

Poder Judicial de la Nación Rtro. Ex Sala III L.29 f*172/263

//la ciudad de La Plata, a los 30 día del mes de agosto del año mil novecientos ochenta y nueve, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Sala Tercera Penal de esta Cámara Federal de Apelaciones, para tomar en consideración el expediente N° 9275 caratulado: "SCHWAMMBERGER, Josef s/extradición", procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de esta ciudad; y previo sorteo resultó para la votación el siguiente orden: doctores Leopoldo Héctor Schifffrin y Juan Manuel Garro.

El DOCTOR SCHIFFFRIN DIJO:

1. Llegan estos autos a la alzada con motivo de la apelación deducida a fs. 1181 por el defensor de Josef Franz Leo Schwammburger, cuya extradición solicita la República Federal de Alemania, contra la sentencia de primera instancia corriente de fs. 1158 a 1175, que hizo lugar al reclamo.
2. El recurso fue concedido libremente a fs. 1183, el 5 de diciembre de 1988, expresando agravios el defensor, después de volver los autos a primera instancia y de sucesivas prórrogas del plazo, el 18 de enero de 1989..
3. Ante el pedido de apertura a prueba formulado en el escrito recién aludido, esta sala hizo parcialmente lugar a lo solicitado, ordenando la ampliación de la pericia de derecho extranjero practicada, que fue producida por el perito el 3 de marzo de 1989, presentando memorial el defensor a fs. 1254/1259 (después de la prórroga de fs. 1242, quedando consentida el 10 de abril la providencia de autos).
4. El pedido de extradición proviene del Amtsgericht (se ha traducido Juzgado Municipal) de Stuttgart, que lo efectuó el 20 de setiembre de 1972, siendo presentado al Poder Ejecutivo. por la Embajada de la República Federal de Alemania el 9 de enero de 1973, y dándole aquél curso por decreto N° 2328 del 9 de marzo del mismo año.
5. Como el domicilio de la persona reclamada indicado por el tribunal alemán se hallaba en La Plata, la causa quedó radicada en el Juzgado N°. 3 de esta Capital el 30 de abril de 1973, sin que Schwammburger fuera habido. El 13 de mayo de 1975 la Embajada de la República Federal Alemana realizó una nueva presentación renovada a fs. 157 el 15 de abril de 1983. Existen otras diligencias de búsqueda entre 1985 y principios de 1987, hasta que el 13 de noviembre de 1987 se logró la captura, fs. 182 y ss., verificada en la provincia de Córdoba.
6. La identidad del reclamado está bien establecida y el gobierno reclamante manifestó después de la captura su renovado interés por la extradición.

7. La orden de arresto de Josef Franz Leo Schwammberger ha sido librada a raíz de que "...en el marco de la planeada y realizada 'solución definitiva de la cuestión de los judíos' del régimen nacional-socialista, es decir, el exterminio físico de los judíos y por la razón de que el citado consideraba a sus víctimas como seres inferiores por odio y obcecación racistas..." fue, autor o partícipe de varios centenares de asesinatos de personas -también niños- indefensas, y colaboró activamente en la campaña de traslado de millares de judíos a los campos de exterminio de Belzec y Auschwitz.

Estos hechos ocurrieron principalmente en las ciudades de Rozwadow, Mielec y Przemysl, ubicadas en el territorio de Galizia, perteneciente entonces a Polonia y ocupado militarmente por Alemania en la Segunda Guerra Mundial. Schwammberger perteneció a la milicia de la S.S. ocupando cargos de responsabilidad intermedia.

A lo largo de cinco fojas el tribunal alemán expresa brevemente las características y circunstancias particulares de los hechos de los que se trata, incluyendo algunas extorsiones -que aparecen después documentadas a fs. 639/650 y que el mandato de arresto menciona bajo el número III..

8. Los hechos agrupados bajo ese número III han sido declarados prescriptos por el tribunal requirente, por cuyo motivo ha de entenderse abandonada la solicitud en ese aspecto.

9. Los agravios del apelante conciernen: 1) a que no estaría justificada de hecho la persecución penal de su cliente; 2) a que los tribunales de la República Federal de Alemania carecen de competencia; 3) a que los hechos que motivan el reclamo están prescriptos; y 4) a que Schwammberger es ciudadano argentino y por ello, habiendo formulado opción para ser juzgado por los tribunales nacionales, no puede ser extraditado.

10. Anticipo mi opinión negativa respecto a las cuatro especies de agravios, cuyo tratamiento, por razones que se harán patentes en la exposición, prefiero iniciar por el punto vinculado a la prescripción, examinando después, a la luz de conclusiones obtenidas en esa tarea, los acápites 2 y 1 -en esa secuencia- reservando para el final lo atinente a la opción formulada por Schwammberger para ser juzgado en sede nacional.

NO PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL SEGÚN LAS NORMAS DEL ESTADO REQUIRENTE

1.El art. 655 inc. 5* del Código de Procedimientos en materia penal. condiciona el otorgamiento de la extradición solicitada por un gobierno extranjero dentro del sistema de ese cuerpo legal, a que la acción penal o la pena respectiva no estén prescriptas según las leyes de la Nación requirente.

De conformidad con el primer párrafo de dicho art. 655 el juicio de los tribunales requeridos debe recaer -entre otros puntos- precisamente sobre la cuestión referida a si el hecho que motiva el reclamo está o no prescripto según las leyes del país que formula el pedido.

Planteo de las cuestiones suscitadas.

2. En el caso, el Ministerio Público ha argumentado, con arreglo a los elementos proporcionados por el tribunal requirente. que respecto de homicidios calificados atribuidos a Schwammberger que motivan el pedido de extradición en sus términos actuales -deducidos los otros hechos que ese tribunal considera ya prescriptos, como lo señalé más arriba-, la acción no ha prescripto, y ello por un doble orden de razones:

a) porque las sucesivas leyes dictadas en Alemania a partir del fin de la segunda guerra mundial prolongaron los plazos de la prescripción de la acción para situaciones entre las cuales se hallaba comprendida la de Schwammberger, culminando con la ley de 16/07/1979, que estableció la imprescriptibilidad de la acción y de la pena por homicidio calificado.

b) porque, independientemente de esas variaciones legislativas, y tomando en cuenta sólo el plazo de prescripción determinado por la ley vigente en el momento de suceder los crímenes enrostrados a Schwammberger, se operaron interrupciones por concretos actos judiciales.

3. Contra el primer argumento, el defensor de Schwammberger alega que la prescripción original, conforme a las normas vigentes a la época de los hechos, ha sido prolongada mediante sucesivas leyes "ex post facto", cuyos efectos no han de reconocerse por los tribunales de la Nación Argentina en virtud de contrariar el art. 18 de la Constitución

Soluciones propuestas por el suscripto.

Desde ahora adelanto que, si bien, en mi criterio, el orden público constitucional argentino, por cierto, se opone a otorgar efecto a las leyes extranjeras "ex post facto" en materia de prescripción, esta regla interna cede, por imperio del sometimiento al derecho de gentes contenido en el art. 102 de la Constitución, cuando las leyes extranjeras en cuestión derivan del propio derecho de gentes, en el cual no encuentra estricta aplicación -por cuanto hace a los crímenes contra la humanidad- el principio "nullum crimen nulla poena sine previa lege".

4. El argumento sub b) también resulta admisible, una vez superadas algunas dificultades no visualizadas en la primera. instancia, y de las que oportunamente nos ocuparemos.

Concentrémonos, ahora, en el argumento referido sub a concerniente al encadenamiento legislativo que condujo en la República Federal Alemana a declarar la imprescriptibilidad del homicidio calificado.

Desarrollo de la legislación germana sobre la prescripción de los delitos involucrados en la causa.

5.El tratamiento del tema exige conocer el desarrollo de las diversas leyes que, en el marco del Código Penal Alemán, a partir de 1946, fueron ampliando el plazo de prescripción de la acción penal para el delito de homicidio calificado.

Los elementos que tomo en cuenta para trazar el panorama de dicha evolución son las certificaciones emanadas del tribunal alemán requirente, y debidamente arrimados a la causa por la representación diplomática respectiva mediante oficios del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de nuestro país (textos en alemán de fs. 29, 30, 31, 32 y 33, con sus traducciones a fs. 12,13,14 ,15 y 16, estos documentos forman parte del pedido original de extradición formulado por el Amtsgericht de Stuttgart -magistrado Hiller-; textos alemanes de fs. 599 a 605, con su traducción, provenientes del mismo Amtsgericht de Stuttgart -magistrado Menge-, de fecha 18 de enero de 1988 y el texto alemán de fs. 794/795 con traducción de fs. 796/797 proveniente del mismo tribunal -magistrado Hoffman- datado en 19 de febrero de 1988; el informe de la Embajada de la República Federal Alemana de fs. 789/793, arrimado por la nota diplomática de fs. 781, a requisición del juzgado interviniente, y como prueba ofrecida por el Ministerio Público; precedentes de tribunales superiores alemanes certificados y traducidos que corren de fs. 798 a 890, agregados por la misma nota diplomática respondiendo a lo dispuesto en el citado auto de fs. 679/680; los informes periciales del Dr. Luis Alberto. Zuppi, obrante a fs. 1041 a 1059 y a fs. 1235/1238 vta., el segundo a requerimiento de esta Cámara (sobre la designación del perito en derecho ver fs. 595, 676, 761, 768 y 772 y vta.); también los textos legales alemanes traducidos al castellano corrientes en la doctrina penal hispanoamericana indicados por la Sala en la providencia de fs. 1221/1223 vta., a lo que agrego, de mi propia biblioteca, el ejemplar del Código Penal alemán en ese idioma publicado en la colección Beck-Texte, Strafgesetzbuch mit neuem Demonstrations-strafrecht. 2. Strafrechtsreform, etc., 12ª edición, Munich, 1972.

La facultad de esta Cámara para investigar el derecho extranjero invocado emana -como se lo estableció en el referido auto de fs. 1221/1223 vta., consentido por las partes-, del art. 377 último párrafo del Código Procesal Civil de la Nación , aplicable subsidiariamente, y de la doctrina establecida que se cita en el punto 5 de aquella resolución.

El período 1933-1945.

7. Así provistos, ocupémonos del cálculo de la prescripción -o mejor de la no prescripción- de los homicidios calificados que el tribunal requirente imputa, "prima facie" a Schwammberger, con prescindencia de cualquier concreto acto judicial interruptivo, tomando, como es obligado, por punto de partida, el último de ellos, o sea el sub 4, cuando, según aquel tribunal "en la primavera de 1944, siendo jefe del campo de trabajos forzados de Mielec mató a un judío de unos 20 años de edad junto a un árbol en la pared de la fábrica y por medio de un tiro en la nuca, por haber intentado canjear artículos alimenticios" (fs. 22 sub 11 en castellano y 28 en alemán; recordemos que la primavera europea comienza el 21 de marzo)..

8. De conformidad con el parágrafo 211 del Código Penal . del Reich en la versión del 4 de septiembre de 1941 vigente a la época de los hechos atribuidos a Schwammberger, el delito de homicidio calificado se hallaba reprimido con la muerte; advirtamos que el texto del 4 de septiembre de 1941 modificó la norma establecida por el original parágrafo. 211 de aquel Código, (informe del señor perito Dr. Zuppi, fs. 1236 vta., punto 22 y fs. 1237/1238) y que aunque la figura típica proveniente del siglo pasado era algo diferente, la pena era la misma (ver una obra no citada en el auto de fs. 1221/1223 vta., que se encuentra en la Biblioteca de esta Cámara Federal: Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos, dirigida su publicación y anotada por Vicente R. Girón y Alejo G. Moreno, t. 2, Instituciones de Alemania, Madrid, 1885, ps. 406/407).

El plazo de prescripción de la acción por hechos reprimidos con pena de muerte o reclusión perpetua era de veinte años (parágrafo. 67, párrafo del Código Penal del Reich) al tiempo de la comisión de los delitos que fundamentan el pedido de extradición (ver los mismos elementos probatorios citados. en el párrafo anterior). Cabe añadir que el perito observa que la reforma del 29 de mayo de 1943 añadió un apartado al parágrafo 66 del Código Penal del Reich. Según Espínola -op. cit. en el auto de fs. 1221/1223 vta., p. 672-: "Ese apartado excluía la prescripción, a criterio del Ministerio Público, si podía presumirse que el delito sería castigado con pena de muerte, o pena privativa de libertad de por vida. El texto fue objeto de fundadas críticas y abolido casi de inmediato", de modo que en algún momento coincidente con la comisión de los hechos cuya perpetración se achaca al requerido, las acciones penales pertinentes vinieron a ser imprescriptibles.

Pero, en fin, no teniéndose en cuenta la ordenanza derogada del 29 de mayo de 1943 y de no mediar acto interruptivo concreto, la prescripción de la acción para el caso Schwammberger hubiera operado en la primavera europea de 1964.

9. Ello no ocurrió así, empero, porque desde la ocupación de Alemania por las potencias aliadas se evidenció la inquietud por la situación creada ante la

general imposibilidad que existió entre el principio del régimen criminal del nazismo (30 de enero de 1933 hasta la rendición del 8 de mayo de 1945, para la persecución de delitos inspirados por dicho régimen.

De lo informado por la Embajada de la República Federal Alemana a fs. 790/791 aparece que el Consejo de Control aliado que ejerció la máxima autoridad en todo el territorio del antiguo Reich constituido el 5 de junio de 1945 (y que funcionó hasta el 30 de marzo de 1948 estableció mediante ley N°10 que los acusados por delitos de la índole señalada cometidos en el período que se extiende desde el 30 de enero de 1933 hasta el 1° de julio de 1945 no podían invocar la prescripción.

No es tal ley la invocada en la causa, sino la N°. 28 del 31 de mayo de 1946, atribuida al gobierno del Land Württemberg Baden, del cual Stuttgart es la capital, y que tenía según se lo expresa en los lugares citados, el mismo alcance y los mismos "dies a quo y ad quem" que la ley N°10 arriba mencionada.

De la decisión del Tribunal de Casación de Alemania Federal cuyo texto -en original y traducción- luce a fs. 817/835 se desprende que, aparte de las normas sobre suspensión de la prescripción entre el 30 de enero de 1933 y el 30 de junio de 1945 dictadas por los poderes ocupantes, los diversos Länder (que se constituyeron antes que la Federación, v. Fritz H. Deutsche Verfassungsgeschichte, K. FS. Koehler Verlag, Stuttgart, 9ª ed., 1969, ps. 360/362), establecieron normas paralelas, a las cuales quizá pertenezca la invocada ley N° 28 (aun cuando, según Hartung, la Convención Constituyente de Württemberg Baden fue elegida después de la fecha de sanción de esa ley ¿existió antes un gobierno provisional?).

Surge también del precedente comentado que mientras las legislaciones vigentes en los Länder que habían integrado la zona de ocupación norteamericana fijaban como término del impedimento el 30 de junio de 1945, las que correspondieron a la zona británica contemplaron como "dies ad quem" el de la rendición, o sea, el 8 de mayo de 1945.

10. Las disposiciones del derecho de ocupación sobre el tema examinado, que de por sí, como toda esa legislación, hubo de mantener su vigencia, salvo derogación por el legislador federal o local, después del Protocolo de París del 23 de octubre de 1954 (v. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10 ed. C. FS. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, parágrafo. II, ps. 38/39). han sido mantenidas por la ley federal alemana sobre el cálculo de plazos de prescripción penal del 13 de abril de 1965 -de la que a poco nos ocuparemos- en virtud de lo determinado en su parágrafo. 2, que no ha sido transcrito en las actuaciones emanadas del Amtsgericht de

Stuttgart, pero sí aparece en el texto completo de dicha ley obrante a fs. 840 en alemán, y en traducción castellana a fs. 856/857.

11. Por otra parte el tribunal reclamante sostiene que independientemente de la legislación analizada, el parágrafo. 69, párrafo. 1, frase 1 del Código Penal alemán válido en 1965 (que existía, agrego desde 1893, ver Finzi y Nuñez, op. cit. en el auto de fs. 1221/1223 vta. Pag.. 119), da base para sostener que la prescripción estuvo suspendida durante el régimen nazi para los delitos cometidos bajo su inspiración.

Dice al respecto aquel tribunal: "Art. 69, párrafo 1, frase 1: La prescripción está suspendida durante el tiempo en que, en vista de la disposición de ley, la persecución penal no pueda iniciarse o proseguirse. "De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán ha de considerarse suspendida la prescripción en base de esa disposición para el período comprendido hasta el 8 de mayo de 1945, día de la capitulación del ejército alemán mientras se trate de delitos a cuya persecución se oponía objetivamente la "voluntad de Führer" considerada como Ley en la época nacionalsocialista (Sentencias del Tribunal Supremo Alemán del 2 de octubre de 1962 -1 STR 299/62- y del 28 de mayo de 1963 -1 STR 540/62-). Los actos punibles que se imputan al inculcado son delitos cometidos dentro del marco de la exterminación planificada de los judíos, realizada por la voluntad de Hitler. No era posible una persecución penal de estos actos hasta el 8 de mayo de 1945 a causa de la ideología política contraria a la ley de los que tenían en sus manos el poder".

12. En conclusión, de acuerdo con el derecho de ocupación, con el de los estados, consonante con aquél, y con la interpretación del parágrafo. 69, párrafo. 1, frase 1 del Código Penal del Reich -vigente a la época de cometerse los delitos enrostrados a Schwammberger-, se obtiene que la prescripción de la acción para tales delitos no pudo comenzar a correr sino -en el caso más favorable al imputado- el día 9 de mayo de 1945. Los veinte años del parágrafo. 67, párrafo . 1 del Código Penal del Reich hubieran expirado (siempre de no mediar interrupciones) de conformidad con el complejo normativo que hemos intentado reconstruir, el 9 de mayo de 1965.

El período 1945/1950 a 1970.

13.No ocurrió así, porque la mencionada ley federal del 13 de abril de 1965, en su primer parágrafo. , párrafo. 1, estableció que en el curso de la prescripción de la acción de los delitos amenazados con reclusión perpetua no se contaría el período entre el 8 de mayo de 1945 hasta el 31 de diciembre de 1949 (el 1° de enero de 1950, en virtud de la ley N° 13 de la Alta Comisión Aliada, los tribunales de la República Federal recuperaron amplia jurisdicción sobre crímenes de guerra y contra la humanidad).

Esta norma no se aplica a los hechos ya prescriptos a la fecha de su entrada en vigor, mas no era tal el caso de Schwammberger, pues al comienzo de la vigencia la ley del 13 de abril de 1965 sé registró el 22 de abril según el texto arriba mentado.

Con estas disposiciones, los veinte años de prescripción habrían de contarse, en consecuencia, a partir del 1* de enero de 1950, venciendo los veinte años, en el caso que nos ocupa, y en todos los similares, el 1* de enero de 1970

El período 1970-1980 y la definitiva imprescriptibilidad.

14. Tampoco fue eso lo que sucedió, ya que la Novena Ley Modificatoria del Código Penal alemán del 4 de agosto de 1969 estableció como plazo de prescripción de la acción por delitos amenazados con pena perpetua privativa de la libertad el de treinta años -era el que antes había tenido el Código de Prusia, Finzi-Nuñez, op. cit., pág. 100-, aplicándose el nuevo plazo, según el artículo 3 de dicha ley, a los hechos anteriores no prescriptos con anterioridad a su vigencia (ver el ejemplar del Código Penal alemán de la colección Beck-Texte al que aludí en el apartado 6, pags.. 44 y 45, notas al pie con el número 2 en ambas páginas y también página. 20; aclaro que si bien el tribunal requirente, el Ministerio Público y el perito en derecho, han hecho reiterada mención del término actual de prescripción de 30 años, no ha precisado su fuente -excepto el perito que lo hace con error, fs. 1056-, ni los efectos de la ley respectiva sobre los plazos en curso cuando entró en vigencia).

15. Con este nuevo alargamiento, la prescripción de la acción penal contra Schwammberger sólo habría de cumplirse el 1* de enero de 1980, lo cual asimismo no se dio, porque -mucho después de iniciado este procedimiento de extradición- la XVI ley de modificación del Código Penal del 16 de julio de 1979, añadió a la imprescriptibilidad del genocidio, ya declarada por la Novena Ley de modificación del Código Penal, del 4 de agosto de 1969 (señalada en el ejemplar de la colección Beck-Texte que vengo utilizando), la imprescriptibilidad del homicidio calificado (ver Strafgesetzbuch, iniciado por Schönke y continuado por Schröder, a cuyo cargo se hallan otros nuevos colaboradores; he tenido a la vista la 22ª ed., Munich, 1985, agregando a la causa la fotocopia que extraje, pag.. 793). Como lo aclara el tribunal requirente, (fs. 509/600 en alemán y 606/607 en castellano; v. también el comentario aludido), el parág. 2 de la XVI ley de modificación al igual que lo hizo la 9ª ley para el genocidio y la prolongación del término de prescripción para los hechos reprimidos con pena perpetua privativa de libertad -como antes dijimos-, establece que la imprescriptibilidad recae sobre todos los homicidios calificados que no hubieran prescripto antes de entrar en vigor la XVI ley de modificación, lo que no sucedía en el caso sub-examine (el Amtsgericht de Stuttgart, de manera genérica, expresa a fs. 599 en alemán y 606 en castellano, que la norma del parágrafo 78, párrafo 2, del Código actual

que reza: "Los crímenes cometidos según los arts. 220 (genocidio) a 211 (homicidio) no prescriben", tiene su origen en la referida XVI ley de modificación del 16 de julio de 1979, lo cual, según vimos, sólo es exacto respecto del homicidio calificado).

Como el párrafo 3 de la XVI ley modificatoria mantuvo la ley de cómputo del 13 de abril de 1965, y esta última fue declarada constitucional por el tribunal Constitucional alemán está bien probado que según el derecho vigente de la República Federal de Alemania los delitos de homicidio calificado que se imputan a Schwammberger, no han prescripto -con independencia de cualquier acto judicial concreto interruptivo-, y no pueden prescribir, mientras se mantenga la norma introducida por la ley del 16 de julio de 1979..

El orden público argentino y las leyes extranjeras de prescripción "ex post facto".

16. No menos ha quedado acreditado que las disposiciones analizadas, que llevan por sí solas a concluir la no prescripción de los hechos materia de la extradición, son íntegramente leyes "ex post facto", lo que da lugar al planteo de la defensa consistente en que el reconocimiento del efecto de éstas por los tribunales argentinos violentaría la prohibición del art. 18 de la Ley Fundamental, en cuanto establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

No cabe obviar tal agravio respondiendo con el texto del artículo 655 inciso. 5* del Código de Procedimientos en materia penal. que basta para conceder la extradición que el delito no se halle prescripto de acuerdo con las leyes del estado requirente.

