunstancia no pone en juego, a mi juicio, el derecho público o criminal de la República, como sostiene el vocal preopinante doctor Leopoldo Héctor Schiffrin, en coincidencia con la tesis defensorista.

Ello en virtud de que, en primer lugar, los artículos 13 y 14 del Código Civil regulan la forma en que ha de aplicarse la ley extranjera en aquellos casos que autoriza su normativa y sólo, supletoriamente, para las situaciones previstas en el resto del ordenamiento jurídico argentino en la medida en que éste no contenga una regulación específica en punto a la materia.

El régimen de extradición se encuentra regulado por la ley 1612 y el Código de Procedimientos en Materia Penal. En estos dos cuerpos legales confluyen, por un lado, normas vinculadas con recaudos de fondo para la procedencia de pedidos de esa naturaleza formulados por gobiernos extranjeros y por el otro, disposiciones que establecen el procedimiento a seguir en estos casos. Dentro de las primeras está la concreta referencia a la ley extranjera que deberá regir el extremo de la prescripción de la acción o de la pena correspondiente al hecho delictivo que motiva el pedido (inc. 5º de la ley 1612 e inc. 5º del art. 655 del C.P.M.P.).

Esa específica regulación en punto a la aplicación que los Jueces Federales deben efectuar de la ley extranjera en la discusión de un pedido de extradición (art. 655 citado), desautoriza -a mi juicio- cualquier posible aplicación de las normas citadas del Código Civil.

No escapa al suscripto el carácter de norma de fondo que reviste el Código Civil, a diferencia del de forma que caracteriza al Procesal Penal. Empero, las disposiciones en materia de extradición insertas en este último, revisten a mi juicio, el carácter de legislación federal especial que involucra, en el caso de tratarse de un extradición pasiva -como sucede en autos-, cuestiones que interesan al orden público y son susceptibles de afectar las relaciones internacionales..." (causa V. 284 ya citada, cons. 10º).

Esta no se encuentra, pues, sujeta a la aplicación supletoria del Código Civil por ser, por un lado, legislación especial y, por el otro, federal cuya supremacía sobre la ley común es incuestionable y debe prevalecer, aún en supuestos de conflicto.

A todo evento y para el supuesto caso de que V.E. no compartiera las consideraciones que anteceden, no advierto tampoco de qué modo el “derecho público y criminal” argentino podría verse afectado por la circunstancia de que un país extranjero, regule el instituto de la prescripción sobre la base de principios que no sean coincidentes con la legislación argentina, o que siendo así, sean interpretados por sus tribunales de justicia de modo diverso a los de la República, ni tampoco por la aplicación de esa legislación y jurisprudencia, por los jueces argentinos, en un trámite como el de autos.

Al respecto, cabe recordar las consideraciones que efectuó el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania en oportunidad de pronunciarse, el 26 de febrero de 1969, por la constitucionalidad de la ley relativa al cálculo de los plazos de prescripción penales, dictada el 13 de abril de 1965 (fs. 854/890).

Esta ley, una de las tantas normas incluídas por el país requirente para fundar el extremo de la no prescripción, disponía que: “... en el cálculo del plazo de prescripción para la persecución de delitos amenazados con reclusión perpetua, no tendrá aplicación el período de tiempo desde el 8 de mayo de 1945 hasta el 31 de diciembre de 1949. Durante este periodo de tiempo ha estado suspendida la prescripción de estos delitos...”.

En lo que aquí concierne, ese Tribunal sostuvo que dicha ley actúa “...como una prolongación de los plazos de prescripción corrientes...” y que “...no atenta contra el art. 103, apartado 2, de la Ley Fundamental...” que prohíbe “...tanto la aplicación retroactiva de figuras delictivas de nueva creación, como asimismo la fundamentación de la pena por la vía de analogía...” y exige también “...la previa amenaza en el caso de infringir aquella prohibición...”, protegiendo al ciudadano no sólo de “...que un comportamiento hasta entonces permitido sea declarado punible retroactivamente, sino que lo protege también de que el disvalor delictivo de una infracción cometida por él contra la ley penal, sea considerado mayor que en el momento de cometerla...” (fs. 875/876).