El sentido del cit. art. 655 inciso 5 es apartarse del sistema hasta entonces seguido por nuestro país en punto a la ley competente para regir la prescripción en supuestos de extradición de criminales, o sea, el sistema de ley más favorable previsto por el artículo 3 inciso. 5 de la ley 1612 , para establecer el de la competencia de la ley del estado requirente. Pero lo determinado por el referido artículo 655 inciso 5 no significa dejar de lado el artículo 14 del Código Civil. en cuanto pone el orden público como límite del reconocimiento de la ley extranjera.

17. Precisamente, existe tradicional doctrina de la Corte Suprema . de Justicia en el sentido de denegar la extradición del condenado en rebeldía cuando las leyes del estado requirente no le acuerdan la posibilidad de un juzgamiento con la intervención personal del imputado, porque siendo la exigencia de las leyes procesales argentinas referente a la comparecencia del acusado para la validez del proceso "consecuencia de las garantías consagradas en el art. 29 de la Constitución Nacional. (actual artículo 18) no es posible, sin violencia de

aquella, acceder al requerimiento..., pues en ello se hallan comprometidos los principios que interesan al orden público de la Nación" (Fallos 217:340 , p. 346; 228:640 y 291:154; ver también Oscar N. Vera Barros, "La prescripción penal en el Código Penal", Bs. As., 1960, p. 290 y Carlos Alberto . Lazcano, "Extradición de condenados en rebeldía", en JA 61-587 y ss.).

Supuesto carácter procesal del instituto de la prescripción.

18.Se podría argumentar que aun cuando las garantías del art. 18 CN. impiden la extradición fundada en el reconocimiento de normas extranjeras lesivas del art. 18 de la Constitución Nacional, las leyes "ex post facto" en materia de prescripción no causan tal efecto, sosteniendo en ese sentido, como lo hace una parte de la doctrina, que la prescripción es un instituto procesal ajeno a la prohibición de retroactividad.

Tal punto de vista es discutible (ver Vera Barros, op. cit., ps. 2/5), y, además, 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, 10ª ed., Verlag C.H., Beck, Munich, p. 87; ver asimismo los reparos de Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil., Duncker & Humblot, Berlin, 3ª ed., p. 729).

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina.

19.La posición de nuestra Corte Suprema es inequívoca al respecto. Tradicionalmente -casi siempre como "obiter dictum"- sostuvo, con ocasión de procesos en los que se debatían cuestiones patrimoniales, y para diferenciar la retroactividad en dicha materia de la correspondiente a la esfera penal, que en esta última está vedado que las disposiciones nuevas empeoren las condiciones de los procesados (Fallos 31:82; 117:48; 140:34; 156:48 (6); 160:114; 197:569 y 254:116 , ps. 139 y sigs). Y en lo específico de la prescripción ha establecido 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" (Fallos 287:76 , considerando. 7*, pag.. 78).

Asimismo en Fallos 184:112 , la Corte Sup. había estimado más gravosa y por lo tanto, inaplicable a las causas en curso, la ley que establecía -a diferencia de la antigua- que los trámites del procedimiento interrumpían la prescripción

Con base en el art. 18 de la Constitución no cabe reconocer, pues, en la órbita nacional, efecto alguno a las leyes emanadas de terceros países que con eficacia "ex post facto" prolonguen los tiempos de la prescripción de los delitos.

El derecho de gentes y la Constitución argentina.

20. Pero existe otra ley, conforme con la razón difundida entre todos los pueblos, que infalible apela a los rectos, que no es lícito derogar y menos abrogar, ni pueden eximir el Congreso o el pueblo de su observancia; no requiere tanto de técnicos para su explicación, sino de la común luz del intelecto y de la convergente experiencia de las culturas y de las tradiciones de los pueblos, no es una en el Rhin o en el Vístula y otra en el Plata; única como único es el Maestro y Señor de todos, su Creador, Dador y Vindicador, de la cual sólo cabe sustraerse negando en sí la naturaleza humana, con lo que quien lo hace sufre el máximo suplicio, aunque escape a las demás penas establecidas.

Con esa paráfrasis del inmortal pasaje de Cicerón (De República, III, 22), quiero evocar el basamento de la estructura de valores de la Constitución, en cuyo preámbulo resuena el eco de la idea proclamada por el gran orador. De ese preámbulo, y de diversas partes del texto que lo sigue, resulta que la comunidad política argentina está dedicada al afianzamiento de la justicia, y que ésta, ligada a la razón, emana de Dios, reconociéndose consecuentemente el carácter universal de los derechos humanos, y la consiguiente comunidad de "todos los hombres del mundo", comprometiéndose por lo tanto la República a perseguir los delitos contra el derecho de gentes (art. 102 in fine).

No olvidemos que el Padre de la Constitución fue precursor del concepto de que el derecho internacional tiene por sujetos principales a los individuos, titulares de derechos y deberes en la esfera de la comunidad mundial. "Así - dice Alberdi- cuando uno o muchos individuos de un Estado son atropellados en sus derechos internacionales, es decir de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país".

"La intervención que piden no la piden en nombre del Estado: sólo el gobierno es órgano para hablar en nombre del Estado. La piden en su nombre propio por el derecho internacional que los protege en sus garantías de libertad, vida, seguridad, igualdad, etcétera".

"Así se explica el derecho del mundo a intervenir por la abolición de la esclavitud civil, crimen cometido contra la humanidad".

"Y como la esclavitud política no es más que una variedad de la confiscación de la libertad del hombre, llegará día en que también ella sea causa de intervención, según el derecho internacional, en favor de la víctima de la tiranía de los gobiernos criminales".

"Se han celebrado alianzas de intervención en favor de los poderes, que se han llamado alianzas santas; ¿por qué no se celebrarían con el objeto de sostener las libertades del hombre y colocarlas bajo la custodia del mundo civilizado de que es miembro?".

"La musa de la libertad ha tenido la intuición de estos principios cuando Beranger ha saludado la santa alianza de los pueblos" ("El crimen de la guerra", cap. 10, n. 1, ed. de la Universidad Nacional de La Plata, 1984, p. 51).

21. Esta concepción, que comparten tantos internacionalistas del máximo nivel (citemos a Kelsen, Politis, Scelle, Bonfils, Femnille), y que el siglo pasado preconizaron Heffter, Bluntiozoli y Fiore, además de nuestro Alberdi, es sostenida entre nosotros con particular vigor por César Díaz Cisneros ("Derecho Internacional Público", Bs. As., TEA, 1955, T. 1, Cap. IV, pag.. 231 y sigs., con énfasis e información amplias, pags. 245 a 255).

Tal concepción requiere que se acepte como norma fundamental del derecho de gentes o internacional a los principios que ha ido concretizando la conciencia jurídica común de los pueblos, determinando en tal sentido el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que son fuente del derecho internacional "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (recordemos que la Argentina está sometida a ese alto tribunal, decreto acuerdo n° 21195 del 8 de septiembre de 1945, ratificado por ley n° 12838)..

La aceptación argentina de los instrumentos fundacionales del derecho penal internacional.

22. Los principios aludidos gozan del pleno reconocimiento del Estado argentino que se sabe obligado a ello por la propia Constitución. Así el informe que da base al decreto mencionado expresa: "Los pueblos de las Naciones Unidas por medio de los representantes de sus respectivos Gobiernos resolvieron en la Conferencia, según resulta de las actas de la misma aunar toda suerte de esfuerzos, para preservar a las generaciones venideras -como se lee al comienzo de la Carta- del flagelo de la guerra; reafirmar su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana; crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los Tratados

y de otras fuentes del derecho internacional; y promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad".

"Tales generosos postulados armonizan libre y espontáneamente con los principios fundamentales de nuestra CN., enunciados en su Preámbulo y fijos en todos y cada uno de sus capítulos".

"Esta armonía de fondo y de forma resulta aún más íntima si se cotejan los principios de nuestra Carta fundamental con los sustentados por la "Carta de las Naciones Unidas ", tanto más cuando no es posible concebir, dentro de la estructura jurídicossocial del mundo en la hora presente, la paz interior separada de la paz exterior; la justicia nacional divorciada de la internacional; los derechos fundamentales del hombre reconocidos en las "declaraciones, derechos y garantías", de nuestra Constitución y la fe en esos mismos derechos proclamados en el instrumento de San Francisco".

"El afianzamiento de la justicia, el bienestar general, y los beneficios de la libertad contemplados por nuestra ley fundamental, se concilian admirablemente con los conceptos de justicia, progreso social y elevación de vida dentro de la libertad, que se reafirman en la "Carta de las Naciones Unidas", y que constituyen los fines primordiales de la organización mundial que establece" (ver Actas de las Conferencias de Chapultepec y San Francisco, ed. Losada, Bs. As., 1945, p. 178).

Las ideas de la comunidad internacional universal, de los individuos como sujetos inmediatos del derecho de gentes, y el carácter de los principios de éste como superiores a los ordenamientos estatales arraiga en el kerigma de los profetas bíblicos, en la filosofía del estoicismo, en la patrística y en la escolástica cristiana, y encuentra consonancias desde luego en la tradición del Islam, pero también en las grandes civilizaciones del Oriente (ya el profeta Amós efectúa una fortísima condena contra las atrocidades con ocasión de la guerra -ver José L. Sicre, "Con los pobres de Tierra", la justicia social en los profetas de Israel, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1984, pags. 93 a 102; sobre Isaías y la repercusión posterior de la idea de la paz perpetua, Chiel Zwierzynski, Jesaja, Der Verkünder der Hoffnung, impreso en Düsseldorf, 1959, pag. 49 y sigs., sobre el aporte bíblico y talmúdico a la formación del derecho occidental y en especial en la obra de John Selden, De Jure Naturali et Gentium juxta Disciplinam Ebraeorum, V. N. Isaacs, en la colección de Artículos Le Legs d'Israel, Payot, París, 1931, pag. 37 y ss.; para el desenvolvimiento de la doctrina escolástica del "jus gentium" a partir de los antecedentes estoicos, el cap. 7 de la obra de Ernst Reibstein, Die Anfänge des Neuren Natur und Völkerrechts, Ed. Paul Haupt, Berna, 1949; para el Islam y las grandes culturas del Extremo Oriente, los capítulos sub II, N°. 12, 13 y 16 en la obra dirigida por Arthur Larson y Wilfred Jenks, Sovereignty within the Law, New York-Londres, 1965).

Con el juez de la Corte Suprema Dr. Tomás D. Casares, podemos decir que: "No es otro el asiento del informado derecho de gentes a que se alude en los arts. 102 de la Constitución Nacional, 1 y 21 de la ley 48, derecho éste de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados" (ver el voto del ilustre Decano del Alto tribunal, in re "SA. Merk Química Argentina v. Nación Argentina", del 9 de junio de 1948; Fallos 211:162, pag.. 218/219).

Las grandes convenciones sobre la protección de los civiles en la guerra.

23.En tal orden de ideas, resulta esencial atender a que el Preámbulo de la Convención de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, del 29 de julio de 1899, a la cual adhirió nuestro país por medio de la ley 5082, declara que "no podía entrar en las intenciones de las altas partes contratantes que los casos no previstos fuesen, por falta de estipulación cierta, dejados a la apreciación arbitraria de las personas que dirigen los ejércitos".

"Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las altas partes contratantes juzgan oportuno constatar, que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública" (ver Anales de Legislación Argentina Años 1889-1919, pag. 712).

Lo mismo repite la IV Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 que fue firmada pero no ratificada por la Argentina.

Finalmente, la Cuarta Convención de Ginebra para la Protección de Personas Civiles en tiempos de guerra, a la cual la Argentina, firmante original, se adhirió mediante decreto ley 14.452/56, ratificado por la ley 14.467, expresa, en su artículo 147: "Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario".

A su vez, el artículo 146 de dicha Convención determina que: "Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren, o diesen orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que quedan definidas en el artículo siguiente".

"Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los propios tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra parte contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra parte contratante haya formulado contra ellas suficientes cargos" (Anales de Legislación Argentina T. XVI-A-1956, pag. 874) .

La gestación de los principios del derecho penal internacional.

24. Observemos que hasta las Convenciones de Ginebra de 1949 el derecho de gentes no tipificaba -al menos en la órbita que nos interesa- las infracciones que designamos como crímenes contra la humanidad, contentándose con remitirse a los principios de ese derecho "tales como resultan de las costumbres establecidas entre las naciones civilizadas, así como las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública".(v. punto 23)

Mientras las atrocidades perpetradas contra poblaciones civiles de los territorios ocupados por el régimen criminal del nacional-socialismo aumentaban, a lo largo del desarrollo de la contienda, en número y horror, se sucedieron las declaraciones de las potencias aliadas enunciado el propósito de someter a juicio y castigo a los criminales de guerra. Así se sucedieron las declaraciones separadas de Molotov, el 25 de octubre de 1941, seguidas por las de Roosevelt y Churchill, del 25 de noviembre de 1941, la Declaración de las Naciones Unidas en el Palacio de Saint James, del 13 de enero de 1942, las advertencias de los gobiernos de Estados Unidos el 21 de agosto , de Gran Bretaña del 7 de octubre y de la Unión Soviética el 14 de octubre de 1942, culminando con la declaración de la Conferencia de Moscú del 30 de octubre de 1943, la cual anunció que los culpables de los crímenes serían perseguidos "hasta el confín de la tierra y puestos en manos de sus acusadores para que se haga justicia" (ver Stefan Glaser, "Introduction a L'Etude du Droit International Penal," Bruxelles París, 1954, pag. 31, nota 1).

25. Tales los antecedentes del Acuerdo suscripto en Londres el 8 de agosto de 1945 por los representantes de las potencias aliadas -ya victoriosas-, estableciendo el Tribunal Militar Internacional que sesionó en Nüremberg,

cuyo estatuto forma parte del Acuerdo (artículo 2*). Dicho estatuto, en su artículo. 6*, pto. c), determina que el tribunal tiene competencia entre otros casos, para conocer de los "Crímenes contra la Humanidad: esto es el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo otro acto inhumano cometido contra las poblaciones civiles antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, siempre que esos actos de persecución, hayan constituido o no una violación al derecho interno del país donde fueron perpetrados, hayan sido cometidos a consecuencia de cualquier crimen que caiga bajo la competencia del tribunal, o en conexión con tal crimen" (traduzco del texto francés del Estatuto, que aparece en la obra citada de Glaser, pag.. 169 y sigs.).

A su vez, la Organización de las Naciones Unidas (integrada ya por la República Argentina) afirmó unánimemente los principios de derecho internacional reconocidos por la Carta del Tribunal de Nüremberg (Resolución N°. 95 de la Asamblea General, 11 de diciembre de 1946), con la intención de que los principios de Nüremberg se hicieran parte permanente del derecho internacional (León Friedman, Law of War, Random House, New York, 1972, T.II,pag.. 1027/1028).

Con anterioridad, el 13 de febrero de 1946, la Asamblea General, tomando como base los estatutos de Nüremberg y Tokyo, había recomendado que sus miembros adoptaran inmediatamente todas las medidas necesarias para que los criminales de guerra que hubieran sido responsables de crímenes de guerra, o los hubieran cometido, fueran detenidos y enviados a los países donde cometieron tan abominables actos, para que fueran juzgados y castigados con arreglo a las leyes de dichos países (ver Naciones Unidas, Resoluciones aprobadas por la Asamblea General de la primera parte de su primera sesión del 10 de enero al 14 de febrero de 1946, Church House, Westminster, Londres, pag. 9/10).

26. Al respecto, comentan L. Oppenheim y H. Lauterpacht que "Puesto que los Estados son los sujetos normales del Derecho internacional, ellos -y ellos únicamente- son por regla general, los sujetos de los actos delictivos internacionales. Por otra parte, en la medida en que se reconoce personalmente a los individuos como sujetos de obligaciones internacionales, y, por consiguiente, del Derecho internacional, es también preciso reconocerlos como sujetos de los actos delictivos internacionales. Así ocurre, no solamente en los casos de piratería y otros semejantes de limitado alcance. Especialmente, el derecho de guerra se basa por entero en el supuesto de que sus prescripciones obligan no solamente a los Estados, sino también a sus nacionales, pertenezcan o no a sus fuerzas armadas. Desde este punto de vista, la Carta aneja al Acuerdo de 8 de agosto de 1945 relativa al castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo no constituía ninguna innovación al establecer responsabilidad individual por los verdaderos

crímenes de guerra y por los que calificaba de crímenes contra la humanidad. En efecto, las leyes humanitarias que no son objeto de promulgación formal y positiva obligan, por su especial naturaleza, a los seres humanos como tales. En dichas categorías debe figurar la declaración contenida en la Carta, antes mencionada del 8 de agosto de 1945, sobre la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, es decir, por el crimen de la guerra de agresión. En su sentencia del 30 de septiembre de 1946, el Tribunal Internacional de Nuremberg, constituido de conformidad con la Carta, pronunció sus disposiciones relativas a la responsabilidad individual en forma de declaración de un principio ineludible de Derecho internacional. El tribunal decía: "Se ha sostenido que el Derecho internacional se ocupa de los actos de los Estados soberanos, y no establece penas para los individuos y. además, que cuando se trata de un acto de Estado, aquellos que lo ejecutan no son responsables personalmente por estar protegidos por la doctrina de la soberanía del Estado. En opinión del tribunal, ambas tesis deben ser rechazadas".

"... Los crímenes contra el Derecho internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas, y la única manera de hacer que se cumplan las disposiciones del Derecho Internacional es castigando a los individuos autores de tales crímenes" ("Tratado de Derecho Internacional Público", Traducción al español por J. López Olivan y J. M. Castro-Rial, Barcelona, Bosch, 1961, T. I, vol. 1, parágrafo 153 a, pag. 361/362).

27. Realmente, no es novedad el juzgamiento de atrocidades cometidas durante la guerra, inclusive por tribunales internacionales, con invocación del derecho de gentes. En tal sentido, M. Cherif Bassiouni cita inclusive precedentes medievales (ver de dicho autor, "Derecho Penal Internacional", traducción, notas y anexo de José L. de la Cuesta Arzamendi, Tecnos, Madrid, 1984, pags. 60/61; también Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Losada, Bs. As., T II, 1958, pag. 1242, nota 16).

También la ley 10 del Consejo de Control aliado de Alemania, sancionada el 20 de diciembre de 1945, definió las infracciones constitutivas de crímenes contra la humanidad que, en principio, habrían de ser juzgadas no por los tribunales alemanes, sino por los de las potencias ocupantes (ver Glaser, op. cit., pag. 129 y Claude Lombois, "Droit penal international", 2ª ed., Dalloz, París, 1979, n°. 135 a 137, pags. 143/146; y los antecedentes recopilados en sentencia n°. 27 del Tribunal Federal Constitucional Alemán del tomo 25, pag. 269 y sigs., pag. 279/280, y traducción a fs. 854/887).

El derecho penal internacional y el principio nullum crimen nulla poena sine lege

28. Estamos ante un derecho penal in fieri, al que faltan elementos del moderno derecho penal sistematizado, cuyos presupuestos están dados por la

existencia de una organización estatal unificada y una autoridad legislativa indiscutible, elementos ambos de los que aún carece la comunidad mundial. Por eso, en tal comunidad tienden a prevalecer los principios generales y los usos, mientras que las mismas convenciones internacionales con finalidades represivas, antes que definir por completo un catálogo cerrado de figuras, efectúan una enunciación indicativa de criterios de antijuridicidad, y poseen más bien el valor de recopilaciones de los principios aceptados por la conciencia jurídica común.

29. Por ello, basándose en las solemnes declaraciones de las Convenciones de La Haya trascriptas sub. 23. el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, indicó que las reglas contenidas en aquéllas eran en 1939 admitidas por todos los estados civilizados y consideradas por éstos como la expresión codificada de las leyes y costumbres de la guerra (Glaser, op., cit., pag. 28, texto y nota 1).

La ausencia de un Poder Legislativo y, más aún, de una jurisdicción penal internacional hacen que todavía las convenciones sobre genocidio y la referida a la tortura, a las cuales ha adherido la Argentina (decreto ley 6286/1956 ratificado. por ley 14467 y ley 23338 , respectivamente), necesiten de la "negotiorum gestio" de los estados para llegar a la estricta tipificación y al efectivo procesamiento de las infracciones que diseñan (ver Cherif Bassiouni, op. cit., pag. 74/76 y Lombois, op. cit., pags. 65/67). Se comprende que la incriminación internacional del genocidio o de la tortura no queda, empero, librada a la voluntad de los estados particulares expresada convencionalmente; ello no es sino el instrumento de cristalización de los principios y usos de la conciencia jurídica de la sociedad mundial.

30. No puede menos que compartirse, por lo dicho, lo que expresa al respecto Jean Graven, acerca de que la máxima "no hay delito ni pena sin ley" es una máxima de derecho nacional hecha para Estados que han terminado de numerar un arsenal de penas minuciosamente previsto en códigos escritos el catalogo exhaustivo de los "delitos y las penas" y que por lo tanto no es aplicable en un plano no fijado y en plena formación como es el Derecho Internacional - "De la justice international a la paix" Revue de Droit International. 1947, n° 1, pag. 13 (cita tomada del artículo de Eduardo L. Fermé, "Crímenes de Guerra y de lesa humanidad. Su imprescriptibilidad", "Revista de Derecho Penal y Criminología", La Ley n°. 1 , enero/marzo de 1971, pag. 30 y sigs. cit. en pag. 38).

31. Concordantemente, un gran penalista, y un gran demócrata italiano, el Prof. Giuliano Vassalli se refiere a las críticas basadas en el principio "nullum crimen", etc., a los juicios a los criminales de guerra, y añade que "una reflexión más madura, inclusive en el plano rigurosamente jurídico ha conducido actualmente a la doctrina penal e internacionalística ...a la común

comprobación de que en el derecho internacional penal, al menos hasta hoy, no vale ni puede valer el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas... la realidad es que en la materia de la punición de los delitos contra la humanidad domina por ahora, totalmente, el recurso a la ley penal retroactiva (si bien en un plan puramente formal),... sea en el caso en el cual se trate de leyes penales nacionales inspiradas en el principio de repristinación de valores morales o internacionales violados, sea en el caso en el cual se. trate de tribunales instituidos sobre la base de acuerdos internacionales en los que una pluralidad de Naciones deciden la ley a aplicar extrayéndola... de superiores leyes de humanidad y de principios propios del orden internacional violado".

El catedrático de Roma expresa en nota añadida al pie de página que: "A estas o análogas conclusiones llegan los estudiosos más calificados de todos los países, entre los que pueden enumerarse: Glaser, "Infraction Internationale", Bruxelles e París, 1957, pag. 4 y sigs.; Dahm, "Zur Problematik des Völkörstraf-rechts", Göttingen, pag. 55 y sigs.; Menzel, "Völkerrecht", München, 1962, pag. 296 (he traducido del artículo de Vassalli "Nullum crimen sine lege", publicado en el "Novissimo Digesto Italiano", artículo del que dispongo en separata de Unione Tipográfico-Editrice Torinese; vid. pag. 19).

32. Al exponer su parecer, igual al de Vassalli, Glaser, en la obra que he citado (no dispongo de la algo posterior a la que alude el maestro romano), recuerda que el origen del "nullum crimen, nulla poena sine lege", se halla en la lucha contra la omnipotencia estatal y la arbitrariedad judicial, concluyendo: "El principio de la legalidad de los delitos y las penas tuvo pues por finalidad garantizar la libertad cívica contra la omnipotencia y el despotismo del Estado y del juez que dependía de él y que estaba a su servicio. El (principio) apareció como el garante más eficaz de la libertad individual y de la seguridad del derecho" (op. cit., pag. 79).

33. El "nullum crimen nulla poena sine lege", añadido, no está destinado a establecer la previa calculabilidad de los crímenes, con lo que quedaría expuesto a la que creo ironía de Lizt respecto a que el Código Penal es la Carta Magna de los delincuentes (idea que Antolisei califica de aberrante, "Manuale di Diritto Penale, Parte generale", 4ª ed., Giuffré, Milán, 1960, pag. 44), sino que se vincula con una acentuación muy marcada en el campo penal del principio de división de poderes, deseable, ya que, como dice Mezger, "la administración de la justicia penal por definición lleva en sí los más graves ataques a la libertad, al honor, al patrimonio, incluso a la vida de los ciudadanos" ("Tratado de Derecho Penal", traducción de José Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, T. I, pag. 132). Se trata de quitar todo empleo al Ejecutivo en el magisterio penal (art. 95 de la Constitución Nacional), reducir enérgicamente la creatividad judicial, y limitar la función del Parlamento estrictamente a la formulación de normas generales y abstractas, suprimiendo

las tradicionales invasiones que aquél tanto como la Corona, realizaban en la esfera de las sanciones criminales (bilis of attainder, leyes ex post facto, comisiones regias, justicia de gobierno, avocamiento de causas, lettres de cachet, etc.).

Ocurre que en el plano internacional, donde no hay estado, ni órganos soberanos comunes, ni legislación propiamente dicha, y no cabe la división de poderes estatales inexistentes, el refugio que queda a los bienes esenciales, vida, integridad, libertad, patrimonio, contra los desbordes de los estados particulares, se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica, de modo que el "nullum crimen, nulla poena sine lege" jugaría en ese plano internacional un rol contrario al que es su finalidad, ayudando a la opresión en lugar de preservar de ella.

34. Así lo ha entendido la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, suscripta en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuyo artículo 7 después de establecer el principio "nullum crimen nulla poena sine previa lege", en un segundo párrafo expresa: "El presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas" (Textos Básicos sobre Derechos Humanos, ed. Gregorio P. Barba y Liborio Hierro Sánchez Pescador, Madrid, 1973, pag. 303).

35. De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - del que forma parte la República Federal Alemana- y al que nuestro país ha adherido por la ley 23.313, expresa en su artículo 15 : "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

"2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional" (ADLA, año 1986, XLVI-B, pag. 1116).

36. Ciertamente es que la reserva formulada respecto del segundo apartado de la norma transcrita por el art. 4º de la citada ley de adhesión N° 23313 deja traslucir el rechazo legislativo interno respecto del principio del derecho de gentes sobre la vigencia limitada en él del "nullum crimen", etc. Ello comporta la inexistencia de obligación convencional de la Argentina al respecto, pero no le quita a la regla transcrita su valor de "jus-cogens",

vinculante para nuestro país tanto por el sometimiento al derecho de gentes resultante del artículo. 102 de la Constitución, como de que la República forma parte (ley 19.865) de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, quedando así alcanzada por el artículo 53 de éste, en cuya virtud se definen como jus-cogens las normas imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que no admiten acuerdos en contrario y sólo pueden ser modificadas por normas ulteriores del mismo carácter. Tal status, como ya vimos (ap. 25) es el propio de las resoluciones del 13 de febrero de 1946 y la N°. 95 del 11 de diciembre de 1946, aprobadas por la República (ver "Les dimensions internationales des droits de l'homme", Karel Vasak, Redactor General, Unesco, París, 1978, reimpresión en Mayenne (Francia), 1980, N°. 370 y 371, pags. 228/232).

Críticas y réplicas en la doctrina.

37. Quien entre los penalistas de nota en el mundo de habla hispánica se hizo mayormente eco de las críticas a la falta de aplicación del estricto principio de legalidad penal en el derecho internacional penal fue el inolvidable Luis Jimenez de Asúa sobre cuyas ideas haremos más adelante algunas reflexiones. Pero el mismo maestro español recuerda, por una parte, diversas opiniones contrarias a la suya, empezando por la de Donnedieu de Vabres, que fue juez del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, y que cuestionó muchos aspectos de la actividad de ese organismo, pero no en lo atinente al punto que examinamos. "No pensemos -dijo en su 'Curso' de la Academia de La Haya- que las incriminaciones y las sanciones de tal Código -el internacional penal- puedan revestir la previsión y fijeza de una legislación interna; los factores diversos que han determinado hasta ahora la movilidad y la inestabilidad de la Sociedad de Estados, y que explican las formas cambiantes de la delincuencia internacional, no han concluido de actuar desde el juicio de Nüremberg, siendo esencia del Derecho internacional el ser en parte consuetudinario" - Jimenez de Asúa remite a 'Le proces de Nüremberg', etc., en "Recueil des Cours", París, Sirey 1947, pag. 575- (Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", cit., T. II , 1958, pag. 1291; los puntos de vista críticos del profesor de París están aludidos en las pgs. 1262/1264).

38. Jiménez de Asúa toma como contendientes a Stephan Glaser y a un penalista español de fuste, Antonio Quintano Ripollés, quien escribió: "Hay, ciertamente, muchas y muy buenas razones para defender en el fuero del Derecho penal interno la dogmática de la legalidad, y ello tanto en su aspecto técnico, como en el político, de suma salvaguardia de los derechos individuales. Creo firmemente que en este último terreno su argumentación es imbatible, pero no apta, en cambio, para su extensión a lo internacional, por cuanto que en esta especialidad la protección al individuo se convierte en protección al Estado, perdiendo en consecuencia su generoso y progresivo significado liberal para pasar a ser todo lo contrario. Eso sin contar con la

exigencia cumbre de la circunstancia histórica en que el Derecho internacional penal surgió, cuando no había otra opción que la del impunitismo o el sacrificio de una dogmática, en el fondo inexistente en su fuero. Porque la realidad es que en el orden jurídico internacional de la anteguerra no se conocía ni esa dogmática ni ninguna otra de estructura genuinamente penal, siendo menester una improvisación "ex nihilo", con arreglo a las vagas posibilidades del momento. El truísmo de que el dogma de la legalidad implica una previa ley, llevado a su extremo, imposibilitaría el nacimiento de ese mismo sistema, puesto que alguna vez es menester que nazca y forzosamente ha de improvisarse un día de la nada, o de fuentes no específicamente legales" ("Legalismo y Judicialismo en lo Internacional Penal", Revista Española de Derecho Internacional, vol. VI Números 1-2, Madrid, 1953, pag. 281 y sigs., cita en pags. 292/293).

39. Jiménez de Asúa alude a otras opiniones que van en la misma o parecida línea que Quintano Ripollés: la del célebre Vespasiano Pella, Thomas Würtemberg, Antonio Sánchez de Bustamante, Mariano Ruiz Funes, Luis Garrido, G. Schwarzanberger, Sheldon Gluck, y las contrarias de Federico Alessandro Marina -no muy terminante, al parecer- y Pierre Boissier y FS. J. P. Veale (op. et vol. cit., pags. 1238 a 1290; siguiendo el resumen que el maestro español hace del trabajo pertinente de Hans H. Jescheck no logro establecer la posición de este autor sobre el punto, pags. 1284/1286).

En nuestra doctrina. Pablo A. Ramella se ha ocupado del tema expresando, por una parte, que los juicios de Nüremberg (y los paralelos de Tokyo) violaron el principio del "nulla poena sine lege", aunque no el "nullum crimen sine lege" (entiende por ley a los principios y pactos violados), pero que "Los ojos humanos perciben que pese a sus indiscutibles fallas formales las sentencias entrañan el comienzo de una efectiva aplicación de la justicia internacional, pues alguna vez era necesario que no quedaran impunes las agresiones internacionales, la violación deliberada de los tratados, la ejecución de crímenes horribles contra la humanidad".

"Pío XII, en una alocución dirigida a los miembros de la Sagrada Rota Romana (noviembre de 1949), condenaba el "derecho legal" que ha trastocado el orden establecido por el Creador, llamando orden al desorden, autoridad a la tiranía, libertad a la esclavitud, y virtud patriótica al crimen, añadiendo que se vio a algunos que habían actuado de acuerdo con ese "derecho" rendir cuentas delante de la justicia humana, y aquellos juicios no sólo entregaron los verdaderos criminales a la suerte que merecían, haciendo una clara alusión al juicio de Nüremberg, sino que mostraron la intolerable condición a que la ley del Estado dominado por el positivismo jurídico puede reducir a los funcionarios públicos" ("Crímenes contra la Humanidad", Depalma, Buenos Aires., 1986, pags. 19/20).

40. Eduardo P. Fermé, en el trabajo aludido en el apartado 30 expone con precisión la tesis de que el principio "nullum crimen nulla poena sine previa lege" es sólo aplicable en el derecho interno argentino, pero no posee validez en el internacional.

El aludido aporte de Fermé fue escrito con el propósito de demostrar que la Argentina podía adherir a la entonces proyectada Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. El autor nombrado expresa que el Secretario General de las Naciones Unidas había elaborado de conformidad con la resolución 1158 (XLI) del Consejo Económico y Social, un Anteproyecto en tal sentido, cuyo texto obraba en el documento E/CN.4/928 de fecha 25 de enero de 1967, de dicho Consejo.

El movimiento por la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad.

41. Esos trabajos preparatorios eran la culminación de un vasto movimiento de opinión mundial, manifestado anteriormente en Europa. Allí, el 28 de enero de 1965, ante la inminencia de que el ocho de mayo de ese año, al cumplirse veinte años de la capitulación de Alemania, pudieran prescribir los delitos contra la humanidad cometidos durante el régimen nazi, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, reunida en Estrasburgo, adoptó por abrumadora mayoría, el siguiente texto: "La Asamblea,

"1. Considerando que en nuestra época, crímenes particularmente graves han sido perpetrados sistemáticamente y en gran escala por motivos políticos, raciales o religiosos, de suerte que los fundamentos mismos de nuestra civilización han sido puestos en peligro;

"2. Considerando que tales crímenes, calificados como crímenes contra la Humanidad, han sido cometidos especialmente durante la segunda guerra mundial, en violación de los derechos más elementales de la persona humana;

"3. Considerando que, en el campo de la protección de los derechos del hombre, el Consejo de Europa asume estatutariamente responsabilidades tales que atentados tan graves a los derechos del hombre como son los crímenes contra la Humanidad no pueden dejarle indiferente;

"4. Considerando que en la legislación de varios Estados miembros hay en vigor disposiciones relativas a la prescripción que harán pronto imposible toda persecución de los que hubiesen cometido crímenes contra la Humanidad;

"5. Considerando que las Naciones Unidas han acometido la obra de codificación del Derecho penal internacional, que sería deseable llegase a feliz término;

"6. Tomando nota de que varios Estados miembros han modificado o se proponen modificar su legislación a fin de que las reglas de derecho común relativas a la prescripción de delitos comunes no se apliquen a los crímenes contra la Humanidad; Recomienda al Comité de Ministros:

"7. Que invite a los Gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la segunda guerra mundial y, en general, los crímenes contra la Humanidad;

"8. Que encargue a un Comité de expertos gubernamentales elaborar una Convención a fin de asegurar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad" (Juan de Miguel Zaragoza, "Europa ante la prescripción de los crímenes de guerra", Boletín de Información, Ministerio de Justicia n°. 655, año XIX, Madrid, 5 de marzo de 1965, pag. 3, cita en pag. 4).

42. Vale la pena copiar las opiniones que sirvieron como impulso a la formulación del texto transcrito, que en una suerte de muestra ofrece el autor recién aludido: "Los plazos en el terreno jurídico son a menudo inexorables, y aquellos de que esperan beneficiarse los criminales que nosotros deseáramos que respondieran de sus actos, expirarán a partir del 8 de mayo próximo y hasta entonces no tendremos más reuniones".

"Así perezcan los que cometan tales crímenes" (cita de Churchill, recogida por la Comisión Jurídica de la Asamblea).

"La gran emoción suscitada en la opinión pública internacional, muy particularmente en los medios de la Resistencia, por la perspectiva de ver jugar la prescripción... en provecho de estos criminales fuera de serie, nos incita a obrar en el marco propicio de nuestra Asamblea".

"Nosotros no podemos otorgar el perdón a los que tienen sangre en las manos".

"Será preciso preguntarse en cada caso cuál ha sido el peso del terror ejercido por el Partido y por el Estado y la influencia de la propaganda. Pero la responsabilidad de todos los que estaban entonces en situación de dar órdenes debe ser declarada, pues es necesario que la iniquidad sea castigada" ("Consejo de las Iglesias Evangélicas de Alemania" cit. en el documento primero, 144-153)."

"¿Se va a permitir a los criminales de guerra salir de sus guaridas ...para aprovecharse, en los mismos países que ellos han martirizado, de la paz y el reposo que ellos han negado a sus víctimas? ¿Se les dejará vender a precio de

oro sus Memorias a los semanarios sensacionalistas, hacer la apología de sus antiguas actividades y recomenzar su propaganda?"

43. Francia se había adelantado al movimiento aludido, sancionando la ley del 26 de diciembre de 1964, que estableció la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad definidos en la resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946 (v. ap. 25), referida al Estatuto del Tribunal de Nüremberg.

La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, estableciendo tal imprescriptibilidad en el plano internacional, e invitando a los estados a que lo hicieran en el orden interno, apelando la Asamblea a ellos para que la ratifiquen (Lombois, op. cit., pag. 161).

De acuerdo con la información disponible, ni la República Federal de Alemania ni la República Argentina han ratificado dicha Convención, pero como vimos, la primera ha declarado la imprescriptibilidad del genocidio y del asesinato en el orden interno.

Pese a la lamentable ausencia de ratificación por parte de la Argentina, la Convención aludida es inocultable dato de la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad como principio del derecho de gentes, al que, como expresara Tomás D. Casares (ap. 22), la Nación se halla subordinada de conformidad con el artículo 102 de la Ley Fundamental.

44. Fermé, en el trabajo mencionado, diseña los argumentos tradicionales a favor de la prescripción de la acción penal: "el trascurso del tiempo pone un vallado a la actividad del Estado o de los particulares, sea porque se presume 'la pérdida de actualización del interés punitivo, la cicatrización del daño, el olvido del mal causado o la debilitación de las pruebas'(ALBERTO A. CAMPOS, en Enciclopedia Jurídica Omeba, voz 'Prescripción penal', t. XXII) lo que genera las corrientes doctrinarias penalistas, procesalistas y mixtas al respecto".

"Lo importante es advertir que detrás de la aceptación del instituto de la prescripción hay un fundamento iusfilosófico: la certeza de que luego de transcurrido un tiempo hay que echar por sobre las cosas pasadas el manto del olvido; de que no hay que remover cosas viejas porque en ese caso el mal es mayor. Así, CUELLO CALON señala que 'transcurrido un largo período desde la perpetración del hecho delictivo el recuerdo se borra, y los sentimientos colectivos originados por el delito, la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se atenúan y llegan a extinguirse por completo, y la sociedad sólo debe

castigar cuando perduran el malestar y la alarma causados por el hecho criminoso'("Derecho Penal", Bosch, Barcelona, 1951, 10ª. ed., t. I, p. 688)".

"Maggiore, por su parte, expresa: "El Estado -ante la fuerza material del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, apaga las alarmas sociales y dificulta la consecución de pruebas- abdica el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar la pena ya infligida ('Derecho Penal', trad. de J. J. Ortega Torres, Themis, Bogotá, 1954, vol. II, p. 363)".

"La prescripción de los crímenes no constituye un derecho esencial de la persona y mucho menos del criminal acusado e incluso condenado: no constituye una exigencia de la justicia misma, consagrada generalmente en las instituciones de los países civilizados, constituye una práctica de oportunidad convertida en norma en épocas que a menudo son recientes, (GRAVEN, "Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription?", Revue Penale Suisse, t. 81, Pasc. 2, 1965)".

"Si algo faltara para afirmar plenamente que la prescripción se establece no en beneficio del imputado o condenado sino al vaivén de las cambiantes consideraciones del interés público, baste señalar que allí donde existe se la declara de oficio y no es renunciable".

"Es fácil comprender entonces que en una gama tan variada en cuanto a regímenes políticos, organización social, sistemas económicos, etc., países como Austria, Bulgaria, Checoslovaquia, China, Dinamarca, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Irlanda, Israel, Italia, Kenia, Nigeria, Polonia, Reino Unido, Ucrania, Singapur, Uganda y la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, la prescripción no se admita, no se admita en ciertos casos o pueda quedar sin efecto".

"Atendiendo entonces al fundamento de la prescripción, fuerza es concluir que el grado de repulsa y horror que tales crímenes han suscitado en la conciencia un versal es tal que ni se los ha olvidado, ni se los quiere olvidar, ya que se considera que mantener vivo y latente aquel recuerdo contribuirá como uno de los medios más eficaces a evitar su repetición en el futuro" (trabajo citado, pags. 41/43).

45. A continuación cita nuestro autor a Beccaria, quien expresaba, en su célebre opúsculo que: "...los delitos atroces, de los cuales queda larga memoria en los hombres, cuando sean probados, no merecen ninguna prescripción en favor del reo que se haya sustraído con su huida..." ("De los delitos y de las penas", Aguilar, Madrid, 1ª. ed., reimpresión, 1974, párrafo XIII, pag. 104).

Razones de esta índole han sido tenidas en cuenta por la ya mencionada decisión del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal Alemana n*. 27, Segundo Senado, del 26 de febrero de 1969, T. 25, pag. 269 y sigs.; en las páginas. 293/294, fs.. 851/852, y traducción a fs.. 884/886.

La declaración de imprescriptibilidad del genocidio y del asesinato, en cuanto se refiere a los crímenes de guerra y contra la humanidad, formulada por la Dieta de la República Federal de Alemania importa una medida de adecuación de su ordenamiento interno al mismo orden público internacional válido y reconocido por la Constitución argentina, cuyas garantías de carácter interno no hacen, por ello, obstáculo a que el efecto de las normas germano-occidentales sobre imprescriptibilidad sean aceptadas por los tribunales nacionales cuando se trata de los casos comprendidos en la mentada Convención aprobada por las Naciones Unidas del 26 de noviembre de 1968 y en las Resoluciones de las Naciones Unidas del 13 de febrero y del 26 de diciembre de 1946 -especialmente obligatorias para la Argentina-.

La posición crítica de Jiménez de Asúa y sus vacilaciones.

46. Como consideración final, volvamos a la oposición que Luis Jimenez de Asúa manifestó a la línea de pensamiento -netamente generalizada- en la que me vengo apoyando.

En verdad, no estoy tan seguro de que aquél permaneciera firme en su postura, dada la nota que aparece añadida en la tercera edición del "Tratado" (y que no figuraba en la segunda, con el n* 122 bis, T.II, pag. 951), en la cual comenta la sentencia de la Corte Suprema de Chile del 26 de abril que negó la extradición solicitada por la República Federal de Alemania, de Walther Rauff, miembro de la S.S. al que se le imputaban horrendos crímenes contra la humanidad (ver Jurisprudencia Argentina, 1964-II-secc. Jurisprudencia Extranjera, pag.. 3 y sigs., la decisión de la Corte, a partir de la pag. 23).

En el caso citado, el punto decisivo se hallaba en establecer si la prescripción, con arreglo al derecho internacional reconocido por Chile para los casos de extradición sin tratado, se contaba según la ley del país requirente o la del requerido. La Corte sostuvo la segunda posición y Jiménez de Asúa, entre otras críticas, expresó que "...sobre todo, como lo invocó el abogado Novoa Monreal que sostenía la reclamación alemana, se interponen aquí otras cuestiones gravísimas: las normas especiales que han regido cuanto a criminales de guerra respecta, y entre ellas el Acta de Chapultepec, suscrita por los países americanos el 6 de mayo de 1945 por la que se obligan a negar asilo y a entregar a todos los criminales de guerra".

47. De todos modos, las objeciones que -al menos en un tiempo- mantuvo el maestro español, se refieren a la noción misma del derecho internacional penal

y las creo sintetizadas en lo que sigue: "Si el Derecho internacional penal no puede en el estado presente llegar al relativo progreso que han logrado en lo interno incluso países que no pueden blasonar de alta cultura, es que no se halla todavía en el estado de constituir un verdadero Derecho y será mejor aguardar a otras épocas en que haya conseguido un grado de mayor desarrollo. Sería por demás desmoralizador que un Derecho que se pretende superestatal, fuera de calidades inferiores y de mayor primitivismo que el legislado en los Estados que han de subordinarse a ese Superestado. Más bien que un organismo superior sería una infraentidad desde todos los puntos de vista, excepción hecha del de la fuerza" ("Tratado de Derecho Penal", T.II, 2a. ed., 1958, pag. 1291/1292).