Continuó diciendo que dado que las normas sobre prescripción regulan la perseguibilidad -es decir, la duración con que debe perseguirse una acción declarada punible- y “...no afectan a la punibilidad, quedan fuera del ámbito de validez del art. 103, apartado 2 de la Ley Fundamental; una prolongación o anulación de plazos de prescripción no puede atentar, por consiguiente, contra este principio constitucional (también ya BV erf GE 1, 418 (423) )” (fs. 877).

Luego de efectuar un análisis de los antecedentes constitucionales sobre el punto, el Tribunal concluyó que “...ni los precedentes del art. 103, apartado 2, de la Ley Fundamental ni los del art. 116 de la citada Constitución de Weimar dan pie para suponer que con estas disposiciones constitucionales se pretendiese evitar también una prolongación ulterior de plazos de prescripción” (fs. 880).

Ha dicho V.E. que entre los criterios de interpretación posibles no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de la adopción de cada uno, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 307:1018, cons. 6º).

Por ello, resulta más adecuada la solución que aquí se propone, que contempla el respeto por la legislación extranjera en la medida en que una norma federal especial remite, sin más limitaciones, a aquélla a los fines de tener por acreditado el extremo de la prescripción del delito. Pretender su aplicación, sobre la base de las limitaciones establecidas por el art. 14 del Código Civil, a la luz de principios doctrinarios o jurisprudenciales de la República Argentina importa, a mi juicio, no sólo un apartamiento del orden de supremacía consagrado por el art. 31 de la Constitución Nacional sino además desnaturalizar el sentido del envío legal a punto tal de llegar al absurdo de exigir coincidencias legislativas y jurisprudenciales en materia opinable y que hace al ejercicio de la soberanía de cada Estado.

Por lo demás, como ya fué destacado por el representante de este Ministerio Público en primera instancia (fs. cit.), en oportunidad de pronunciarse V.E. en un caso de circunstancias sustancialmente análogas a las de autos, en que la República Federal de Alemania solicitaba la extradición de Gerhard Johannes Bernard Bohne, por hechos ilícitos cometidos durante el III Reich, hizo lugar al pedido ateniéndose, en el punto referido a la prescripción de la acción penal a "...las disposiciones contenidas en las leyes de la Nación requirente..." (Fallos: 265:219).

Este ha sido, por otro lado, el criterio sostenido también por el Tribunal (Fallos 156:169; 259:231; 260:174, entre otros) en pedidos de extradición regidos por el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo 1889 (Ley 3192) que contiene, en materia de prescripción, la misma regulación que el inciso 5º del artículo 655 del C.P.M.P. (art. 19, inc. 4º).

En oportunidad de tratarse el proyecto de ese Tratado, presentado por la Comisión de Derecho Penal del Congreso de Montevideo de 1988-89, su miembro informante, el delegado argentino Roque Sáenz Peña, fundamentó el principio finalmente aprobado en punto a que la prescripción debe regirse en la materia por las leyes del país al cual corresponde el conocimiento de los delitos que motivan la solicitud.

Así dijo: "...La comisión, al decidirse por la legislación del Estado requirente, guarda lógica con sus principios jurisdiccionales y con la unidad del juicio y del proceso. El Estado requirente es siempre el damnificado, tiene una jurisdicción indisputable sobre el reo que no debe ser obstruccionada por el país de asilo, a menos de romper con la solidaridad social, que en interés de la Justicia, niega el refugio a los delitos comunes; la comisión encuentra que la prescripción impuesta por el país requerido, crea en el fondo dos jurisdicciones para el mismo delito; la que tiene derecho a conocer del fondo del proceso y la que vendría a decidir de la prescriptibilidad de las acciones. ¿Qué fundamento jurídico puede llevarnos a consagrar esta coparticipación en el juicio de un

mismo criminal? La comisión no encuentra apoyo a semejante doctrina, a pesar de los autores y de los tratados que la consagran; observa si, que este principio viene a llenar de incertidumbres todos los términos y las prescripciones del castigo...”.

La solución que se propone en nada contradice la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto no ha accedido al pedido de extradición, en aquellos casos en que el requerido había sido condenado en rebeldía, si según la legislación del país requirente, no era posible reabrir allí el proceso y dictar una nueva sentencia luego de haber sido oído el extraditado (Fallos: 90:421; 114:265, 271 y 387; 158:250, entre otros).