Resulta desafortunado decir que las normas penales del derecho internacional cuentan con el auxilio de la fuerza, ya que la ausencia de coacción organizada está aquí bien manifiesta, pero las restantes críticas tienen paralelo en las que Hannah Arendt opuso al proceso de Eichman (ver de la célebre politicóloga, "Eichman in Jerusalem", The Viking Press, New York, 1964, pag. 253 y sigs.; una entre varias respuestas puede hallarse en Jacob Robinson, "And the crooked shall be made straight", Macmillan New York-Londres, 1965, especialmente pag. 60 y sigs.), y que en aras de un, a mi juicio excesivo perfeccionismo, sacrifican los valores elementales en juego, que hacen a la esencia de la continuidad de la vida humana.

48. Por otra parte, también hemos de contar con el peso de la mentalidad a la que Gustavo Radbruch se refería, aludiendo al problema del carácter criminal del Estado y de la normativa del nazismo, diciendo: "El positivismo jurídico heredado del pasado remitiríase, para contestar a todas estas preguntas o a cualquiera de ellas, a lo contenido en la ley. Y es cierto que una parte de los problemas planteados por las dichas preguntas ha sido resuelta por las leyes de la zona norteamericana de ocupación sobre la reparación de los desafueros de los nazis y el castigo de los actos punibles cometidos por ellos, mientras que otra parte ha encontrado su respuesta en el Estatuto de Núremberg y en la ley sobre el Consejo de Control. Pero a esto opone la misma mentalidad positivista otra objeción, y es que las tales leyes se atribuyen fuerza retroactiva. Para contestar a esta objeción basta con decir que, si no las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaba ya en vigor al producirse aquellas situaciones, al cometerse aquellos desafueros: dicho en otros términos, que estas leyes responden, por su contenido, a un Derecho superior a la ley, supralegal, cualquiera que sea la concepción que de este Derecho tengamos en lo particular, ya lo concibamos como un Derecho divino, como un Derecho de la naturaleza o como un Derecho de la razón" ("Introducción a la Filosofía del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires., primera ed. española, 1951, reimpresa en 1955, pags. 179/180).

49. En fin, en cuestiones de tal envergadura como las que nos enfrentan, más vale el apoyo de la filosofía que el de la mera técnica jurídica, que siempre encierra -aunque inconfesadamente- algún presupuesto de esa índole. ¿Qué mejor que prestar oído a una gran voz del humanismo germano, de aquel humanismo que ha impregnado desde época remota la cultura de la Madre Patria, dejando también tanta huella en los países hispano-americanos?

Al calor del gran debate de los años sesenta en torno a la posible prescripción de los crímenes contra la humanidad cometidos durante el régimen nazi, el famoso editor de Der Spiegel, Rudolf Augstein, realizó una entrevista sobre el tema a Karl Jaspers. Entre tantas ideas rutilantes expresadas por el filósofo de Heilderberg, dudo en suscribir una que, con todo, es harto significativa, y que consiste en la diferencia entre crímenes contra el sentimiento de humanidad (Menschlichkeit -se trata de atrocidades con ocasión de la guerra-) y crímenes contra la humanidad (Menschheit), consistiendo estos últimos en ejecutar la pretensión de decidir qué grupos humanos merecen o no supervivencia.

Cualquiera sea el valor de la distinción aludida -que no me siento en condiciones de juzgar- Jaspers plasmó en esa entrevista fórmulas jurídicas que abruman por su precisión y riqueza. Reproduzco éstas: "El problema estaría casi resuelto respondiendo antes claramente a estos cuatro puntos estrechamente ligados entre sí: Primero ¿qué clase de crimen? Asesinato en masa organizado, crimen sin precedentes en la historia; crimen que presupone una nueva clase de Estado: el Estado criminal. Segundo, ¿de acuerdo a qué legislación debe ser juzgado? Según el derecho internacional, el derecho que une a todos los seres humanos. Tercero, ¿cuál es el instrumento legítimo para aplicar este derecho? Mientras la humanidad no tenga la institución legal apropiada para hacerlo, las autoridades adecuadas son los tribunales de aquellos Estados que reconocen la validez del derecho internacional en su propia jurisprudencia..."

"...no hay Ley de Prescripción que se pueda invocar en la clase de crimen de que se trata aquí. Prolongar la validez de la ley por 10 o más años sólo será una manera de evadirse del problema. El único principio posible es: La Ley de Prescripción no corresponde" (tomo las citas de la traducción publicada entre nosotros en la Revista y Comentario, año 1967, N° 53, pag. 11 y sigs., con el título Karl Jaspers y la Prescripción de los Crímenes Nazis, en pags. 16 y 17).

50. En suma, pienso que la Constitución Nacional somete al estado argentino a la primacía del derecho de gentes (artículo 102), que él es fuente de derecho penal en la órbita internacional, en la que no juega en sentido estricto el principio "nullum crimen nulla poena sine lege"; que ante tal derecho no son prescriptibles los crímenes de lesa humanidad, y que por ello los tribunales argentinos deben reconocer los efectos formalmente retroactivos de las leyes

dictadas por otros países a fin de asegurar la imprescriptibilidad de aquellos crímenes.

La interrupción de la prescripción en el caso de Schwammberger.

51. Estas son las razones que en mi ánimo determinan el rechazo de la defensa de prescripción, pero no me creo por ello eximido de analizar el argumento del fiscal, compartido por el a quo, referido a que sin tener para nada en cuenta las leyes alemanas antes analizadas que prolongaron los plazos de prescripción de los hechos que se incriminan a Schwammberger, ésta no se había cumplido en virtud del efecto interruptivo de diversas actuaciones judiciales realizadas en razón de tales hechos por tribunales austríacos y alemanes.

52. Las normas del Código Penal alemán atinentes a la interrupción de la prescripción son similares a las del argentino.

En autos, el tribunal requirente ha certificado a fs. 16 (castellano), y 45 (alemán), así como a fs. 605 (alemán) y 613 (castellano), el texto del parágrafo 68 CP. alemán vigente hasta el 31 de diciembre de 1974 (ver Revista Argentina de Ciencias Penales, cit. A fs. 1223 pag. 17), que regía cuando ocurrieron los hechos materia de extradición (ver Finzi-Núñez, op. cit., pag. 101 y Espínola, op. cit., pag. 673/674; en el nuevo texto, parágrafo 78, en Revista Argentina, etc., pag. 59/62).

Dicho parágrafo 68 decía:

"(I) Cualquier acto judicial dirigido contra el autor a causa del delito cometido produce la interrupción de la prescripción.

"(II La interrupción solamente tendrá efectos contra aquél a quien se refiere el acto.

"(III) Trascurrida la interrupción comienza una nueva prescripción".

53. Sin contar los actos de los tribunales austríacos de los años 1946 y 1947, de los que se informa a fs. 616 a 672, y el mandato de prisión del Amtsgericht de Kaiserslautern del 14 de enero de 1960, que se refieren a un número menor de hechos que los que motivan el pedido de extradición, está claro que las órdenes de arresto del Amtsgericht de Stuttgart del 6 de noviembre de 1963 (en castellano fs. 66/73) y el de 20 de septiembre de 1972 (en castellano fs. 22- 5/16 de la numeración administrativa), han tenido efecto interruptivo.

El agravio de la defensa.

54. Esta clara argumentación ha sido puesta en duda por la defensa, la cual expresa que "...el Código Penal alemán disponía que en ningún caso las

interrupciones de la acción penal por actos judiciales podía extender el plazo de prescripción más allá del doble previsto por la ley, por lo que, si el plazo de prescripción para los delitos reprimidos por prisión perpetua era de 20 años, las interrupciones por actos judiciales no podrían extenderlo más allá de los 40 años a partir del 'dies a quo'(fs. 1218 vta.).

55. La ampliación de pericia obrante a fs. 1235/1238 vta. demuestra que entre 1935 y 1945 no existió disposición alemana alguna con el contenido que el defensor describe.

Mas ocurre que el Código Penal, en la versión vigente a partir del 1° de enero de 1975, sí establece una norma con el perfil indicado por el defensor. Se trata del parágrafo 78, párrafo 3, que Zaffaroni y Rigger (Revista Argentina, cit., pag. 61), traducen así: "Después de cada interrupción, la prescripción comienza nuevamente. No obstante, la acción se prescribe, como máximo, cuando desde el momento señalado en el parágrafo 78 a. haya transcurrido el doble del plazo legal de prescripción y, si el plazo de prescripción se ha reducido por leyes especiales en tres años, cuando por lo menos hayan transcurrido tres años. El parágrafo 78 b. no se afecta" (el último parágrafo se refiere a la suspensión de la prescripción; tengo a la vista el texto alemán en Beck-Texte STGB-Vergleich, Munich, edic. 1974, pag. 107).

Valor de la objeción defensiva.

56. Esta variación legal, no tenida en cuenta hasta ahora, obliga a transformar el argumento del fiscal, que de la alegación de un concreto estado de no prescripción a raíz de los actos interruptivos mencionados, y conforme al parág. 68 del Código Penal alemán vigente hasta el 31 de diciembre de 1974, se muta en un esquema hipotético. Este consistiría en que, suprimidas mentalmente las leyes de prolongación de la prescripción, y admitido por la misma vía que el nuevo parágrafo 78, párrafo 3 no está sujeto -por su presunta índole procesal- a la regla de aplicación de la ley más benigna (regla que siempre ha figurado en el parágrafo 2 del Código Penal alemán), podría alegarse que la aplicación de la ley más benigna no reviste en el derecho argentino jerarquía constitucional, según lo declarado por la Corte Suprema en un conocido precedente del año 1948 (Fallos 211:1657 cons., pag. 1668), que no parece abandonado (ver Fallos 293:522 voto del Sr. Presidente del Alto tribunal en Fallos 309:1657, cons. 5°, pag. 1690/1691).

57. Sin embargo, no creo que, a partir de la vigencia para la Argentina del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo art. 9° consagra el principio de retroactividad más benigna, quepa considerar a tal principio como ajeno al orden público argentino.

Aunque se insista, contra el criterio del juez de la Corte Suprema Dr. Bacqué en la causa Raffo, José A. y otros s/tormentos , sentencia del 28 de abril de 1988 (ver resumen en El Derecho T.129 pag.682, sumario 586), a la que adhirió esta sala in re "Cabrerera, Luis Eduardo y Guzmán, Jacinto s/robo" del 15 de septiembre de 1988 (JA de 9 de agosto de 1989, pag. 44 y sigs.), en rechazar la superior jerarquía normativa de los tratados sobre las leyes ordinarias (ver Corte Suprema, sentencia del 29 de marzo de 1988, El Derecho T. 129,pag 492 y sigs., cons. 4, 3er. párrafo p. 500/501 ello no excluye que pertenezcan al orden público las normas de un tratado cuya inobservancia en lo interno compromete la responsabilidad internacional de la Nación.

58. Sin embargo, me parece que el principio de aplicación de la ley penal más benigna no alcanza en nuestro derecho a la prescripción, pues, como recientemente lo ha declarado la Corte Suprema, ella "...ratifica la jurisprudencia con arreglo a la cual la garantía de la defensa en juicio no requiere que se asegure a quien la ejerce, la exención de responsabilidad por el sólo transcurso del tiempo (Fallos 193:487 y 211:1684)...".

"En efecto, si bien consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal fundan las normas legislativas que determinan la prescripción extintiva de las acciones represivas, no puede negarse la existencia de situaciones en las cuales la aplicación del instituto aludido redundaría en desmedro de valores fundamentales para la conservación del cuerpo social y en su ordenamiento constitucional".

"También son razones vinculadas al interés general las que llevan al legislador a determinar el efecto interruptivo de la comisión de un nuevo delito, o de la secuela del juicio (art. 67 del Código Penal ya cit.)" (Fallos 307:1466 , cons. 7, pag. 1474).

Estas concluyentes razones son compatibles con el texto literal del art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica ("si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello") y guardan evidente relación con la temática del derecho de gentes abordada más arriba.

59. En fin, desde el punto de vista del orden público nacional no existe, entonces, motivo para desconocer el efecto de las normas extranjeras que permitan la interrupción sucesiva de los plazos de prescripción en condiciones similares a las de la legislación argentina, no cupiendo alegar al respecto que el principio de la ley más benigna deba cubrir en cualquier supuesto la aplicación de las nuevas leyes referidas al instituto de la prescripción, especialmente cuando medien circunstancias como las apuntadas en el precedente que acabo de citar.

Para mayor aclaración, digamos que mientras no hay obstáculo constitucional en el derecho argentino para que el legislador establezca -con fundamentos razonables- la imprescriptibilidad de determinadas acciones penales, las normas que "ex post facto" prolonguen la prescripción o la supriman, no son admisibles para el orden público interno, excepto cuando entren en juego los imperativos del derecho de gentes de que nos hemos ocupado antes.

60. En resumen de todo lo expuesto, sostenemos: a) el art. 18 de la Constitución Nacional se opone a que los tribunales argentinos reconozcan efecto a las leyes extranjeras que agraven "ex post facto" las normas sobre prescripción; b) el mencionado art. 18 de la ley fundamental, en cuanto establece el principio "nullum crimen nulla poena sine previa lege" prevalece en el derecho interno, pero el art. 102 de la Constitución, al someter a la Nación al derecho de gentes, introduce una excepción a la preeminencia de dicho principio entendido en el sentido riguroso del derecho interno, lo que especialmente acaece con los crímenes contra la humanidad, por esencia imprescriptibles; c) el derecho extranjero que, adecuando sus prescripciones al derecho de gentes establezca para aquellos supuestos, la imprescriptibilidad, resulta plenamente conforme a la Constitución Nacional, ciñéndose a sus principios rectores; d) además, no es exigencia del orden público argentino la aplicación retroactiva de las leyes penales más benignas, máxime cuando median hipótesis de crímenes contra la humanidad.

II

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

Continuidad del ordenamiento y el estado alemanes.

1. En la defensa inicial, (fs. 278 vta.) el patrocinante de Schwammberger planteó un argumento que no aparece en la expresión de agravios, pero vuelve a emerger en el memorial de fs. 1254/1259, y que ha dado mucho que hacer al Ministerio Público (fs. 290 a 300 vta.) y al perito Dr. Zuppi. (fs. 1042 a 1051),

2. Dicho argumento se funda, como los referidos a la prescripción, en el artículo 18 de la Constitución Nacional y consiste en que el Estado alemán del que fue dependiente Schwammberger, y su legislación y tribunales, desaparecieron al finalizar la segunda guerra mundial, formando la actual República Federal de Alemania una entidad estatal y una legislación posteriores a la comisión de los hechos imputados a aquél, que, si fuera juzgado por los tribunales de dicha República, sería perseguido en virtud de una ley posterior a esos supuestos delitos y ante jueces designados después del hecho de la causa.

3. Los principios expuestos en el capítulo anterior, concernientes al "nullum crimen sine previa lege penale" y la constitución previa de los tribunales no tienen en la órbita del derecho de gentes al que se subordina nuestra Carta Magna, la validez que, en cambio, les corresponde en el derecho interno, contestan suficientemente el agravio apuntado.

Argumentos efectuados.

4. Ocurre, empero, que en el despliegue argumental realizado en el curso del debate se han efectuado afirmaciones que pueden repercutir en las relaciones exteriores de la Nación Argentina. Esto sucede porque, para afirmar la continuidad del Reich alemán bajo cuya autoridad Schwammberger habría perpetrado los crímenes que se le atribuyen, el Ministerio Público ha sostenido que, si bien dicho Reich se desintegró con la ocupación aliada al finalizar la guerra, la República Federal ha asumido como sucesora los derechos y obligaciones de aquél, incluso la potestad punitiva.

En cambio, el perito Dr. Zuppi, sostiene la tesis acerca de la identidad (parcial) de dicha República con el Deutsches Reich histórico.

Creo no poder dispensarme de evaluar brevemente estas posiciones.

Observaciones a los pareceres expuestos.

5. Entiendo que la tesis del Ministerio Público no da respuesta suficiente a la objeción de la defensa, y, como posición frente al problema de la continuidad del Reich alemán no me satisface. Tampoco estimo pertinente que los tribunales federales argentinos, que integran los poderes públicos de una Nación que reconoce tanto a la República Federal de Alemania como a la República Democrática Alemana y mantiene amistosas relaciones con ambas, deban admitir en la primera la representatividad privilegiada de la comunidad política histórica del pueblo germano.

Sentido del argumento defensorista.

6. Es preciso advertir respecto de la objeción de la defensa, que ella se aferra a la tesis de la discontinuidad del orden jurídico cuando por un hecho "exterior", revolución, "debellatio" (como alega Kelsen respecto de Alemania en la segunda guerra mundial), son reemplazados la organización y funcionamiento de las competencias estatales supremas, se produciría el ocaso del orden jurídico, que debe ser recreado por nuevos actos de voluntad constituyente del estado.

Crítica a la idea básica de dicho argumento.

7. Fritz Sanders llamó a esta difundida tesis "catastrofismo jurídico", comparándola felizmente con el catastrofismo geológico y biológico sostenido por Cuvier y d'Orbigny en el siglo XVIII, según el cual lo que para la ciencia posterior son etapas evolutivas, se explicaban por la desaparición total en virtud de cataclismos, de los sucesivos sistemas geológicos y biológicos, con sus formas y especies, y nuevos comienzos absolutos producidos por nuevas Creaciones divinas (ver del autor citado, das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, fascículo separado de la Zeitschrift für Öffentliches Recht, vol. 1, Leipzig y Viena, ed. Franz Deuticke, 1919, en especial pags. 4/6).

8. Este "catastrofismo jurídico" tiene su raíz en la idea de que la validez del orden jurídico depende del sistema de competencias estatales supremas y de su efectiva puesta en práctica, los que a su vez, emanan de un acto creador de imperio (al fin, ésta ha terminado siendo, según creo, la tesis de Kelsen, pese a los intentos de este gran maestro por superar, por la vía del neokantismo, a igual que Sanders, tales concepciones, ver de Kelsen el trabajo Zum Begriff der Norm, Festschrift für H. C. Nipperdey, T. I, 1963, pag. 57 y sigs., y los comentarios de Alfred Verdross en Stratisches en dynamisches Naturrecht, Verlag R., Freiburg, 1971, pag. 60).

Distinta es la perspectiva si la validez y eficacia del ordenamiento jurídico dependen de su autoridad racional o tradicional intrínseca y del consenso público (ver El ensayo de Hans Welzel citado más abajo, Cap. IV, n° 5).

9. La quiebra de una organización estatal, y su reemplazo por otra mientras subsista la identidad material del ordenamiento normativo y la personalidad histórica del pueblo no hará mella a la continuidad del primero. Esto lo demuestra bien el quebrado proceso institucional argentino.

El criterio de la sucesión de estados.

10. La tesis del ministerio público no me parece suficiente, en cambio, para responder a la alegada discontinuidad del ordenamiento jurídico alemán, porque -admitida la destrucción del Deutsches Reich- y la sucesión del mismo en parte de su antiguo territorio, no se extiende, según el mismo Kelsen, en la obra y lugar citados en el dictamen de fs. 285/339 (Principios de Derecho Internacional Público, traducción española de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, El Ateneo, Buenos Aires., 1965, pág 255), respecto del Estado sucesor más que a los derechos y obligaciones establecidos: 1) por el derecho internacional particular, especialmente los tratados, y 2) por el derecho nacional, como por ejemplo, la deuda pública de los Estados, o su derecho de propiedad. No veo cuánto aporte, pues, esta tesis, al tema de la continuidad del íntegro sistema jurídico.

El problema de la relación entre el Reich alemán y la República Federal de Alemania.

11. La continuidad del orden jurídico está ligada, modernamente, sin embargo, a la persistencia de la asociación política que es portadora de aquél. La teoría del Estado insiste en que la asociación estatal requiere las tres características de territorio, población y poder unitario organizado.

12. Ciertamente es que esas características del Reich alemán no se vieron destruidas por la rendición incondicional ni por la consiguiente ocupación aliada. La tesis de Kelsen acerca de la "debellatio", que menciona el dictamen de fs. 285/339 (fs. 294/295) merece serias objeciones, pues no existió intención al respecto ni de parte de los aliados ni de los alemanes (ver Hans Peters *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung*, con la cooperación de Jürgen Salzwedel y Günter Erbel, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, pag. 120/121; *Das Bonner Grundgesetz*, comentario de Hermann von Mangoldt y Friedrich Klein, 2ª edición corregida y aumentada, Editorial Franz Vahlen GmbH., Berlín y Frankfurt a. Main, 1957, T.I -Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, N°. de orden 28495-, pag. 31, 2º párrafo.

13. Como bien lo demuestra el entonces fiscal, Dr. González (fs. 295 y vta. con datos extraídos de una obra histórica y no de Kelsen), el propósito de las potencias aliadas fue liberar al pueblo alemán del yugo del régimen criminal del nazismo -impuesto por el terror y el engaño sistemáticos- y todos los actos iniciales de aquéllas en la ocupación tuvieron ese sentido.

El problema de la subsistencia de la histórica asociación política germana aparece, en cambio, con la sanción de las Constituciones de la República Federal de Alemania el 23 de mayo de 1949, y la de la República Democrática Alemana el 7 de octubre del mismo año.

Sin embargo, la teoría que exige la presencia de una expresión organizada de poder político unitario para reconocer la existencia de una entidad estatal, tropieza aquí con hechos y valores de los que no logra dar cuenta.

14. La existencia de una nacionalidad alemana común reconocida por la Ley Fundamental de Bonn, la propiedad de gran parte de la tierra de los edificios públicos de Berlín que sigue atribuida al Reich (v. dictamen del Sr. perito, fs. 1048 vta./1049) por una parte, y por la otra el sagrado principio de la autodeterminación de los pueblos -que integra el credo político básico de nuestro país-, se oponen a que, sin que el pueblo alemán en su conjunto haya podido expresar su voluntad libérrima acerca de su integración política, pueda extenderse acta de defunción a la comunidad política histórica que, de un modo o de otro existe no sólo desde 1870, sino desde que, en la remota Edad

Media, la división del Imperio Carolingio dio lugar al nacimiento de la nación alemana.

Subsistencia del Reich alemán y los Estados alemanes de la actualidad.

15. La continuidad, digamos latente, del Reich se ha de conciliar, pues, con la presencia de dos formaciones estatales que han de tenerse como manifestaciones internacionalmente reconocidas de la asociación política del entero pueblo alemán hasta tanto éste pueda en plena libertad pronunciarse sobre su destino.

16. Ello se verifica con modelos mentales diferentes, de los que me refiero sólo a los que me parecen de mayor relevancia: en uno la República Federal asume la total identidad con el Reich, en otro, los dos estados alemanes continúan esa identidad, y en el tercero se considera a ambos estados como "órdenes parciales" dentro del Reich, subsistente pero impedido de actuación real (ver Magoldt - Klein, vol. et op. cit., pags. 33 a 35).