El hecho de que, en esos pronunciamientos, V.E. no hubiese accedido a la entrega, invocando una de las garantías del proceso del ordenamiento jurídico argentino, cual es la de la defensa en juicio, no importa que, necesariamente, deba arribarse a igual conclusión en el caso de autos, donde las circunstancias de derecho cuestionadas son sustancialmente distintas, principalmente dada la previsión legal específica sobre el punto.

La solución propuesta, reitero, no desconoce así el derecho público o criminal argentino, sino que procura verificar el sentido de la norma interpretada, de modo que se le dé pleno efecto a la intención del legislador computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (conf. R. 397, L.XXI, “Ríos, Argentino y otros”, resuelta el 9 de febrero de 1989, cons. 9º).

Ello me permite concluir que aquél no puede verse afectado por el hecho de que los Jueces argentinos estén obligados a aplicar la legislación extranjera en materia de prescripción, ante, reitero, lo dispuesto por el artículo 655, inc. 5º, del Código Procesal citado, que desplaza -por las consideraciones efectuadas *ut supra*- cualquier limitación emanada del artículo 14 del Código Civil. Ni tampoco por la circunstancia de que la República Federal Alemana considere jurisprudencialmente al instituto de la prescripción como ajeno al principio de irretroactividad de la ley penal.

Por último, creo del caso señalar, como lo hizo el señor Fiscal de Primera Instancia, que aún cuando se aplicara, a los efectos del cómputo de la prescripción, la legislación vigente al momento de cometerse los hechos que motivan este pedido, aquélla no se habría configurado a la fecha en atención a la causa de interrupción prevista por el párrafo 68 del Código Penal del Reich (conf. fs. 317 vta/318).

– IV –

El apelante insiste en la opción que le asiste a su defendido de ser juzgado por Jueces Argentinos, de conformidad a lo normado en el artículo 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal. El tribunal de alzada a mi criterio con razón rechaza el planteo efectuado por el Sr. Defensor acogiendo así lo dispuesto por el juez “a quo” y dando la

razón a los extensos argumentos que el Fiscal Federal de Primera Instancia desarrolla en su prolijo escrito de fs. 318 vta. (apartado VII).

Resulta claro la vigencia para el *sub lite* de lo normado en el inciso 1º, del artículo 3º, de la ley 1612 de plena vigencia para el caso.

En este aspecto, al igual que en los ítems desarrollados precedentemente, muy poco queda por decir, puesto que virtualmente el señor Defensor, como el señor Representante del Ministerio Público han considerado y desarrollado in extenso, con esfuerzo meritorio y no frecuentemente visto, todos los enfoques y planteos técnicos posibles. Es así que el señor Juez de Primera Instancia y la Cámara han dado respuesta, a criterio del suscripto, a todas las posibilidades desde las cuales puede considerarse al caso sub examen analizando escrupulosamente, conforme a la mejor técnica jurídica, la solución correcta del caso, postura a la que me adhiero y que, reitero, me imponen el no insistir en el desarrollo innecesario de consideraciones jurídicas exhaustivamente ya examinadas y agotadas en el *sub lite*.

– V –

Brindada la solución jurídico-técnica al asunto de marras, sobre la base de las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, entiendo también ineludible señalar que, a la luz del Derecho de Gentes y ante el avance de formas criminales colectivas, dirigidas desde el propio Estado, que repugnan al sentir de la comunidad toda y por otra parte degradan al Hombre, bestializándolo, es necesario que de una vez por todas y para siempre, crímenes atroces, el genocidio es uno de ellos, sean perseguidos y castigados, sin que por lo tremendo de sus consecuencias y lo brutal de sus motivaciones, quienes participaron en ellos, puedan reclamar el amparo que la ley de la colectividad civilizada otorga al delincuente común.

Es cierto que la lucha entre Estados, cualquiera sea su origen o motivo, discutible siempre a la luz de la paz que debe imperar entre sociedades civilizadas, o al menos que pretendan serlo, genera consecuencias atroces y deplorables. Algún día el hombre dejará de ser lobo para su hermano, pero en tanto, la persecución y el exterminio de comunidades étnicas o religiosas, siempre indefensas, no puede ser tolerada, aceptada u olvidada, so riesgo de aceptar que en el siglo XX el hombre nada ha avanzado en su permanente y no siempre lograda, aspiración de perfección.