No es posible entrar en la compleja polémica (verla en el comentario aludido), pero repito que, reconociendo la Argentina en paridad a los dos estados alemanes, y no siendo pertinente dar por disuelto el Reich alemán, no cabe sino tratar a ambos como órdenes de estatalidad parcial en el marco de esa continuada y latente asociación política del pueblo germano.

La competencia de los tribunales requirentes.

17. La continuidad de la República Federal Alemana respecto del Reich alemán, y de su ordenamiento jurídico quitan base a los agravios de la defensa ahora examinados, y en cuanto a la continuidad de la organización judicial cabe recordar que la posición tradicional de la Corte Suprema en este punto ha sido la expresada en el dictamen del Procurador General, Dr. Sebastián Soler, en Fallos 234:82, que la Corte reproduce en Fallos 306:2101, cons. 13, pag. 2130/2131: "...La declaración de que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa presupone que esos jueces siguen conservando la jurisdicción en cuya virtud estaban llamados a conocer de una determinada causa, porque claro está que la sustracción de un caso particular a la jurisdicción de jueces que siguen teniendo el poder de juzgar en otros casos similares implica la negación de esa justicia imparcial e igual para todos que la Constitución garantiza. Ahora bien, si esos jueces han dejado de serlo, o su jurisdicción ha sido restringida por obra de la ley, entonces no puede afirmarse que sigan teniendo poder para juzgar las causas de que se trate, por donde resulta evidente que cuando otros tribunales permanentes asumen el poder jurisdiccional que a ellos correspondía no les quitan o sacan algo que siguiera estando dentro de sus atribuciones. Por esta misma razón tampoco se sustrae un procesado a su juez

natural cuando, a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo de la causa iniciada con anterioridad...".

"Lo inadmisibles, lo que la constitución repudia es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto y determinado para conferírsela a otro juez que no la tiene en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente investido por ese magistrado de ocasión".

"En definitiva, pues: con la primera parte de la cláusula se ha establecido el principio de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales al margen del Poder Judicial; con la segunda se ha reforzado ese principio, eliminando la posibilidad de que se viole en forma indirecta esta prohibición mediante la remisión de un caso particular al conocimiento de tribunales a quienes la ley no les ha conferido jurisdicción para conocer "en general" de la materia sobre la que el asunto versa. Este es, en mi opinión, el pensamiento que yace en el fondo de esa aparente confusión que un examen poco detenido de la jurisprudencia de V.E. puede llevar a creer que existe en la vinculación establecida entre la prohibición de las comisiones especiales y la de que nadie puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...".

18. Por otra parte, en el mismo precedente, el Alto tribunal establece que aun para quienes mantienen la idea de que los tribunales constituidos antes del hecho de la causa mantienen invariable competencia para juzgarlos admiten excepciones para los supuestos de imposibilidad material y lógica de seguir actuando (v. cons. 15, pags. 2134/2135).

El artículo 9 de la ley 1612.

19. El argumento del defensor referente a la incompetencia de los tribunales de Alemania Federal para juzgar a su cliente se vincula, ante todo, a la supuesta no continuidad entre el Reich alemán y la República Federal.

Sin embargo el defensor también ha dicho que según el artículo 9 de la ley 1612, el cual dispone que "cuando se pidiese la extradición por delitos cometidos en territorio distinto del de la potencia requirente, no se concederá la extradición sino en aquellos casos en que por las leyes argentinas es permitida la persecución fuera del territorio.

Sobre el punto, la ley argentina (art. 1 del Código Penal), adopta el principio de la territorialidad y el real o de defensa (artículo 1º inciso. 1º del Código Penal); y por el principio real, hace extensiva la aplicación de la ley argentina a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de

autoridades argentinas en desempeño de su cargo (artículo 1*, inciso 2* Código Penal argentino).

Es decir que, para la ley argentina, los delitos por los cuales se solicita la extradición de mi defendido sólo pueden ser juzgados por la ley del lugar donde fueron cometidos y por los tribunales de esa jurisdicción".

El Dr. González, en su momento fiscal de la causa, tuvo toda la razón cuando replicó: "En lo que se refiere al artículo 9 de la ley 1612, que la defensa considera 'plenamente aplicable'(sic), citando su texto y analizando luego el inciso 2* del artículo 1* del Código Penal , para afirmar que éste, por el principio real o de defensa, hace extensiva la aplicación de la ley argentina a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo, para concluir, entonces, que conforme a la ley argentina los delitos por los que se solicita la extradición de su defendido sólo pueden ser juzgados por la ley del lugar donde fueron cometidos y por los tribunales de esa jurisdicción, reitero V.S., que a esta altura de la contestación sigo sin comprender tan contradictoria conclusión respecto del análisis previo de las normas que realiza el defensor".

"Si el artículo 9 de la ley 1612 debe aplicarse, como afirma la defensa, la conclusión es que la extradición es procedente, pues las leyes argentinas permiten la persecución de infracciones cometidas fuera de su territorio en base al principio real o de defensa que recoge el artículo 1* inciso 2* del Código Penal, como bien afirma el defensor, circunstancia ésta que, precisamente, es la que contempla el citado artículo de la ley 1612 para admitir la extradición por hechos cometidos en territorio distinto del de la potencia requirente. Y Schwammberger actuó como agente del gobierno del Reich en desempeño de su cargo, por lo cual su caso encuadra entre aquellos en que para las leyes argentinas está permitida la persecución por infracciones cometidas fuera de su territorio".

"Si este artículo es aplicable, no encuentro otra posibilidad interpretativa para la norma contenida en él y confieso no entender por qué en base a ella la defensa considera que no procede la extradición solicitada".(fs.301 y vta.).

La argumentación del apelante en este punto resulta, pues, como lo asevera el a quo, contradictoria (fs.1162 vta.).

20. En cuanto quepa referir exigencia del artículo 655, inciso 6* del Código de Procedimientos en materia penal, y de su análogo artículo . 12, inciso 1* de la ley 1612, acerca de que el mandato de prisión debe provenir de tribunal competente, no ya a la competencia internacional, sino a la interna del órgano judicial requirente, tal requisito aparece ampliamente satisfecho mediante la documentación agregada a fs. 744/755.

III

SUPUESTA FALTA DE JUSTIFICATIVO DEL PROCESO PENAL SEGUIDO POR EL TRIBUNAL REQUIRENTE

1. También insiste el defensor en la supuesta falta de elementos que justifiquen la persecución penal del requerido y, especialmente, en que las imputaciones de homicidios calificados carecen en ocasiones de exacta indicación de la víctima y del día preciso del hecho.

2. Como lo recordó en su oportunidad el Ministerio Público, (fs.287) la Corte Suprema, en Fallos 236:306, admitió la extradición por hechos acerca de los cuales no resultaba el tiempo, lugar y modo de comisión, si el conjunto de las circunstancias expuestas para fundar el pedido importaban presunciones graves que justificaban la orden de detención impartida por la justicia del país requirente.

Aquí estamos frente a indicaciones más precisas, aun cuando falte la mención del día exacto o del nombre de la víctima, pero están descriptos el modo y lugar del hecho, al que se ubica razonablemente en el tiempo.

Existe, pues, la precisión necesaria si se tiene en cuenta la naturaleza que, entre nosotros, reviste el procedimiento de extradición, que, según lo expresa la Corte Suprema "...no constituye un juicio propiamente dicho, en el que corresponda prejuzgar sobre la inocencia o culpabilidad del reo (Fallos 42:409; 150:316 ; 166:173 y 178:81), sino simplemente un procedimiento que sólo se propone conciliar las exigencias de la administración de justicia represiva en los países civilizados, con los derechos del asilado (Fallos 265:219). En tal sentido, el pronunciamiento a dictar sólo puede versar sobre los puntos a que se refieren el artículo 18 de ley 1612 y los artículos. 651 , 652 y 655 del Código de Procedimientos en Materia Penal, de aplicación al sub judice" (Fallos 308:887 , cons.. 3*, pags. 888/889).

3. Por otra parte, la argumentación del ministerio público, recogida por el a quo, acerca de la notoriedad de los hechos es harto compartible.

No se trata, como quiere el defensor, de que la participación de Schwammberger -un simple subordinado- en el Holocausto del pueblo judío sea notoria, sino de que el conjunto del plan criminal y su realización está investigado, publicitado y juzgado hasta la saciedad, en incontables obras históricas, testimonios de los actores y sobrevivientes, torrentes de documentos, monumentos, y no menos en la actuación de los tribunales. Basta mirar el anaquel que en la Biblioteca de nuestro más Alto tribunal ocupan los nutridos volúmenes con sentencias dictadas por los tribunales alemanes respecto de criminales de guerra de esa nacionalidad.

La notoria comprobación y memoria de esta horrenda tragedia proporciona una fuerte base de verosimilitud en cuanto a que hechos que corresponden al tipo de los perpetrados en masa hayan sido también cometidos por un funcionario que actuó en el lugar de la masacre.

4. Amén de ello, existen testimonios que involucran al requerido y que el Ministerio Público enuncia prolijamente(fs.287 vta./289), y que efectivamente están agregados a la causa (fs. 616/669 y 682/700) en la cual aparece también en la declaración prestada por Schwammberger ante la Policía de Innsbruck el 26 y 31 de julio de 1945, respectivamente(fs. 651/654 y 655/659).

5. En ese mismo contexto resulta inexacto que como lo afirma el defensor, "de toda la inmensa filmografía y bibliografía que nos abruma con relatos de la Segunda Guerra Mundial, jamás se ha mencionado a Schwammberger como un criminal de guerra"(fs. 1211). Pero en la causa obra agregado el libro de Max Wolfshaut - Dinkes: Echec et Mat (jaque mate), Récit d'un survivant de Pchemychl en Galicie, Prefacio de Serge Klarsfeld, Editado por la Association Les Fils et Filles des Déportés juifs de France, 2ª ed., París, 1983 (versión francesa de la obra en lengua idisch, también acompañada por el Ministerio Público, Shaj - Mat - Der Nes fun main leben, fun Pschmyschl biz Theresienstat - El milagro de mi vida, desde Przemysl a Thersienstadt, París, 1975), que menciona reiteradamente a Schwammberger como jefe de talleres de trabajo forzado en Przemysl y narra crímenes que le atribuye.(v. Traducciones al castellano de fs. 701 a 705

Con lo dicho basta para rechazar como insustancial el agravio de la defensa que finca en la falta de justificación de los hechos que motivaron el pedido de extradición.

OPCIÓN FUNDADA EN EL ART. 669 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL

Planteo del temaI

1.Corresponde considerar ahora la defensa fundada en el art. 669 del Código de Procedimientos en materia penal, que, si bien permite la extradición de los ciudadanos argentinos, la niega cuando prefieren ser juzgados en la República, según las leyes de ésta, preferencia que, en el caso, ha manifestado reiteradamente Franz Josef Leo Schwammberger (fs. 280 vta./288), quien es argentino naturalizado.

El ministerio público, cuyos argumentos han sido acogidos por el pronunciamiento en recurso, sostiene que la aludida facultad de los ciudadanos argentinos no se extiende al caso de Schwammberger en virtud de lo prescripto por el art. 3 ley de extradición 1612, de 20de agosto de 1885, que

en su inciso 1* establece que no se concederá la extradición "cuando el reclamado fuese un ciudadano argentino natural o naturalizado antes del hecho que motive la solicitud de extradición", y porque Schwammberger recibió la ciudadanía argentina en 1965 - fs. 154 - , cuando, como se dijo, los hechos que se le imputan habían sido realizados entre 1941 y 1944.

La subsistencia del artículo 3* inciso 1* de la ley 1612 frente al posterior art. 669 del Código de Procedimientos en Materia Pernal ha dado lugar a posiciones opuestas en la misma jurisprudencia de la Corte Suprema. El tema, que parece tan sencillo desde el punto de vista de la equidad y del sentido común, ofrece, técnicamente, aristas resbaladizas y ha sido objeto en autos de un enjundioso análisis por parte del entonces fiscal de primera instancia, y hoy defensor oficial ante esta Cámara, Dr. Ricardo A. González.

2. Antes de ocuparme de dicho tema, aclaro que la posesión por Schwammberger del status nacional argentino resulta cuestionable.

En efecto, la Secretaría de Justicia, por medio de la resolución 199, del 23 de diciembre de 1987, que he tenido a la vista en la Fiscalía Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal y Contencioso Administrativo N* 5, instruyó al Ministerio Público para que iniciara juicio de cancelación de la carta de ciudadanía del nombrado Schwammberger hallándose en pleno trámite tal proceso civil.

Estado de la jurisprudencia.

3. Hechas las reservas precedentes, pasemos a considerar la relación entre el artículo 3* inciso 1* de la ley 1612 y el artículo 669 del Código de Procedimientos en materia penal .

Como decíamos, la jurisprudencia de la Corte Suprema en este punto ofrece dificultades. Remito, para la descripción particularizada de dicha jurisprudencia, a la cuidadosa y objetiva presentación del tema que ofrece el Dr. González (fs. 319/325 vta.).

Me basta ahora recordar, sintetizando, que a favor de la vigencia del artículo 3* inciso 1* de la ley 1612 encontramos el viejo precedente de Fallos 81:176 (in re "Frangnella, Francisco") y el dictamen del Procurador General, Dr. Eduardo H. Marquardt en Fallos 284:459 (Robert L. Jackson y otra), cuyas conclusiones encuentran consonancia con las del Procurador General, Dr. Enrique C. Petracchi, en su dictamen de Fallos 293:64 (Flores Méndez, Jaime y Barrionuevo Lemaire, Nancy).

Militan, en cambio, por la derogación del referido artículo 3* inciso 1* de la ley 1612, el dictamen del Procurador General, Dr. Sebastián Soler, en Fallos

238:50 (Roger Peyré), 'cuyo criterio fue acogido por la Corte Suprema en Fallos 266:137 (Germano Holsbach), nuevamente citado por la Corte en Fallos 293:64 (cons. 7*, pag. 79) . Al comentar el caso Holsbach, Werner Godsschmidt., con una fundamentación algo distinta, se manifestó favorable a las conclusiones allí aceptadas por la Corte Suprema (La Ley ,T. 124, p.765).

Premisa jusfilosófica.

4.,Si de autoridad doctrinaria se trata, coincido con el entonces fiscal Dr. González en que estamos frente a un marco amplio de posibilidades, formado por opiniones contrapuestas de juristas eximios.

El fiscal estima que habría de optarse dentro de ese marco por una decisión voluntarista inspirada, claro está, en los valores de justicia y solidaridad internacional que el Dr. González tan bien subraya.

Por otra parte no puede ocultarse el hecho de que la jurisprudencia del Alto tribunal -en las integraciones anteriores a la presente, que aún no se ha expedido al respecto- consagra la tesis de Soler, cuya revisión dejo aquí postulada.

5. Antes de entrar en materia y puesto que el Dr. González -con toda razón- ha llevado el asunto al plano de la filosofía jurídica, quiero hacer reserva de que no concibo la tarea interpretativa como la fijación de un marco de posibilidades entre las cuales se elige mediante una decisión sobre valores que resultaría extrajurídica.

Esta visión depende del pensamiento de la escuela neokantiana del sur de Alemania, que negaba la captación racional y objetiva de los valores, tendencia unida, en la doctrina de Kelsen, al positivismo de cuño naturalista, que niega la especificidad y propia lógica del pensamiento referido a la cultura humana, el carácter irreductiblemente propio de las ciencias del espíritu (ver para una concisa y profunda exposición crítica sobre el tema del relativismo valorativo del neokantismo sudoccidental alemán, y sus repercusiones en el método jurídico, el ensayo de Hans Welzel titulado "El Problema de la Validez del Derecho, una cuestión límite del Derecho", versión castellana de José M. Rodríguez Paniagua, en G. Radbruch, E., Schmidt y H. Welzel, "Derecho injusto y Derecho Nulo", Madrid, Aguilar, 1971, pags. 98 a 110; acerca del mismo tema, Gerhardt Leibholz, "Tendencias Actuales de la Doctrina del Derecho Público en Alemania", en "Conceptos Fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, pag. 15 y sigs.; en cuanto al carácter en cierto modo sincrético de la posición Kelseniana, v. en artículo de Wolfgang Schild, *Reine und Politische Rechtslehre*, Revista Der Staat, vol. 15,año 1975, pag. 69 y sigs., en esp. pags. 70/71; también Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den*

sozialen Rechtsstaat, Kiepenheuer & Witsch, Köln Berlin, 1968, pag. 28, nota 1; en cuanto al carácter singular de las ciencias del espíritu, Ulfrid Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, en A. Kaufmann, W. Hassemer, Einführung in Rechts-philosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, UTB C. FS. Müller, 1977, pag. 174, en especial pag. 186).

No es este el lugar para justificar una posición distinta, sino sólo para enunciarla. La inmensa construcción espiritual que llamamos tradición jurídica europea tiene objetividad; es, como le dijo Coke al rey Jacobo I en el célebre conflicto con la Corte de Alta Comisión, una razón artificial (Carl J. Friedrich, The Philosophy of Law in Historical Perspective, The University of Chicago Press, 1958, pag. 79, v. también C. Allen, Law in the Making, 3ª ed., Oxford, 1939, pag. 140), en el sentido de no ser producto de la naturaleza, de ser creada por el hombre. Tiene una dinámica que le es propia, no se reduce a mera retórica, en la que todos los argumentos son equivalentes para una mente rigurosa. La exploración de las categorías del derecho me ha llevado en múltiples oportunidades, a modificar mi inicial juicio acerca de un asunto. No es cierto que el intérprete no pueda otra cosa que adoptar desde el principio una solución y luego revestirla con argumentos pretendidamente racionales. Así ocurre con frecuencia, pero este irracional decisionismo proviene de no captar al derecho como esfera de estructuras mentales regidas por la lógica de las ciencias humanas, estructuras en las cuales las proposiciones del intérprete encuentran un patrón objetivo de verdad y falsedad. En muchos casos, la conclusión concreta vendrá ya determinada por el marco categorial, y en otros habrá un margen de apreciación estimativa que el intérprete debe emplear para establecer nuevas valoraciones racionalmente estructuradas dentro de la economía general del sistema.

Con esto dejo expresado mi Convencimiento de que el derecho es un imponente complejo de sabiduría práctica edificado en un larguísimo proceso, siempre en curso, de cuyas categorías no podemos escapar, aunque sí podamos violentarlas y abusar de ellas, abdicando entonces de la dignidad que se nos otorga de receptores críticos y a la vez posibles forjadores de una tradición racional que condensa la experiencia de innumerables generaciones en procura de la justicia.

Análisis de los fundamentos doctrinarios de la jurisprudencia resumida sub. 3.

6.Tras este exordio, tratemos de poner en obra las premisas anteriores, y ver si la solución anticipada es sólo producto de la equidad o del sentido de oportunidad, o si aparece como corolario de la economía propia de las estructuras de significado a las que pertenecen las normas examinadas.

En otros términos y para emplear el lenguaje de la Corte Suprema, si la tesis anticipada aparece como derivación razonada del derecho vigente.

En el aludido comentario a la sentencia in re "Holsbach Ver Texto " (Fallos 266:137), Werner Goldschmidt efectuó un planteo que ha de considerarse como previo a la cuestión particular referida a si el artículo. 669 del Código de Procedimientos en materia penal derogó el artículo 3* inciso 1* de la ley 1612.

Tal planteo consiste en que, a juicio del autor citado, el Código de Procedimientos, al legislar en su Título V, Capítulo I, sobre la materia de la extradición, habría derogado en su totalidad a la ley 1612 .

Goldschmidt arriba a esta conclusión porque añade a las formas clásicas de derogación, esto es, la expresa y la tácita -en virtud de la incompatibilidad de normas sucesivas ("lex posteriori derogat priori")- la derogación "orgánica", y observa que la Corte enuncia el principio de esta última clase de derogación en el considerando 7* del precedente "Holsbach " , en el cual afirma que "en el caso de leyes sucesivas que legislan sobre la misma materia la omisión en la última de disposiciones de la primera, importa seguramente dejarlas sin efecto, cuando la ley crea respecto de la cuestión de que se trata, un sistema completo, más o menos diferente del de la ley antigua".

Sin embargo, como lo advierte Goldschmidt, en realidad la Corte resuelve el problema de la relación entre las dos normas (el artículo 3* de la ley 1612 y el art. 669 del Código de Procedimientos en Materia penal), acudiendo al examen de su concreta compatibilidad, o sea, al principio de la derogación tácita. Esto revela la existencia de una confusión en el proceso argumentativo de la Corte, derivada de no advertir que el principio de la derogación "orgánica" se refiere a conjuntos normativos, y no a disposiciones unitarias concretas, para las cuales sólo valen los principios de derogación expresa y tácita. Esta impresión se refuerza por la circunstancia de que en la sentencia de fallos 248:257 pág.. 273), que la Corte cita en "Holsbach " como fuente del considerando 7* de este último el mismo argumento -a su vez extraído de Fallos 182:392 - se emplea para un supuesto resuelto con arreglo a la idea de la derogación tácita.

7. El dictum de este precedente más antiguo aparece incompleto en Fallos 248:257 y 266:137 ("Holsbach "). En el primero se lee, a igual que en los dos siguientes, "Que tratándose de leyes sucesivas, que legislan sobre la misma materia, la omisión en la última de las disposiciones de la primera importa seguramente dejarlas sin efecto cuando la nueva ley crea respecto de la cuestión de que se trata un sistema completo, más o menos diferente del de la ley antigua". Pero, el de Fallos 182:392 , añade en entrecomillado "No sería prudente en tales condiciones -dice Demolombe, T. 1, "De la publication,

etc.", N° 128- alterar la economía y la unidad de la ley nueva mezclando a ella, disposiciones quizás heterogéneas, de la ley anterior, que ella ha reemplazado" (pags. 397/398).

Todo el dictum de Fallos 182:392 está casi literalmente tomado del N° 128 de Demolombe, que consulto en su "Cours de Code Napoléon", décima edición T.1, París, 1860, pag. 145. Empero, la Corte ofrece una versión radicalizada de la idea de Demolombe, enunciada en términos más relativizados y carentes de expresiones como "importa seguramente dejarlas sin efecto". Además, el exégeta francés pone el principio recogido por nuestra Corte en inestable equilibrio con la idea opuesta de la fusión.