El genocidio, sea quien sea su destinatario, es un delito contra la Humanidad, y los Estados que lo han vivido y sufrido, tienen a través de sus Leyes el derecho de medir y castigar, puniendo y juzgando, ello sí, ante Tribunales de Derecho, a quienes son acusados de haber participado en tan repudiable y cruel conducta. Ni el tiempo, las fronteras o la ley de determinado país, pueden impedir esta razonable avance del

Derecho punitivo ante actitudes tan repudiables y que tan hondamente degradan al hombre y socavan la convivencia civilizada.

– VI –

Por todo lo expuesto opino que corresponde rechazar el recurso de apelación ordinaria interpuesto por la defensa técnica de Josef Schwammburger y confirmar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a su entrega a la República Federal de Alemania. Buenos Aires, 21 de noviembre de 1989. - *Oscar Eduardo Roger*.

#### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de marzo de 1990.

Vistos los autos: “Schwammburger, Josef Franz Leo s/ extradición”

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala III) confirmó parcialmente la sentencia de la instancia inferior y, en consecuencia, concedió la extradición de Josef Franz Leo Schwammburger, solicitada por la República Federal Alemana, para ser juzgado por los delitos enumerados en la orden de detención -asesinato reiterado-, con excepción del delito de robo extorsivo reiterado, cuya prescripción se declaró. Contra dicho pronunciamiento, el abogado defensor de Schwammburger interpuso recurso ordinario de apelación, que fue concedido en virtud de lo dispuesto por los art. 3º, inc. 4º, de la ley 4055, 24 inciso 6º, apartado b) del decreto 1285/58 y 244, 245, 249 y 254 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2º) Que, en su memorial de fs. 1366/1371, el apelante plantea los siguientes agravios: a) la República Federal Alemana carecería de jurisdicción para someter a juicio a su defendido pues, al haberse solicitado la extradición por delitos que se habrían cometido en territorio distinto al de la potencia requirente -esto es, en la República de Polonia- la extradición sólo procedería conforme a lo establecido por los arts. 9º de la ley 1612 y 1º del Código Penal- cuando el hecho deba producir sus efectos en el territorio del país requirente o cuando sean cometidos en el extranjero por agentes o empleados de aquél. Para el apelante, ninguna de esas condiciones estaría configurada en autos pues, al no existir continuidad entre el Reich alemán y la República Federal Alemana, esta última carecería de la potestad punitiva que tenía el primero; b) los delitos atribuidos a

Schwammburger se encontrarían prescriptos. En este aspecto alega que no resulta aplicable al caso el régimen de la prescripción previsto por las leyes del país requirente vigente al momento de los hechos que motivaron el pedido de extradición, porque aquél preveía la secuela de juicio como causa interruptiva, lo que según el apelante sería contrario al orden público argentino, pues esa causa de interrupción no estaba prevista en las leyes argentinas vigentes al momento de los hechos. Por otra parte, impugna también la aplicabilidad a los hechos contenidos en la solicitud, de las leyes posteriores a su comisión que modificaron el régimen legal de la prescripción y declararon imprescriptibles los hechos por los que el a quo concedió la ayuda internacional. Funda su agravio en que la aplicación de esas reglas creadas *ex post facto* repugna al principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina y viola el orden público interno; c) por último, el señor defensor reitera la decisión de hacer uso de la opción, en favor de su defendido, que el art. 669 del Código Procesal Penal de la Nación confiere a todos los connacionales de someterse a la jurisdicción de los tribunales patrios.

3º) Que el primero de los agravios reseñados parte del error conceptual del apelante de identificar la subsistencia de soberanía territorial con el ejercicio del poder territorial. La rendición incondicional del Reich alemán el 8 de mayo de 1945, la ocupación de su territorio por las fuerzas aliadas y la posterior división en zonas para el ejercicio de la jurisdicción territorial aliada, permiten sostener que el Reich alemán pero esto no es fundamento suficiente para deducir de allí que la ocupación y el establecimiento del poder de los aliados sobre el territorio del Reich alemán estaba impedido de hecho de ejercer cualquier clase de potestad territorial. Esto es evidente si se toma en cuenta que la capitulación y la consecuente ocupación hicieron de hecho desaparecer toda autoridad organizada por el Reich alemán. Pero esto no es fundamento suficiente para deducir de allí que la ocupación y el establecimiento del poder de los aliados sobre el territorio del Reich alemán acarrearán automáticamente la pérdida de su soberanía estatal, esto es, su desaparición como sujeto de derecho internacional. Al respecto resulta decisiva la “Declaración de Berlín” del 5 de junio de 1945, cuyo texto aporta el perito en derecho extranjero a fs. 1045 vta., según la cual los Aliados declararon que “...La asunción de los propósitos arriba enunciados, de estas autoridades y poderes no importa la anexión de Alemania”.

Que, en ese sentido, esta Corte comparte las razones dadas por el señor Procurador General en sustento de que la República Federal de Alemania es, desde el punto de vista que aquí interesa, sucesora soberana del Reich alemán soberano, y a ello no obsta el desmembramiento del territorio del Reich alemán, que ha quedado sometido a la potestad territorial de dos Estados reconocidos como soberanos por la comunidad internacional, esto es la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana. Esto último, podría dar lugar a que ambos estados alemanes ejercieran la pretensión de enjuiciar delitos que caían bajo la jurisdicción del Reich alemán, pero de ningún modo podrían servir de base para negarles a ambos estados esa potestad. También aquí hay que señalar que, conforme lo expresa el Procurador General, la persecución y represión de los crímenes cometidos con anterioridad al cambio de soberanía, pasa a ser para el sucesor un acto discrecional y no una obligación, pero que

expresado el interés del sucesor en el ejercicio de la potestad penal respecto de esos hechos, la comunidad internacional no tiene razón legítima para oponerse a ello. La afirmación contraria llevaría a sostener el absurdo jurídico de que todo crimen, delito o contravención cometidos antes del 8 de mayo de 1945 y que estaban sujetos a la jurisdicción -potestad penal- del Reich alemán, se han vuelto impunes por la sólo sucesión en el ejercicio del poder estatal penal.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que la República Federal de Alemania, desde el mismo momento en que se organizó bajo una nueva forma de estado, al votar su Ley Fundamental, ha mantenido de manera expresa su vocación sucesoria del imperio alemán, en su preámbulo, y en sus disposiciones transitorias.

Así declara el Preámbulo que el "pueblo alemán" de los Estados Federados (Länder) "con el propósito de dar un nuevo ordenamiento a la vida política durante un período de transición, en virtud de su poder constituyente" votó la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania "animado de la voluntad de defender su unidad nacional y política" y "actuando también en nombre de aquellos alemanes a quienes estaba vedada la colaboración, y manteniendo en pie la invitación para que todo el pueblo alemán, en libre autodeterminación consume la unidad y libertad de Alemania (confr. Traducción publicada por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Ostfildern, 1986).

Por su parte, el art. 116, párr. 1º, de la Ley Fundamental reconoce nacionalidad alemana "al que posea la nacionalidad alemana o haya sido acogido en el territorio del Reich alemán en los límites del 31 de diciembre de 1937 con carácter de refugiado o expulsado étnicamente alemán o de cónyuge o de descendiente de aquél". A su vez el párrafo 2º regula la recuperación de la nacionalidad alemana respecto de quienes la habían perdido entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945, por causas políticas, raciales o religiosas, y finalmente el artículo 123, párrafo 1º de la Ley Fundamental, estableció la ultraactividad de la legislación del Reich alemán al declarar que "el derecho vigente desde antes de la reunión del Parlamento Federal continúa rigiendo, siempre que no esté en contradicción con la ...Ley Fundamental". El párrafo 2º reguló a su vez la subsistencia de los tratados concluidos por el Reich alemán incluso respecto de materias reservadas a los Estados Federados (Länder). De allí se sigue que la República Federal Alemana ha sucedido al Reich alemán en parte de su territorio propio anterior al 31 de diciembre de 1937, que su orden jurídico considera alemanes a quienes tenían tal nacionalidad alemana durante el Reich alemán o hayan sido recibidos como refugiados o expulsados, "étnicamente alemanes", dentro de los límites que el Reich alemán tenía al 31 de diciembre de 1937, y finalmente, que dentro de esos límites que impuso la diferente forma de estado plasmada en la Ley Fundamental, el orden jurídico interno del Reich y los tratados internacionales que lo obligan con las otras naciones, conservan vigencia en la República Federal Alemana. Con esto aparece suficientemente contestada la objeción de la defensa según la cual lo único que ésta tiene en común con el Reich

alemán "es la ocupación del mismo territorio".