Veamos lo que expresa Demolombe: "Lorsque la loi ancienne et la loi nouvelle statuent sur la même matière, et que la loi nouvelle ne reproduit pas une disposition particulière de la loi ancienne, sans pour tout prononcer d'abrogation expresse, on est néanmoins autorisé à dire que cette disposition particulière est abrogée (Cass., 8 févr. 1840, Mahieu, Dev., 1840, I., 281, Av. du Com., de Etat du 8 févr. 1812)".

"En effet, si le législateur, qui ne prononce pas, l'abrogation formelle, ne doit pas, en général, être présumé vouloir empêcher, comme en la dit, la fusion des deux lois, il en est autrement, lorsque la loi nouvelle crée, sur la même matière, un système entier et complet plus ou moins différent de celui de la loi ancienne" (Cuando la ley antigua y la ley moderna estatuyen sobre la misma materia y la ley nueva no reproduce una disposición particular de la ley antigua, sin pronunciarse sin embargo sobre su expresa abrogación, se está -no obstante- autorizado a decir que esta disposición particular está abrogada". "En efecto, si el legislador no se pronuncia por la abrogación formal, no se debe, en general, presumir que ha querido impedir como ya se dijo, la fusión de las leyes cuando por el contrario, la nueva ley crea sobre la misma materia un sistema integral y completo, más o menos diferente de aquél de la antigua ley"). En este punto sigue lo que la Corte transcribe literalmente del N° 128.

8. La misma ambigüedad que en Demolombe se observa en Enneccerus-Nipperdey, párrafo 41 (Vol. 1, traducción castellana de la 39 ed. alemana de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, 1934, vol. I, Parte general, pag. 176), que debe ser coincidente con el parág. 45 de la edición alemana de 1952, citada por Goldschmidt en su comentario al caso "Holsbach" (nota 8), como muestra de que "la doctrina alemana no ha elaborado el concepto de la derogación orgánica en toda su pureza".

En la versión castellana de la obra de Enneccerus-Nipperdey que empleo encontramos, en la nota 5, pag. 176, el siguiente párrafo "Se afirma, con frecuencia, que las leyes modificativas se han de interpretar estrictamente. Pero sólo es exacto decir que no puede admitirse sin una razón que la

derogación se extienda a más de aquello en que la nueva ley es inconciliable con la anterior. No así cuando concurren razones suficientes que permitan deducir una más amplia voluntad de derogación. Hay que suponer la plena derogación, especialmente cuando el principio fundamental de la antigua ley y de la nueva se contradicen, aunque sea imaginable la subsistencia de las disposiciones concretas de la antigua".

Tensiones en los principios en juego.

9. Lo que vengo calificando de ambigüedad en Demolombe y Enneccerus - Nipperdey merece, más bien, encuadramiento en la categoría de las tensiones bipolares entre principios razonables tan frecuente en el pensamiento jurídico.

Detrás del principio de fusión, está la tendencia a la conservación, al atesoramiento de normas anteriores como acumulación de experiencias pasadas. El derecho es tradición y en él vale el lema con el que Portalis guió los trabajos del Código Civil francés: "Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire" (Es útil conservar todo aquello que no es necesario destruir) (ver Gioele Solari, "Filosofía del Derecho Privado", traducción del italiano Oberdan Caletti, presentación por Renato Treves, Depalma, Bs. As., 1946, T.I La idea individual, pag. 223).

Por otra parte, la exigencia de certeza jurídica reclama la desaparición de las normas anteriores a las obras de síntesis legislativa, cuando éstas se efectúan para remediar situaciones caracterizadas por la proliferación normativa de índole difusa, inorgánica y hasta caótica. Tal idea ha guiado al legislador argentino en la sanción del Código Civil, como lo expresa el artículo 22 del mismo, que establece "Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial".

10. Observemos que lo mismo hizo Vélez en el art. 1750 del Código de Comercio de 1857-1862. Sin embargo, la nota al artículo 17 del Código Civil (norma cuya redacción e ideas han sido profundamente modificadas por la ley 17711), cita las leyes 3 y 11, título 2, libro 3, de la Novísima Recopilación, que están decididamente en la línea de la conservación jurídica.

En la misma línea, el artículo 814 del antiguo Código de Procedimientos en materia civil y comercial de la Capital de la República, y el artículo 374 de la ley 50, en vigor hasta la sanción de la ley 14.237 (el artículo 95 de ésta los derogó expresamente) mantuvieron la vigencia supletoria del anterior derecho procesal.

11. El dogmatismo racionalista trata de resolver estas tensiones con un sablazo intelectual, proclamando la exclusiva verdad de uno de los términos dialécticos, o cayendo en el escepticismo, tan difundido, según el cual toda solución jurídica depende de factores subjetivos y la razón no puede constituir guía para la acción (ver la crítica a estas posiciones en Chaim Perelman, "Droit, Morale et Philosophie", 2ª ed., París, 1976, p. 163).

Si, en cambio, se admite la racionalidad del carácter dialéctico de los juicios jurídicos (ver Andrée Wener, "Le Fuits de L'Exil-La Theologie dialetique du Maharal de Prage", Albin Michel, París, 1966), la cuestión estribará en determinar por qué nuevas razones objetivas se dará más peso a uno que otro principio para elaborar una solución dada, pues ambos no son aplicables a la vez.

El recurso que, en el supuesto del par: fusión de la ley nueva con las anteriores-derogación "orgánica" de las precedentes, emplean Demolombe y Enneccerus-Nipperdey estriba en la explotación de la voluntad legislativa presunta, para determinar si por el carácter más o menos completo de la nueva reglamentación, o por la presencia de un nuevo principio fundante, se infiere una voluntad derogatoria no expresada.

No se aparta de esta línea el artículo 15 del Código Italiano de 1942 (que Goldschmidt elogia como impecable - loc. cit.), de pone como supuesto de derogación aquél en el cual "la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

12. Ciertamente no vale contra este argumento la idea de Dalloz -que, advirtámoslo, emplea Llerena para combatir el principio corriente de la derogación tácita por incompatibilidad de disposiciones concretas (Código Civil Argentino, tercera edición, Buenos Aires, 1931, T. 1, pag. 66)- según la cual sustituir una presunción de voluntad a una voluntad expresamente determinada, sería ponerse en lugar del legislador.

Este tipo de reflexiones, temerosas de la actividad del intérprete, encuentran su conclusión lógica en el grado superior de incertidumbre que se produciría negando, como lo hace Llerena, la máxima "lex posteriori derogat priori".

Tanto la idea de la fusión como la de la derogación "orgánica" otorgan al intérprete un amplio margen de juicio: la primera, para determinar lo que realmente sea incompatible en la ley antigua con la nueva; la segunda, para establecer si el sistema de la nueva ley es completo o, en cambio, fragmentario, o si los principios de la anterior y la posterior son iguales o contrapuestos.

Querer solucionar los enfrentamientos entre el principio de fusión y el de derogación "orgánica" con la temática de la presunta voluntad legislativa, no es sino querer cubrir con una apariencia de respeto a tal voluntad el juicio del intérprete sobre los extremos indicados. De tal manera, el tema de la derogación de las leyes desnuda la falsedad del dogma de la absoluta supremacía legislativa.

El principio de derogación orgánica no necesitará ampararse en una poco asible voluntad legislativa presunta cuando actúe en obsequio a la necesidad de restablecer, en grado-aceptable, la certeza jurídica frente a situaciones normativas difusas, inorgánicas y hasta caóticas, como dije más arriba, y su empleo será, por el contrario, muy cuestionable cuando juegue por puro "espíritu geométrico", utilizando las palabras de Pascal, con olvido de que más vale en el derecho el "esprit de finesse", y que la máxima de Portalis ya aludida corresponde al carácter de tradición, que el derecho comporta.

13. Creo que lo dicho permite ver cómo tanto la actividad jurisprudencial y doctrinaria "fusiva" como la tendiente a fijar derogaciones "orgánicas", importan en alto grado, ambos, el ejercicio de la facultad interpretativa.

Observemos, además, que contraponer generalizaciones aisladas, sin tener en cuenta las constelaciones de pensamiento en las que cobran sentido concreto, da lugar a conflictos insolubles, que desaparecen cuando cada idea ocupa su lugar en su respectiva conexión de sentido.

[Nota al apartado. No puedo dejar de señalar que Hegel, y también Aristóteles, nos indican la línea aquí esbozada. Del primero, ver por ejemplo, "Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas", traducción de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, 1917, pag. 150/151, párrafos 80 y 81: "El pensamiento, como intelecto, se cierra a la determinación rígida y a la diferencia de ésta con otras; tal producto abstracto y limitado vale para el intelecto como existente y subsistente por sí. El momento dialéctico es suprimirse por sí mismas dichas determinaciones finitas y su paso a las opuestas".

Para comprender esta terminología, ayudémonos con Ernst Sloch, "El Pensamiento de Hegel", traducción de Wenceslao Roces, México-Buenos Aires, 1949, pag. 26: "...para él, (Hegel) lo abstracto es, unas veces, la representación general vacía, otras veces lo que hay de formal en el concepto, simplemente su 'contenido no desarrollado'. Lo concreto, por el contrario, lo que se despliega en especiales y singulares determinaciones, lo general en cuanto mediado por lo individual".

He de aclarar que el empleo de categorías hegelianas no importa la adhesión a los principios básicos de ese sistema filosófico, ni tampoco aceptar la concepción de la total fluidez del pensamiento, y la inexistencia de

contradicciones irresolubles. Como lo expresa el título de la famosa obra de Benedetto Croce, *c'è vivo e c'e morto nel pensiero di Hegel*.

En cuanto a Aristóteles, transcribo -en traducción propia- a Ernst Cassirer "Individuum und Kosmos in der Philosophie der Renaissance", Darmstadt, 1977, pag. 18: "la contradicción... sólo puede ser concebida precisamente como tal, si existe una mediación, que conduce de un polo al otro. Así deviene para Aristóteles el concepto de desarrollo, categoría fundamental y permanente de la explicación del mundo. Lo que nosotros llamamos realidad no es otra cosa que la unidad de una y misma conexión de efectos dentro de la cual todo lo diverso está contenido como una determinada fase y grada del proceso evolutivo. Siempre que se dan especies o modos de ser aún 'heterogéneas', necesitamos dirigir la mirada a ese unitario proceso dinámico para encontrarlos realizados y reconciliados".

Formulo parecidas reservas que respecto de Hegel. No creo que mediación dialéctica sea clave para "explicar" el mundo, sino una manera muy adecuada del pensamiento jurídico y de otros campos afines, entendido, con la expresión de Recasens Siches, como "logos de lo razonable" -ver de este autor, "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica 'razonable'", Fondo de Cultura Económica, Unam, 1971, especialmente capítulos VII, VIII, X, para constituir sus estructuras de conocimiento.

14. Precisamente, las fuentes clásicas inspiradoras de nuestro Código Civil, ofrecen standards concretos en la temática fusión-derogación "orgánica", que nos permite disponer de una gama de pautas más matizadas y dotadas de precisiones articuladas.

Advirtamos antes que el principio que, siguiendo a Demolombe, denomino de la "fusión", tiene predominio en la doctrina más tradicional.

Así, Duranton expresa que la derogación tácita ocurre cuando la ley nueva, "sans porter ouvertement atente aux anciennes, contient néanmoins des dispositions incompatibles avec celles de ces derniers.

Mais, dans ce cas, al n'y a d'abrogé dans l'ancienne loi que les dispositions qui ne peuvent s'accorder avec celles de la nouvelle, ou qui sont remplacés par d'autres renfermées dans celles-ci. S'il y a possibilité de les concilier, le législateur n'est pas censé avoir voulu empêcher l'amalgame des deux législations; car l'abrogation des lois ne se présume pas: Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint idque multi argumentis probatur" (sin alcanzar abiertamente oposición a la antigua, contiene sin embargo, disposiciones incompatibles con aquella". "Pero en ese caso, no hay más abrogación en la ley anterior que de las disposiciones que no pueden acomodarse con aquellas de la nueva ley o que fueron reemplazadas por otras

contenidas en éstas. Si hay posibilidad de conciliarlas, no puede suponerse que el legislador haya querido impedir la amalgama de dos legislaciones, toda vez que la abrogación de leyes no se presume:..." ("Cours de Droit Civil Français", París, 1825, t. 1, N° 105 y 106, pags. 63/64).

De la misma manera se expresa Toullier: "C'est même un principe consacré par le droit romain et par la jurisprudence de la Cour de Cassation, que les dispositions des lois antérieures non contraires aux lois postérieures, sont censées se trouver dans celles-ci, et y être sous entendues: Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint" ("Es también un principio consagrado por el derecho romano y la jurisprudencia de la Corte de Casación, que las disposiciones de leyes anteriores no contrarias a leyes posteriores, se entiende que se encuentran en éstas, y están allí sobreentendidas...") ("Le Droit Civil Français", vol. I, primera parte, decimosexta edición París F. Cotillon y Jules Renouard et Cie, sin año, N°. 156, pag. 117).

Aparte de repetir la citada máxima de Paulo, libro V ad legem Juliam et Papiam (Digesto, Libro I. Título 3, De legibus, ley 28), Toullier remite a la autoridad de Merlin, bajo cuyo amparo también Dalloz pone la proposición de que "Le silence que garde la loi nouvelle sur les autres parties de l'ancienne loi ne doit pas empêcher de les observer" ("El silencio que guarda la ley nueva sobre las otras partes de la ley antigua no debe impedir acatarlas") (Repertoire, t. 30, verb. Lois, Chap. 8, N° 542, p. 212).

Entre nosotros, puedo citar en esta línea clásica al precedente de Fallos 67:214, cons. 5°, pag. 247/248, donde se afirma: "...Que con ese criterio se consulta la regla elemental de derecho, de que las leyes posteriores derogan a las anteriores, consultándose a la vez el principio no menos elemental de interpretación que enseña que, a menos de cláusula derogatoria general, las leyes posteriores no derogan a las anteriores, sino en lo que sean contrarias, subsistiendo en lo demás y sirviendo para explicarse y completarse las unas con las otras".

De manera similar, Marco A. Risolía expresa que: "Es principio inconcuso que la derogación de las leyes no se presume y que una norma general posterior no puede derogar una especial anterior, salvo que así lo establezca expresamente.

"La derogación implícita o tácita -que admiten la doctrina y la jurisprudencia- exige, sobre todo tratándose del conflicto entre normas generales y especiales, la incompatibilidad manifiesta del antiguo texto con el orden de cosas establecido por la nueva ley, y la derogación tácita cabe en la medida de aquella incompatibilidad: si lo incompatible es sólo una parte del ordenamiento, subsiste viva la ley anterior en el remanente no afectado".

Posiciones tendientes a la síntesis de principios.

15. Al comentar el obligado locus de Paulo, Aubry y Rau añaden algo que importa un avance en el sentido de la derogación "orgánica": "Toutefois, il est bien entendu que l'abrogation tacite d'une disposition de la loi ancienne emporte celle de toutes les autres dispositions que ne'n étaient que des corollaires ou des développements" ("De todas maneras, se sobrentiende que la abrogación tácita de una disposición de la ley precedente importa la de todas las otras que no son más que sus corolarios o sus desarrollos") ("Cours de Droit Civil Français", París, 1869, cuarta ed., tomo . I, parágrafo 29, pag. 57). Como fuente señalan a Zachariae.

De éste citan Aubry y Rau el parágrafo 29 texto y nota 4, que en la edición francesa de Zachariae de 1854 ("Le Droit Civil Français", traducción de G. Massé y de Vergé de la cual dispongo), se refiere a otro tema, en tanto que el aquí tratado aparece en el 27, N°. 2, pag. 34. Lo cierto es que Zachariae es muy escueto, limitándose a decir que "lors qu'une loi a été abrogée dans ses dispositions principales par une loi postérieure, cette abrogation soit également s'appliquer aux les dispositions secondaires que contient la même loi" "Cuando una ley ha sido abrogada en sus disposiciones principales por una posterior, esta abrogación debe extenderse igualmente a las disposiciones secundaria que contiene la misma"). La distinción principal-secundario puede ajustarse a la idea de "nuevo sistema más o menos diferente", que excluye "in totum" a la ley anterior, o a la distinción norma principal-corolarios de Aubry y Rau.

16. El comentario de Busso menciona la opinión de Aubry y Rau, y da un excelente ejemplo "La derogación del precepto importa la de todos sus corolarios. Habiéndose querido por la ley de Patronato de Menores equiparar la patria potestad de los padres naturales a la de los padres legítimos, debía considerarse derogado el art. 336 (Codigo Civil) que mantenía una diferencia fundamental entre ellos" (T. 1, N°. 15 y 17, pags. 165 y 166).

Argentino Barraquero, por su parte, sostiene una posición que aparece idéntica a la de Enneccerus-Nipperdey: "Cuando la oposición versa sobre el principio fundamental que servía de base a la ley antigua, la abrogación se extiende a todas sus disposiciones indistintamente" (Gaceta del Foro, julio-agosto 1927, t. 69, p. 258). Pero el caso tratado por el inolvidable juez era el de un cambio de competencia para imponer tributos municipales en la ciudad de Buenos Aires, cuya facultad se había desplazado del Congreso a la Comuna, entendiendo que no subsistían entonces, las anteriores disposiciones fiscales de la Legislatura Nacional. Barraquero no concibió el cambio de competencias como una sucesión, sino como la extinción de una y el nacimiento de otra nueva. En tales hipótesis, habría desaparecido la condición necesaria de todas las normas fiscales de la ley anterior, que no eran sino

corolarios de la fundante derogada o, en el lenguaje de Zachariae, desaparecida la disposición principal, desaparecerían las secundarias.

17. Creo que la idea de Aubry y Rau es acertada en este sentido: las normas que dependen lógicamente de otra u otras derogadas y que sean consecuencia necesarias de ellas, han de caducar con la que extinguió.

Esto es algo bien distinto que afirmar, como lo hacen Enneccerus-Nipperdey (loc. cit.), que cuando cambia el principio fundamental de la ley antigua se dé la derogación del conjunto, aún de disposiciones concretas no incompatibles con el nuevo principio. Y la idea de la caducidad de los corolarios cuando se extingue el principio básico está muy alejada de las generalizaciones de Demolombe, exageradas en Fallos 182:392 . Por lo demás, Demolombe no es original, pues sigue, citando la fuente, a Ménilhou, según el cual, "lorsque'il s'agit de deuz systemes de lois qui ne sont pas conçues dans le même esprit, ou l'on decouvre une divergence de principes assez marquée, la fusion ne diot pas s'operer, encore qu'il n'y aurait danger a meler ensamble des dispositions hétérogenes" ("Cuando se trata de dos sistemas de leyes que no han sido concebidas dentro del mismo espíritu, donde se descubre una divergencia de principios muy marcada, la fusión no debe operar, aunque no haya peligro de colocar juntas disposiciones heterogéneas") (Dalloz, vol. et. loc. cit., N°. 541).

Estamos ante un lenguaje matizado por precisiones alejadas de las rigideces de Demolombe, Enneccerus-Nipperdey, el Código italiano, Werner Goldschmidt y el dictum de Fallos 182:392 .

17 Como resultado, pienso que no haría falta renunciar a la posibilidad de fusión, siempre que la norma respectiva quepa en el contexto sistemático nuevo, pues entonces no será "heterogénea".

No cabe "a priori", en tal supuesto, descartar la actividad integrativa, sino probar la incompatibilidad de disposiciones anteriores concretas con el nuevo contexto legal.

A esta argumentación se ligán las expresiones de Merlin transcritas en Dalloz (op. et loc. cit., N° 543), en el sentido de que, tratándose de "droit commun", está permitido entender que las razones que determinaron la derogación de ciertas normas, son aplicables "a fortiori" a otras disposiciones sobre las cuales las nuevas guardaron silencio.

Resumen.

18.Tratemos de sintetizar y ordenar mejor los resultados de la exploración precedente, de la cual surge:

a) Sobre la base del locus de Paulo "Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint" (Digesto, Libro I, Tít. 3, De legibus, ley 28), la doctrina tradicional ha mantenido la idea de la amalgama -como la llama Duranton-, o fusión -si se emplea el lenguaje de Mérlhou y Demolombe-, entre la ley anterior y la posterior referidas a la misma materia, salvo cuando disposiciones concretas más antiguas sean claramente incompatibles con otras nuevas.

b) Una tendencia menos tradicional contrapone a la idea de la fusión el principio de que las disposiciones omitidas en la ley nueva se reputan derogadas, cuando ésta crea un sistema completo, más o menos diferente del anterior (Demolombe, Mérlhou, Fallos 182:392), o cuando el principio fundamental de la antigua ley y de la nueva se contradicen (Enneccerus-Nipperdey, Argentino Barraquero), o cuando la nueva ley regula la entera materia regulada por la ley anterior (artículo 15 del Código Civil Italiano de 1942).

c) Tras la idea de la fusión se halla el sentido acumulativo que corresponde al carácter tradicional del derecho, en tanto que la derogación "orgánica" encuadra en el rupturismo de la ilustración y en su búsqueda de certeza por medio de fuertes abstracciones.

d) La bipolaridad así forjada entre conceptos vacíos y formales se supera al articularlos en una serie de aproximaciones diferenciadas y más ricas en contenido. Así encontramos la idea de Aubry y Rau según la cual la derogación tácita de determinadas normas de la ley antigua arrastra la de todas las que son sus corolarios, o la de Merlin, en el sentido de que los motivos que fundan la derogación de algunas normas antiguas pueden aplicarse a otras disposiciones anteriores sobre las cuales las nuevas guardaron silencio.

e) Estas últimas formulaciones arrancan del principio de fusión para concluir en avanzadas que tocan el opuesto frente de la derogación "orgánica" el cual, expresado con la cautela que pone Mérlhou (y que falta en la ruda simplificación de Demolombe), acerca de que tal derogación sucede cuando los sistemas de la ley antigua no están concebidos con el mismo espíritu, o se descubre una divergencia de principios "muy marcada", integra también la serie de sucesivas precisiones diseñadas por los autores aludidos sub d).

f) Me parece necesario añadir, que, a mi juicio, y en la línea de pensamiento sub d), el criterio de la derogación orgánica, con la absolutez de Demolombe, y de la Corte Suprema en Fallos 182:392 , está justificado en situaciones de confusión o caos legislativo insostenible frente a las exigencias mínimas de la certidumbre jurídica.

g) En suma, y como criterio práctico, el problema de la subsistencia de las disposiciones anteriores en los casos de leyes sucesivas en que no existan derogaciones expresas globales ni cláusulas de conservación al estilo "quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente", debe resolverse a favor de la subsistencia de las anteriores, pero limitando la aplicación del principio de "amalgama" con arreglo a las ideas expresadas sub d), e) y f).