Todas estas consideraciones permiten reconocer jurisdicción a la República Federal de Alemana para juzgar los hechos que motivan la extradición.

4º) Que tampoco cabe acordar razón al recurrente, en lo relativo a las reglas aplicables para determinar si la acción penal por los hechos que dieron lugar al pedido de extradición se halla prescripta. Al respecto, el a quo ha señalado que aún en el caso de que se tomara en cuenta exclusivamente el texto del párrafo 68 del Código Penal del Reich, vigente al momento de los hechos, cabía computar como actos interruptivos del curso de la prescripción las órdenes de arresto del Amtsgericht de la ciudad de Stuttgart, del 6 de noviembre de 1963 y del 20 de setiembre de 1972 -cuyas traducciones corren a fs. 66/73 y 22, respectivamente- sin computar los actos de otros tribunales, dictados con anterioridad, que se refieren a un número menor de hechos (confr. fs. 1304); y que el plazo de prescripción originario de 20 años, recién se habría operado en 1992 (confr. fs. 1346 y 1346 vta.). El recurrente no se hace cargo de refutar esa afirmación del a quo, de conformida con las circunstancias comprobadas en la causa y el derecho extranjero que le es aplicable. Por el contrario, con su silencio ha admitido tácitamente la corrección de la decisión de la Cámara. Al respecto, sólo postula la inaplicabilidad al caso del párrafo 68 del Código Penal del Reich, porque, según su juicio, ello violaría el "orden público criminal" (según el art. 14 del Código Civil), en la medida en que al momento de comisión de los hechos no eran admitidas por el ordenamiento interno de la República Argentina las causales de interrupción fundadas en actos de procedimiento. El agravio se halla en este punto infundado, y por tal razón debe ser desestimado. Ello es así, por una parte, porque según el art. 655, inc. 5º del Código de Procedimientos en Materia Penal, la prescripción de la acción penal o de la pena deberá juzgarse "según las leyes de la Nación requirente", y por la otra, porque la existencia de diferencias en el modo de regular la prescripción por las leyes extranjeras, no implica necesariamente que estas soluciones diferentes sean contrarias al orden público criminal de la Nación. Esto es especialmente claro si se tiene en cuenta que postular que en todos los casos en que la ley extranjera es diferente a la nacional, ésta debe prevalecer sobre aquélla, implica privar de todo efecto al art. 655, inc. 5º del Código de Procedimientos en Materia Penal. De ser así la única legislación extranjera aplicable sería la que coincidiera exactamente con la legislación interna. Por lo demás, la propia ley 13.569 del 21 de octubre de 1949, que introdujo en el artículo 67 del Código Penal Argentino la "secuela de juicio" como causa interruptiva de la prescripción demuestra que, contrariamente a lo invocado por el apelante, esa institución no es contraria al orden público interno.

Lo señalado hasta aquí permite sostener que el punto ha sido resuelto por los jueces inferiores de forma ajustada a derecho de modo que, demostrado que según las reglas de prescripción del Código Penal del Reich vigentes al momento de los hechos, la acción no puede considerarse prescripta; resulta abstracto el tratamiento de la cuestión relativa

a la aplicabilidad de las leyes posteriores que modificaron el régimen de prescripción y, en su caso, también lo es determinar si ello sería repugnante a la garantía del *nulla poena sine lege praevia* consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

5º) Que corresponde examinar el último de los agravios del recurrente. A tal fin, resulta necesario decidir si el art. 3º, inc. 1º, de la ley 1612, en cuanto permite la extradición, de un ciudadano argentino naturalizado con posterioridad al hecho que motiva el pedido de extradición, ha sido o no derogado por el art. 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal que otorga al reo, si fuese ciudadano argentino, la opción de ser juzgado por los tribunales nacionales.

Al respecto, el Tribunal resolvió, en Fallos: 81:176, en favor de la vigencia del art. 3º, inc. 1º, de la ley 1612, por lo cual hizo lugar al pedido de extradición de un ciudadano argentino que había obtenido su ciudadanía con posterioridad al hecho objeto de extradición. Esta doctrina se mantuvo hasta Fallos: 266:137, oportunidad en la cual se arribó a la solución contraria.

Un examen detenido de la cuestión lleva a esta Corte, en su actual integración a abandonar la jurisprudencia contenida en el último fallo citado y retornar, así, a la solución de Fallos: 81:176, conforme a los fundamentos que desarrolló el señor Procurador General Eduardo H. Marquardt en Fallos: 284:459. En su dictamen, el Procurador sostuvo que el art. 669 del rito no era aplicable a supuestos como el presente, pues los términos de la citada disposición al expresar que la hipótesis a la cual alude jugará "si el reo fuese ciudadano argentino" demostraban claramente que la condición de argentino debía ser anterior a la fecha en la cual se cometió el delito que da lugar a la solicitud, o, cuanto menos, a la iniciación de la persecución criminal que da lugar al pedido de extradición. La calidad de reo, sostuvo, se adquiere en tales momentos puesto que el vocablo vale como "inculpado" o "incriminado". El Procurador agregó que "...si bien es cierto que el art. 3º, inc. 1º, en cuanto dispone en qué momento debe haberse adquirido la ciudadanía argentina, siga teniendo validez como principio rector en la materia, porque es perfectamente separable de la parte modificada y no ha sido expresamente abrogada por el art. 669...".

Esta solución se ve fuertemente robustecida por los términos del dictamen del señor Procurador General Enrique C. Petracchi en Fallos: 293:64 quien, al examinar si el art. 2 de la ley 1612 había sido o no derogado por el Código Procesal Penal, concluyó, luego de un exhaustivo análisis de los antecedentes parlamentarios de ambas normas, que era dudoso otorgarle al código el carácter de ley "posterior" respecto de la 1612, si se tenía en cuenta que los correspondientes proyectos legislativos habían sido tratados contemporáneamente por el Congreso de la Nación.

Por lo expuesto, cabe concluir que, conforme al art. 3º, inc. 1º de la ley 1612, no existe óbice para conceder la extradición de Schwammberger, quien recibió la ciudadanía

argentina en 1965 y es requerido por delitos que habrían sido realizados entre 1941 y 1944.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se confirma el pronunciamiento de fs. 1275/1348 en cuanto fue materia de apelación y, en consecuencia, se concede la extradición de Josef Franz Leo Schwammlinger respecto de los delitos que se detallan en la parte dispositiva del citado pronunciamiento.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARLOS S. FAYT -  
JORGE ANTONIO BACQUÉ.

---

EMILIO ALANIZ v. JUAN CARLOS CHACAMA

*JURISDICCION Y COMPETENCIA: Competencia ordinaria. Por la materia. Cuestiones civiles y comerciales. Quiebra. Fuero de atracción.*

Corresponde que el juez que entiende en la liquidación de la aseguradora conozca en el juicio por daños y perjuicios, en que la compañía fue citada en garantía a solicitud del actor: art. 118 de la ley 17.418.

DICTAMEN DEL PROCURADOR FISCAL DE LA CORTE SUPREMA

Suprema Corte:

— I —

La parte actora dedujo demanda contra Juan Carlos Chacama por indemnización de los daños y perjuicios devengados a raíz del accidente de tránsito que relata. Solicitó, además, la citación de garantía de "Betania Cooperativa Limitada de Seguros Generales", en su carácter de aseguradora del vehículo del accionado (v. fs. 10/11).

A fojas 26, el señor juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 45 de esta Capital, ante el cual se inició este juicio, dispuso la citación en los términos del artículo 118 de la ley 17.418 de la mencionada empresa.

Asimismo, con posterioridad, ordenó la remisión del proceso al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 9, por sustanciarse ante dicho magistrado la liquidación de la referida compañía (v. fs. 32).