La subsistencia de la ley 1612

19.. Unidos con los resultados obtenidos en la investigación anterior, examinemos la cuestión suscitada por Werner Goldschmidt en torno a la supuesta abrogación "in totum" de la ley mencionada. Tengamos en cuenta, al hacerlo, que las categorías enunciadas sub d) y e) del punto anterior son derivaciones y ampliaciones del principio de la derogación por incompatibilidad (derogación tácita), que en algún momento y en sus expresiones más avanzadas, confinan con aspectos del principio de derogación "orgánica".

La cabeza de puente que esta última idea puede tender, a mi juicio, en el campo tradicional donde domina la noción de amalgama de las viejas y nuevas normas, son las aproximaciones de Mérilhou, fincadas, como dijimos, en la sustitución total de la ley anterior por la posterior, cuando ambas no están concebidas con el mismo espíritu o cuando existe entre ellas una diferencia de principios muy marcada. Mayormente constrictivas son, a mi juicio, las hipótesis antes esbozadas, en que es preciso superar una situación de incoherencia o caos legislativo o, en la que todas las normas de la ley anterior tengan como condición necesaria un principio derogado -situación imaginable como lo demuestra el caso examinado en el punto 16-.

Estos son los parámetros con los cuales hemos de confrontar la relación global entre la ley 1612 y el Título V, Cap. I del Código de Procedimientos en materia penal, pues ya desechamos la idea de la derogación "orgánica", en la formulación rígidamente generalizante y formalista que le da Demolombe y repitió, agravándola, el pronunciamiento de Fallos 182:392 .

20. Desde el punto de vista doctrinario que sustenta tal pronunciamiento asistiría razón a Werner Goldschmidt cuando sostiene la total derogación de la ley 1612 por el Título V, Cap. I del Código de Procedimientos en materia penal., toda vez que el sistema del Código de Procedimientos respecto de la extradición cubre, en términos generales, la problemática de aquélla. Sin embargo, el ilustre internacionalista señala la ausencia en el Código de Procedimientos de dos disposiciones de mucha importancia práctica: los artículos 2* y 7* de la ley 1612 a lo que he de añadir el artículo 5* , cuya función es más amplia que la de la última parte del art. 669 del código de rito

(tal identificación es efectuada en Fallos 293:64 , pero aparece muy cuestionable, dados los argumentos del Procurador General, Dr. Enrique C. Petracchi, en ese mismo precedente). Más grave es la ausencia en el Título V, Cap. I del Código aludido de normas como el artículo 3* inciso 2* de la ley 1612, que niega la extradición por delitos políticos, y del artículo 9* , cuya necesidad hemos advertido al considerar el tema de la competencia del Estado requirente.

21. En cambio, a partir de los standards sintetizados en los puntos 18 y 19, no cabe duda acerca de la subsistencia de las disposiciones de la ley 1612 compatibles con las del Código de Procedimientos en materia penal. Obviamente, el Código de Procedimientos no deroga ningún principio de la ley 1612 del cual dependan lógica o axiológicamente las restantes normas de la primera, y tampoco existía antes del Código de rito una situación de confusión o incoherencia en el tratamiento legislativo de la materia de la extradición. Menos aún es dable afirmar que uno y otro cuerpo normativo concibieran el instituto nombrado con diferente espíritu, o que los principios de uno y otro fueran muy diferentes.

En este sentido, el ministerio público ha puesto de resalto las observaciones del citado dictamen del Procurador General en Fallos 293:64 , acerca de que Manuel Obarrio, autor del Proyecto que se trasformó en el Código de Procedimientos en materia Penal, expresó en la nota explicativa con la que lo acompañó, que "el título relativo a la extradición de criminales no es sino la reproducción de las disposiciones del proyecto de ley sancionado últimamente por la Cámara de Diputados" (la que después fue la ley 1612 obtuvo media sanción por la Cámara baja el 3 de junio de 1881, el proyecto Obarrio fue presentado el 15 de julio de 1882). También recordó el Procurador General, en el dictamen aludido, la superposición que se produjo en el tratamiento de ambos cuerpos normativos, puesto que cuando la ley 1612 , recibió sanción definitiva, ya existía dictamen de la Comisión Revisora del Código de Procedimientos en materia Penal.

22. Estas indicaciones están orientadas en la dirección correcta. La lectura del debate de la ley 1612 , en especial del que llevó a la sanción inicial de la Cámara de Diputados en 1881 (ver el Diario de Sesiones de ese año, desde la página 201 a la 342, passim), demuestra que en esa ocasión fueron adoptadas, de manera consciente y con amplísimo debate, las decisiones básicas en cuanto a la materia de extradición. Con conocimiento de los diversos sistemas vigentes, los legisladores determinaron la posibilidad de extradición fuera de los tratados, sobre la base del principio de reciprocidad, y los grados de participación y responsabilidad del poder ejecutivo y del judicial en los pedidos de extradición, así como los límites del deber de extraditar y, también, las normas de mero procedimiento para los juicios respectivos.

El proyecto de Manuel Obarrio sólo quiso reglar en lo último, o sea en cuanto al procedimiento para los casos de extradición, cuyas condiciones substantivas se encontraban ya determinadas por la ley de fondo (la que tenía entonces media sanción, y se trasformaría en la ley 1612). Así lo demuestra el art. 846 del proyecto: "En los casos en que de acuerdo con los tratados celebrados con naciones extranjeras, actualmente en vigencia, o con las prescripciones de la ley de la materia, deba acordarse la extradición..." (la bastardilla es mía, ver Proyecto de Código de Procedimientos en materia penal redactado por el Dr. D. Manuel Obarrio, Bs. As., Imprenta de la Nación, 1882, pag. 353).

23. La afirmación de Obarrio, citada por el Procurador General en el dictamen de Fallos 293:64 , en el sentido de que "el Título relativo a la extradición de criminales no es sino la reproducción del proyecto de ley sancionado últimamente por la Cámara de Diputados" (op. cit. pag. LII), es exacta en cuanto a las normas de procedimiento, pues la parte substantiva era considerada como dominio exclusivo de la ley aludida.

No lo entendió así la Comisión revisora, formada por Leguizamón, Barra y Posse, que desgajó de la ley 1612 algunos de los principios que formaban el elenco de decisiones básicas tan cuidadosamente adoptadas en 1881 y perfeccionadas en 1885. Así quedó frente al sistema comprensivo de la ley 1612 un texto formado en 1884 a contrapelo de un rico debate, cuyos resultados recoge de manera bastante fragmentaria y ambigua.

24. Aún ubicándonos en el campo de la explicación del derecho por la voluntad legislativa, convengamos -teniendo en cuenta que el Código de Procedimientos en materia penal fue aprobado a libro cerrado- en que no hay trazas de que el Congreso haya querido abandonar los principios trabajosamente adquiridos en la discusión que estaba en desarrollo sobre la ley 1612 cuando se formó el texto del Código, ni que podamos tampoco saber, siquiera, si los autores del proyecto revisado (Leguizamón, Barra y Posse), se representaran a su texto como poseyendo tal finalidad abrogatoria (su informe de cuatro líneas sobre el punto nada permite inferir al respecto).

En estas circunstancias, no cabe sino decir lo que expresa Toullier en el número anterior al que de este autor hemos citado en el apartado 14: "Le silence que'elle (la ley anterior) garde sur les autres dispositions de l'ancienne loi n'est ni une abrogation, ni une derogation, et ne dois pas empêcher d'observer ces dispositions, lorsque elles ne sont pas incompatibles avec la nouvelle loi: le silence ne peut être considéré comme une abrogation ("El silencio que ella -la ley anterior- guarde sobre las otras disposiciones de la primitiva ley, no es ni una abrogación, ni una derogación y no debe impedir acatar sus disposiciones, cuando ellas no son incompatibles con la nueva ley: el silencio no puede ser considerado como una abrogación").

25. Y este principio, de que el silencio de la ley posterior no debe considerarse como derogación de la que en cuanto al Título V, Cap. I Código de Procedimientos en materia penal con relación a la ley 1612 ha puesto su impronta en nuestra doctrina, en la cual Jofré manifiesta, hablando de la ley 1612, que: "El 1 de enero de 1889 entró a regir el Código de Procedimiento que modificó en algunos puntos la ley de referencia. Es natural que en las cuestiones en que ambas leyes no coincidan debe privar la última" ("Manual de Procedimiento", T. 1, Buenos Aires, 1941, pag. 446, nota a) -las notas identificadas con letras son los originales de Jofré- ver op. cit., pag. 8. En el mismo sentido se expresa Barberis, "Código de Procedimiento en lo Penal", Buenos Aires, 1959, T. II, pag. 158).

Finalmente, la misma Corte Suprema ha citado y sigue citando como vigente a la ley 1612 en una larga serie de pronunciamientos en los que aparte del ya citado de Fallos 81-156, puedo incluir a Fallos 107:425; 120:185; 207:107; 265:219; 270:216; 273:317 y 298:138, hasta la sentencia in re "Víctor Hugo Pérez Rodríguez", del 5/6/1986 (Fallos 308:887), dictada por la Corte en su actual composición.

Esto pone de relieve que el principio de la derogación "orgánica" enunciado exagerando a Demolombe en Fallos 182:392 -y nunca de verdad aplicado-, ha sido repetido sin conciencia de sus reales alcances, que, en cambio, con toda lógica, hace valer Werner Goldschmidt para concluir en la total derogación de la ley 1612.

Pero ya hemos visto que, mensurada la cuestión con los parámetros que nos parecen expresiones más matizadas del principio de derogación "orgánica" que el enunciado en Fallos 182:392, no se llega a la conclusión derogatoria, que sería, paradójicamente, contraria a la constante e inveterada jurisprudencia de la Corte acerca del punto.

Vigencia del artículo 3* inciso 1* de la ley 1612.

26. Obtenido el resultado de que la ley 1612 está, en términos generales, vigente, podemos resolver ahora la cuestión inicial, ceñida a si en el artículo 3*, inciso 1* de aquélla, en cuanto establece la entrega de los ciudadanos naturalizados después de la comisión del hecho por el cual se los requiere, es compatible con lo normado por el artículo 669 del Código de Procedimientos en materia penal.

El problema obedece a que mientras el artículo 3* de la ley citada niega por completo la extradición del nacional, con la excepción antes aludida respecto del naturalizado en las condiciones recién descriptas, el artículo 669 permite la entrega del nacional si éste no se opone, pero no menciona excepción alguna.

Soler, al dictaminar en el ya recordado precedente "Roger Peyré " (Fallos 238:50), dictamen cuyo criterio fue acogido en el también arriba mencionado caso "Holsbach " (Fallos 266:137), sostiene que no cabe la "fusión" (emplea literalmente esta palabra) de normas pertenecientes a sistemas que obedecen a criterios legislativos distintos y añade que no es lícito a los jueces complementar el artículo 669 o con exigencias que aunque provengan de leyes anteriores (la 1612) deben reputarse derogadas cuando una ley posterior otorga un tratamiento diferente al mismo problema.

A esta opinión replicó el Procurador General Dr. Eduardo H. Marquardt, que: "...si bien es cierto que el artículo 3*, inciso 1* de la ley 1612 ha sido modificado por el artículo 669 citado., esa modificación versa únicamente sobre la posibilidad de opción que acuerda al requerido nacional, en contra de la terminante negativa que contenía la ley 1612 . Ello no obsta, sin embargo, a que la restante disposición del artículo 3* inciso 1* , 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 artículo 669 "

27. Doy la razón al brillante jurista -e íntimo colaborador de Sebastián Soler- que fue el extinto Dr. Eduardo H. Marquardt.

En primer término, no estoy tan seguro de que medie oposición real entre el artículo 669 del Código de Procedimientos en materia penal y el artículo 3* inciso 1* de la ley 1612. Si se juzgare que el privilegio de la no entrega del nacional, que establece la prescripción aludida en segundo término, importa una especial protección para aquél, pero no compromete ningún atributo básico de la soberanía, el mentado privilegio sería renunciable, y en tal supuesto, el artículo 669 del código. no haría sino precisar lo ya implícito en el artículo 3* inciso .1* de la ley 1612.

Si, por acaso, el artículo 669 importara un verdadero cambio de criterio respecto de la entrega del nacional, de todos modos, la cuestión referida a la entrega del ciudadano naturalizado después de la comisión del hecho por el que se lo requiere se inscribe en una materia distinta a la de la disyuntiva acerca de la entrega o retención del nacional requerido.

28. Werner Goldschmidt, en el comentario citado en el apartado 3 ,efectúa, al ocuparse del artículo . 669 Código de Procedimientos en materia penal., una distinción que resulta de particular relevancia para nuestro tema. Advierte, en efecto, que la no entrega del nacional que prefiere ser juzgado en la República, es una regla de jurisdicción, pues da al interesado la facultad de prorrogar la de los tribunales argentinos al hecho cometido en el exterior, ampliando, de rebote, la esfera de aplicación del derecho sustantivo nacional.

Desde la jurisdicción se arriba al ámbito de aplicación del derecho material, y no viceversa.

Si la cuestión es de jurisdicción, deduce Goldschmidt, ha de estarse a la nacionalidad poseída en el momento de juzgarse el reclamo, y no a la tenida cuando ocurrió el hecho.

29. Vemos pues, que el campo regido por el artículo 669 del Código de Procedimientos en materia penal. y el artículo 3* inciso. 1* de la ley 1612 es uno donde, al tema de jurisdicción (se entrega o no al nacional) se le entrecruza el concerniente al ámbito personal de la aplicación de la ley penal (¿cuándo debía el nacional poseer la nacionalidad del estado requerido para que le pueda ser aplicada la ley de éste?).

El artículo. 669 deja sin responder el segundo interrogante, que está claramente resuelto, en cambio, por el artículo 3* inciso 1* de la ley 1612 (una prueba del carácter mayormente sistemático de esta última).

Sirvámonos del auxilio de Manzini, el cual, si por una parte recuerda que la nacionalidad se juzga, según la práctica corriente, y a falta de norma contraria, por la situación del momento del reclamo (Vincenzo Manzini, "Tratado de Derecho Penal", traducción. de Santiago Sentís . Melendo, Prólogo y notas de Ricardo Nuñez y Ernesto R. Gavier, Ediar, Buenos Aires , 1948, T. I, pag. 556), considera más lógico que sea juzgada según el tiempo del hecho, como lo hacen las convenciones italo británica e italo brasileña, pues juegan las mismas razones por las que el nacional que se ha convertido en extranjero se considera a los efectos del juicio penal como si todavía fuese ciudadano (ibid., pag. 516).

Al limitar el privilegio de la no entrega del nacional a los naturalizados que lo fueron después de cometer el hecho que motiva el reclamo, el artículo 3* inciso . 1* de la ley 1612 fija una importante regla de derecho penal internacional, de la que se deduce la extensión del derecho sustantivo argentino a quienes se lo debiere aplicar por su status nacional aunque después lo hubiera perdido.

30. Esta última hipótesis sería, en nuestro derecho, rara, pero no imposible.

Representémonos la situación consistente en que un diplomático argentino cometa en el país receptor un delito por completo ajeno al servicio (un hecho pasional, por ejemplo). Tal delito según la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 (vigente por el decreto ley 7672/1963), está exento de la jurisdicción del estado receptor, pero, en cambio, es perseguible por el estado acreditante (artículo 31 n*. 1 y 4).

Supongamos también que el diplomático autor del hecho era argentino naturalizado, y que, después de cesadas sus funciones se traslada a un tercer país cuya nacionalidad adopta, perdiendo así la argentina (si fuera nativo no podría perder su condición de argentino: ver leyes 346 y 23.059)

Finalmente, en una visita a la República es aprehendido y se lo quiere juzgar según las leyes nacionales, por el hecho aludido. La base de la aplicación de la ley argentina respecto del caso del artículo. 31 de la Convención de Viena citado, no se halla en el principio territorial, ni en el real, sino en el de la nacionalidad, como resultado de una vieja fuente, tan anterior a dicha Convención: artículo. 3 , Título I del Libro II, del Proyecto Tejedor, donde estuvo previsto que el argentino que con arreglo a los tratados o en los casos que permitían las leyes fuera juzgado en la República por delito que hubiere cometido en país extranjero, bien por habersele aprehendido en territorio del país o bien por haberle entregado otro gobierno sufrirá la pena prescripta en el Código (Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Ed. Losada, 3ª ed., Bs. As., 1964, T. II, pag. 795).

31. En consecuencia, si bien la parte del artículo. 3 inciso. 1 de la ley 1612 que se dice modificada por el artículo 669 del Código de Procedimientos en materia penal (modificación que no creo real) versa sobre el tema de la jurisdicción, la parte no modificada, bien distinguible de la primera, se halla en pleno campo del derecho penal internacional, y es una de las reglas significativas del sistema pertinente en nuestro ordenamiento.

Por lo tanto, no resulta exacto, como quiere Soler, que las prescripciones en juego obedezcan á criterios legislativos distintos sobre el mismo problema, sino que la primera (el artículo .3* inciso. 1* de la ley 1612) resuelve dos problemas separables, de los que el artículo 669 del Código de Procedimientos en materia penal cuanto más podría -aunque no lo creo así- modificar la regla concerniente a uno solo de dichos temas (el de la jurisdicción).

32. Nada impide aquí, pues, poner en práctica el principio de fusión o amalgama, que Soler parece mirar con prevención.

Sólo desde la perspectiva de un positivismo legalístico extremo procede negar la idea de fusión, aunque paradójicamente, a partir de la misma premisa, Llerena tenga que negar la existencia de la derogación tácita, dejando viva a toda norma no expresamente derogada. La posibilidad de fundar posiciones de tal modo antitéticas demuestra la falacia de la premisa.

Por lo demás, esa premisa no parece ser aquella a la que realmente adhería Soler -quien en su "Derecho Penal argentino", T. I, pag. 143, de la ed. de 1970, cita con aprobación la famosa máxima de Paulo que mencionamos sub. 14, y que es el "locus classicus" del principio de fusión- y se aferra en su obra

final, a concepciones análogas a las expuestas en el apartado 5 plasmando su convicción en soberbias expresiones que me permito transcribir en homenaje al gran jurista argentino.

"...En ese proceso no juega el 'derecho natural', más bien debería decirse que allí nace ese pretendido 'derecho natural', porque allí aprende el espíritu algo que antes no sabía y quien se lo enseña es la dinámica real de las normas reales, de las normas de derecho vigente, es decir, de esas que no son meros devaneos teóricos, sino de las que realmente van mezcladas con la vida de los hombres y los pueblos, señalando sus rumbos y sus topes, posibilitando o trabando su acción, inspirando creaciones y segando vitalidad, otorgando protección o castigo".

"El pensamiento dogmático juega allí, en ese plano de realidad, va inserto en un proceso histórico y no meramente en un proceso doctrinario. Los objetos que la dogmática piensa no son opiniones, sino objetos de muy firme consistencia, de los cuales se puede tener con seguridad un saber constrictivo. Esos objetos son enunciados normativos en virtud de los cuales los hombres efectivamente serán juzgados. Por ellos gozarán o padecerán, vivirán o morirán, serán pobres o ricos, felices o infelices. El conocimiento que allí interviene va inserto en el proceso de la praxis; el conocimiento dogmático, además de no consistir en una mera opinión, sino en auténtico conocimiento de algo objetivo, es un conocimiento actuante, probado, determinante de realidad. Es un conocimiento que hace, que contribuye a cambiar el mundo porque va inserto en el proceso general de la praxis humana"... "Inserto el pensamiento jurídico en el curso incesante de ese devenir, histórico, el dogmático trabajará apoyado con la fuerza intelectual de todas las generaciones pasadas y con la experiencia de millares de años que pasaron"... "No queremos, ciertamente, relativizar todo el pensamiento; pero el que inspira a las normas jurídicas es un pensamiento que proviene de la praxis, sea por acción o por reacción. Es muy improbable, que se pueda concebir alguna figura jurídica que no tenga una raíz histórica, que no esté dada al conocimiento dogmático de algún sistema normativo efectivo, propio o ajeno"... "En este sentido corresponde destacar otra función dignificante de la dogmática: a través de ella los conceptos jurídicos van formando un 'corpus juris' de contenidos cada días más generales e internacionalmente válidos..." (Sebastián Soler, "Las palabras de la ley", Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pags. 135/136).

En este tesoro de historia y saber humano, en este "corpus iuris", el modesto principio de fusión tiene su bien ganado lugar.

33. No he hecho todavía mención a otras razones valorativas y sistemáticas que el a quo y el ministerio público han recalcado en el curso de la causa.

En tal orden de ideas, resulta pertinente recordar que la limitación respecto de los naturalizados no se encontraba en el proyecto de ley que sancionó la Cámara de Diputados en 1881, siendo introducida por el Senado en 1885, para figurar entre las modificaciones aceptadas por la Cámara baja en ese mismo año (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1881, págs. 206, 313 a 322; Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, año 1885, pag.. 40; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1885, T. 1, págs. 208/209).

Al fundar el parecer favorable al agregado, el miembro informante, Delfín Gallo. expresó, como nos lo recuerda el dictamen de Fallos 238:50 , que el objeto de la norma era evitar que un criminal que se refugie en la Republica "por el simple hecho de naturalizarse" quede libre ya del peligro de ser extraído (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1885,T. 1. Pag.. 209).

34. El sistema así establecido, ha sido elogiado por Jiménez de Asua, no ya por el propósito directo que lo inspiró, sino por constituir una limitación al predominio que generalmente tiene el principio de la no entrega del nacional.

El maestro español expresa: "Las legislaciones han seguido, con respecto a cuándo debe considerarse nacional a quien delinquiró, criterios muy distintos. Con igual o parecida fórmula que la ley argentina exige el Proyecto francés de 1934 que la calidad de francés ha de tenerse en el momento de cometer el delito (artículo. 16). En cambio, las reformas del nacional socialismo introducidas en el Código del Reich por la ordenanza de 1940, consideraron nacional al que hubiese adquirido después del acto la nacionalidad alemana (núm. 1*), aunque al ser derogado el parág. 9, como hemos dicho, el nacional, sea de origen o de tan reciente adquisición, no se exceptuara de la entrega. Todavía es más extremada, y a nuestro juicio más digna de censura, la declaración de la ley-tipo, compuesta por las Conferencias Internacionales de Unificación del Derecho Penal, puesto que se dice en el párrafo. 2 artículo 10 que "la nacionalidad se aprecia en el momento en que la demanda de extradición se formula". De los tres sistemas: a) es nacional el que ostentaba la nacionalidad antes del hecho que motivó la extradición (ley argentina); b) es nacional el que la posee en el momento de cometer el delito (Proyecto de Código Penal francés); c) lo es incluso el que la haya adquirido después del acto punible (Código alemán en tiempos de la reforma de 1940); d) se reputa como tal al que lo sea en el momento en que se formula la demanda de extradición, el mejor es el argentino, porque en prácticas injustas las menos amplias son las menos censurables, y el peor, el que ha adoptado la ley-tipo en la Conferencia de Copenhague de 1935, no sólo por ser el más amplio, sino por prestarse a interesada adquisición de la nacionalidad, si se espera que la nueva donde se busca refugio, será más benigna que la del lugar donde el acto

delictivo se cometió" (Luis Jiménez. de Asúa, op. et vol. cit., pag. 970, en nota).

35. La tradición jurídica argentina no es tan favorable al principio de la no entrega. Así lo revela la atenuación que experimentó dicho principio a través del art. 669 del Código de Procedimientos en materia penal. y la exclusión total de aquél por el artículo. 20 del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889.

El delegado argentino, Roque Sáenz. Peña, manifestó entonces, "...este raro privilegio de la nacionalidad, substrayendo al culpable del 'locus delicti', perturba todo el orden de las jurisdicciones y ataca el principio de la ley territorial, con menoscabo de la soberanía; y si bien es cierto que se aduce el interés del regnícola, para fundar esta excepción perturbadora, él no puede llevarnos hasta incurrir en estas inconsecuencias lamentables, máxime si se recuerda que no se defiende propiamente el interés del nacional, sino la ventaja del culpable, que no debe tener nacionalidad a los ojos de la ley penal" (ver Actas y Tratados del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado -Montevideo 1888-1889)-, completados con nuevos documentos y compilados sistemáticamente por Ernesto Restelli, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, Buenos. Aires., 1928, pag. 634).

36. Por otra parte, como lo ha subrayado el Ministerio Público no puede olvidarse que la Nación Argentina adhirió al Acta final de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz firmada en la ciudad de México el 8 de marzo de 1945, conocida como Acta de Chapultepec, que recomienda a las Repúblicas americanas que entreguen a los individuos acusados de crímenes de guerra a cualquier nación unida requirente. Igual compromiso emerge de la Resolución de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946 mencionada en el punto 25 del Cap. I.

Tales recomendaciones obligan a los jueces a evitar interpretaciones disonantes -por completo innecesarias desde un punto de vista objetivo- con el compromiso internacional contraído por la República. Lamentablemente, el Estado Argentino, como bien lo sabemos, no honró su compromiso, dando lugar a un sensible deterioro en la imagen externa del país y a uno de los episodios más penosos de su historia diplomática, a raíz del caso Eichmann, que mostró el poco crédito que la comunidad internacional le dispensaba en ese ámbito.

En tal contexto, podemos parafrasear las sentidas expresiones de Sáenz Peña en otro pasaje de los debates del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional: la justicia humana no se ha mostrado nunca más deficiente e imperfecta que cuando se la mira pesquisando en los bolsillos del presunto

criminal la carta de ciudadanía que ha de determinar su absolución o su condena (ver expresiones originales, que aquí adapto, en op. cit., pag. 516/7).

37. A este propósito, nos cabe mencionar aquí lo alegado por el defensor(fs.1218 vta.) en el sentido de que, como la Ley Fundamental de Bonn (artículo. 16 inc. 2*) sigue negando la extradición de los alemanes, la República Federal no podría cumplir con el compromiso de reciprocidad asumido.

Ahora bien, tal compromiso, según surge de fs. 3, consiste en desposeer en casos análogos de la nacionalidad a los reclamados (o sea, a personas de nacionalidad argentina-naturalizadas como alemanes después de cometer delitos en la Argentina), y no se advierte obstáculo para su verificación. Ocurre que al efectuarse el requerimiento diplomático, las autoridades alemanas no tuvieron en cuenta que la ley 1612 autorizaba -en las condiciones del caso- la entrega del naturalizado, solicitando por ello la desposesión previa de la nacionalidad, que sería la vía adecuada en el país requirente, ante lo dispuesto por el mencionado Art. 2 inciso 2* de su Ley Fundamental.

Amén de ello, advirtamos que, a diferencia del artículo 1* de la ley 1612, que -en ausencia de tratados- subordina la extradición a la condición de reciprocidad, el art. 646 inciso. 2* del Código de Procedimientos en materia Penal, establece que a falta de tratados cabría la extradición "según el principio de reciprocidad o a la práctica uniforme de las naciones", que, en el campo del cual nos ocupamos viene dada por los solemnes instrumentos referidos a la persecución de los crímenes contra la humanidad a los que ya hicimos referencia (ver resolución N*. 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946 y artículo 146 de la Cuarta Convención de Ginebra para la Protección de Personas Civiles en tiempo de guerra, ya citados . en los párrafos. 25 y 23 de cap. I, respectivamente).

38. Por todo lo expuesto, concluyo que el art. 3* inc. 1* de la ley 1612 se halla en vigencia, debiendo, atentas las circunstancias del caso, que hacen plenamente aplicable lo allí prescripto, rechazarse la opción formulada por Schwammberger en los términos del artículo. 669 del Código de Procedimientos en materia penal.

Con lo expresado quedan cerradas las consideraciones con las que he tratado de cumplir con la carga de aportar mis argumentos destinados a resolver las trascendentales cuestiones debatidas en el proceso. Ha sido un duro recorrido, pero estoy a la vez consciente del honor que significa para la magistratura de este fuero la participación en tal proceso lleno de sentido institucional, ético y humano, en el cual creemos haber cumplido con la misión -a la que se refiere la Corte Suprema en el citado precedente de Fallos 308:887 -. de conciliar las

exigencias de la administración de justicia represiva en los países civilizados, con los derechos del asilado.

Por todo ello, opino que corresponde confirmar la sentencia en recurso, concediendo la extradición de la persona reclamada, excepto por los hechos mencionados en el punto III de fs. 11. Costas por el orden causado, atenta la índole de las cuestiones debatidas.

El DOCTOR GARRO DIJO:

I. La decisión apelada de referencia luce impregnada de la plausible filosofía judicial "de posibilitar el juzgamiento de los criminales o presuntos criminales por los tribunales del país en que han delinquido"; Fallos 187:371 (ver Romero del Prado, "Principios y fundamentos de la extradición", en JA 1957-II-351). Este autor destaca, asimismo, que escapa al conocimiento del tribunal requerido todo lo atinente a la responsabilidad penal del agente debiendo abstenerse de incursionar sobre su grado de culpabilidad o inculpabilidad en el hecho o en los hechos que motivan el reclamo conforme lo resuelto por la Corte Sup. de Just. de la Nación en Fallos 42:409: 97:39; 150:169; 178:81 ; etc.

II. Luego de historiar el sentenciador los antecedentes del caso: resultandos I a VIII y considerandos I a VII, glosa en el VIII los términos de oposición de la defensa vertidos a fs. 276/81 y en el IX la réplica del Procurador Fiscal: Art. 656 Cód. de Procs.. En el acápite decimo segundo hace hincapié con remisión a"(Fallos 164-52) que "no puede discutirse la competencia en el procedimiento de extradición", estimando justificada la persecución del procesado de acuerdo a su propia versión de los hechos vertidos ante los Tribunales de Kufstein el 15/7/47 y ante los de Innsbruck el 20/12/62 en la que reconoció haber fusilado a 35 personas, que eran prisioneros judíos. Al referirse a la acreditación de la competencia del tribunal requirente para juzgar los hechos por la continuidad del Estado Alemán a lo largo de los diversos períodos de su rica historia, valorando el material incorporado a la causa y las conclusiones del dictamen del Dr. Zuppi obrante de fs. 1041 a 1059, afirma que el Tribunal Municipal de Stuttgart es competente para entender en el caso.

III. En el cap.XIV analiza la solicitud de la defensa de estar prescripta la acción penal, tesis que refuta y desestima con apoyo en argumentos desplegados por el Procurador Fiscal a fs. 306 y siguientes. y las conclusiones que sobre el particular vierte el perito Dr. Zuppi en su dictamen de fs. 1041/59. A continuación, en el cap. XV considera la procedencia del derecho de opción invocado por la defensa y el procesado según autoriza el art. 669 de la ley procesal. Valora lo preceptuado al respecto en el Art. 3* inc. 1* de la ley 1612, la opinión del Dr. Soler sustentada en el caso "Roger Peyré dando prevalencia a lo normado en aquél, con la que discrepa "por estar convencido

que la coexistencia de los dos ordenamientos legales permite una perfecta sistematicidad entre ambas normas". Glosa sobre el particular lo resuelto por la Corte en el caso "Franghella" ("Fallos" 81:176) deduciendo de la aplicación de ambas disposiciones legales, que están vigentes, "si el requerido ejerció la opción del art. 669 Cód. de Procs. pero se nacionalizó con posterioridad a los hechos que motivan la extradición, resulta la primacía de la disposición del art. 3 inc. 1 de la ley 1612, y por lo tanto la extradición no puede ser denegada".

IV.. En el capítulo. décimosexto se define por la coexistencia de las leyes que rigen la cuestión: art. 3* inc. 1* de la ley 1612 y art. 669 Cód. de Procs.. Critica en el capítulo décimo séptimo la opinión del Dr. Soler expuesta en el caso "Roger Peyré" en la que sostuvo que la exigencia de la naturalización previa al hecho es posible únicamente mediante la integración de dicha norma (alude al art. 669 del Cód. de Procs.) con el texto del art. 3* inc. 1* de la ley 1612", "integración ésta no viable pues considera que ello implicaría reconocer a los jueces la posibilidad de establecer un régimen diverso al del código y al de la ley 1612 , violando de esta manera el principio de división de poderes, al atribuirse una misión propia del legislador".

Sostiene que el art. 669 de la ley de forma no derogó el art. 3* inc. 1* de la ley de extradición.

V. En el capítulo. décimo octavo analiza la posición de la Corte Suprema. de Justicia de la Nación en el caso "Holsbach ", en la que el Alto tribunal compartió la tesis del Dr. Soler sustentada años atrás no obstante que el Procurador de la Corte, Dr. Lascano, emitió opinión adversa al acogimiento al art. 669 Cód. de Procs., porque el requerido había adquirido la nacionalidad después del hecho que motivó la extradición, "en franca violación a lo dispuesto por el art. 3* inc. 1* de la ley 1612".

VI.. A renglón seguido en el capítulo decimonoveno sigue el juez explayándose sobre los antecedentes jurisprudenciales de la Corte existentes sobre el tema tomando posición en cuanto a la validez del art. 3* inc. 1* de la ley 1612 sobre "el momento en que debe haberse adquirido la ciudadanía argentina" lo que es perfectamente separable de la parte modificada y no ha sido expresamente derogada por el CPP. art. 669 Cód. de Procs.

VII.. Finalmente en el capítulo vigésimo, compartiendo los argumentos del Procurador Fiscal, Dr. González, expuestos a fs. 328/330 afirma que "la nacionalidad argentina es requisito esencial que debe tenerse al momento de los hechos".

VIII. Y en los siguientes capitulos vigésimo primero y vigésimo segundo, fundamenta su convicción de la coexistencia sistemática de las dos

disposiciones legales de referencia. "A condición de que, los requisitos del art. 3* inc. 1* de la ley 1612 no impiden la aplicación de la facultad que otorga al requerido el texto del art. 669 del Código, como sucede en el caso de autos en que la ciudadanía argentina fue adquirida por Schwammberger el 15 de noviembre de 1965, prestando juramento el día 24 del mismo mes y año. Por el impedimento señalado en el art. 3* inc. 1* de la ley 1612, deniega el beneficio de opción que solicita.

IX.. Concluye haciendo lugar al pedido de extradición de Schwammberger formulado por el Tribunal Municipal de Stuttgart, República Federal de Alemania aplicando el principio de reciprocidad entre las Naciones.

X. Apela el abogado defensor; y ya radicada la causa en esta instancia, el tribunal dispuso denegar la medida de prueba que solicitara aquél por no adecuarse a las exigencias del art. 529 la ley de forma.

XI Paralelamente ordenó la ampliación del peritaje obrante a fs. 1041/59 en uso del poder deber que surge del art. 377 C.P.C. a fin de saber si alguna de las leyes modificatorias del Cód. Penal Alemán dictadas después de la de 1935 por el gobierno del Reich alteraron las normas sobre prescripción de la acción penal certificadas en la causa -fs.604 y 614 -con trascripción en el supuesto afirmativo de las normas pertinentes, traducidas.

De manera, que por vía idónea la peritación realizada por el Dr. Zuppi, de documentada autoridad en la materia, asegura la trascendencia jurisdiccional internacional al articulado del Código Penal Alemán para que se dicte sentencia, definitiva de la suerte del procesado al obtener este tribunal el conocimiento del derecho extranjero de aplicación en la causa (ver cap. V, c., "La prueba del derecho extranjero") correspondiente al trabajo de Augusto Morello y Gualberto L. Sosa, publicado en d.J.A. n° 5608 del 22/11/89)

Producido en esta instancia por el Dr. Zuppi el dictamen requerido, señala en sus conclusiones, y en lo que aquí interesa que "ninguno de los preceptos (se refiere a las normas que han sido modificadas en el período 1935-1945) modifica las conclusiones sobre prescripción de la acción penal en el derecho penal y con relación a los delitos que se le imputan a Josef Schwammberger" ...O sea, que en nada influye en la resolución a dictarse.

XII. La primera objeción que señala el abogado defensor en su expresión de agravios consiste en "que la sentencia concede la extradición por todos los delitos detallados, en la orden de detención del 20/9/72, sin tener en cuenta el reconocimiento fiscal de que la acción penal está prescripta con relación a los hechos descriptos en el punto III apartado I de dicha orden de captura" solicitando se revoque lo decidido al respecto.

Sobre este particular, le asiste razón a la defensa: En su detallado relato de los hechos delictuosos atribuidos al procesado y sobre si están o no prescriptos según el derecho penal Alemán aplicable, el procurador fiscal expresamente admite reconocer "que está prescripta la acción correspondiente al delito de robo extorsivo reiterado, imputado por los hechos referidos en la orden de detención, párrafo III, punto I(V.fs. 311 y fs. 111)". De manera que se impone acceder al pedido de la defensa en el sentido expuesto.

Tanto más, porque el Tribunal Municipal de Stuttgart según traducción obrante a fs. 614 (certificación de la embajada alemana en nuestro país) manifiesta que "los delitos que se imputan al acusado en el auto de detención expedido por el Tribunal Municipal de Stuttgart el 20/9/72-B 1952337/72 se hallan prescriptos en cuanto se refieren a la acusación por el delito perpetrado de chantaje violento" (inc. III,número I del auto de detención).

XIII También tiene razón en cuanto en la sentencia (considerando XII Párrafo 2*) equivocadamente se computan como causa justificativa de la persecución (entre otras), los dichos del procesado vertidos en Innsbruck el 20 de diciembre de 1962 siendo que en dicha fecha el procesado se hallaba en nuestro país. El juez a quo por error ha mencionado en tal sentido la fecha 20/XII/1962 que corresponde a la del auto de detención del Tribunal de Innsbruck. En nada influye en la resolución de esta Cámara, el comprobado error.

Igualmente se agravia la defensa por los fundamentos legales esgrimidos por el sentenciador. Sin embargo, bien dice el abogado defensor que "en nuestro derecho interno la cuestión estaría regida por la ley 1612 y los arts. 646 a 674 del Cód. de Procedimientos." normas que avalaron el fallo del juez.(ver fs. 1178)

Agrega que para elucidar puntos controvertidos de las citadas normas legales deberán considerarse "las convenciones bilaterales y multilaterales celebradas por nuestro país y otras potencias extranjeras". La extradición es un instituto de Derecho Internacional que tiene por objeto la mutua asistencia represiva, está garantizado su trámite desde el punto de vista de nuestro derecho interno, por la ley 1612 , el capítulo I del T.V. de nuestro Cód. Procs. Penal y la práctica de las naciones en cuanto a la observancia del derecho de gentes, en defecto de tratado con la Nación requirente; -en el sub judice, la República Federal Alemana-.

No otra cosa ha hecho el juez a quo,(ver. fs. 1178) de modo que la crítica de la defensa sobre el particular, carece de sustento.

XIV Hace hincapié en que el Estado requirente no ha acreditado su jurisdicción para el juzgamiento de los hechos imputados a Schwammberger, ni tampoco se ha justificado la competencia del tribunal reclamante.

Estos argumentos ya fueron infructuosamente hechos valer en primer instancia siendo replicados con fundamentos ilevantables primero, por el fiscal Dr. González y luego por el juez Dr. Bretal en términos que doy por reproducidos.

Ha dicho la Corte que "en el procedimiento de extradición no está permitido discutir la jurisdicción específica de los tribunales extranjeros" (Fallos 164,p.52).

Por otra parte, el Estado reclamante ha acompañado los recaudos que exige el art. 12 de la ley 1612 en sus tres incisos cuya validez intrínseca es insusceptible de ser cuestionada por el gobierno requerido: art. 655 Cód. Procs., porque ello equivaldría a poner en tela de juicio la soberanía del Estado reclamante.

Sabido es, y así lo exalta en su dictamen al incursionar a fs. 1044 sobre el particular el Dr. Zuppi que "ni la ocupación y posterior división de su territorio por los aliados, importaron la cesación de la existencia del Estado Alemán".

Alemania no fue anexada por los aliados que respetaron su soberanía territorial y política.

Desde el punto de vista internacional la República Federal Alemana representa a Alemania como un todo unitario sin que enerve tal concepto la existencia paralela de la República Democrática Alemana. Como expresa distinguido autor "también en los Estados fraccionados de hoy coexisten dos gobiernos, uno de los cuales administra una parte del país pero los terceros Estados reconocen uno u otro, como el único gobierno legítimo para todo el país fraccionado". Expresando, asimismo, que "escindida la comunidad internacional cada bloque postula sus propios conceptos de legitimación y legalidad" (T. Halajczuck - María T. E. Domínguez, "D. Int. Público", ps. 222 y 22, Ediar, 1978).

Esta situación autoriza a considerar que si las circunstancias así lo hubieran determinado, Alemania Oriental pudo ser en el sub judice el país requirente de la extradición del imputado Schwammberger ostentando iguales títulos que la Occidental.

De manera que mal puede cuestionarse la jurisdicción y la competencia del Estado Alemán para enjuiciar al imputado por sus órganos correspondientes (Tribunal Municipal de Stuttgart).

XV. La defensa se ha detenido especialmente en el desarrollo de dos temas: el referente a la prescripción de la acción penal que afirma haberse operado, y el vinculado con la condición de ciudadano argentino naturalizado del imputado que por aplicación del art. 669 del C.P.C.. tiene derecho de optar para ser juzgado por los tribunales argentinos.

Ambos capítulos determinaron otros tantos por análogos motivos ya expuestos por el abogado defensor en Primera Instancia, (fs.276) que merecieran oportuna consideración y evaluación del procurador fiscal que concluyó con ponderable razonamiento desestimando la pretensión de la defensa al igual que el sentenciador en su recurrida resolución.

En lo que atañe a la alegada prescripción de la acción penal, el texto claro del art. 3° inc. 5° de la ley 1612 y del art. 655 del Cód. de P. rocs. inc. 5° ordenan en esta materia atenerse a las disposiciones de la Nación requirente, o sea la de la República Federal Alemana; y de acuerdo con éstas incorporadas a la causa de acuerdo a Derecho, resulta evidente según lo ha resuelto el juez de Primera Instancia, que la prescripción de la acción correspondiente al delito de asesinato imputado a Schwammberger cometido en forma reiterada, no se ha operado. (fs. 606 a 615).

XVI Este Tribunal de Alzada debe resolver "breve y definitivamente el punto" según indica el art. 659 del Cod. de Procs. (refiriéndose a la apelación) y va de suyo que tiene sobrados elementos para proceder en consecuencia no haciendo lugar al pedido de la defensa ya que su expresión de agravios más que constituir una crítica razonada de la sentencia no es sino una repetición de los argumentos que vertiera en Primera Instancia y que fueran fundadamente rechazados.

Ha dejado sentado la Corte Suprema. de Justicia de la Nación que lo atinente al régimen de la prescripción es materia propia de la discreción del legislador y que la exención de responsabilidad por el sólo trascurso del tiempo no es exigencia constitucional" (Fallos 259:231 -; 260:174). Sumo a ello que "la prueba de que se ha operado la prescripción corresponde a quien lo alega" (Fallos 225:179 235:414 ; 232:577). Ello no lo ha hecho el defensor del procesado.

Sobre el cuestionado tópico de la ley que rige la prescripción del delito debe aplicarse el art. 3° inc. 5° de la ley 1612 y el art. 655 inc. 5° del Cód de Procs. en lo Criminal por lo que afirmo en posición que es la de la Corte Suprema . de Justicia . de la Nación que la ley que rige la prescripción del delito y de la

acción es la del país requirente cuando es formulada por un país con el que no existe Tratado, como en este caso (Lifsic, "La prescripción en el proceso de extradición", en L.L. t.105 secc. doc. p.1063)..

Se hace eco este autor de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según los cuales "La nación requirente no se halla obligada a probar que no se ha operado la prescripción" (Fallos 154 p.156) . "Tampoco constituye ún requisito indispensable la presentación por -dicho Estado- de prueba de la legislación de ese país sobre la prescripción penal" (Fallos 154:p.156 del fallo de Primera Instancia).

Valen las referencias precedentes como pautas encaminadoras para pronunciarme sobre la improcedencia de la solicitud de prescripción de la acción penal hecha por el abogado defensor.

"El plazo correspondiente a la prescripción hasta el 22 de julio de 1979 era para el delito de asesinato de 30 años" .Parágrafo 211 inc. 1* del Cód. Penal Alemán que tiene fijada como pena la reclusión perpetua - orden de detención traducción de fs. 10) y el parágrafo . 78 inc. 3*, n*. 1 de dicho Código) "establece un plazo de treinta años en los hechos conminados con pena privativa de libertad perpetua". En la nota que obra a fs. 221 la Embajada Alemana actualiza el original pedido de extradición de 1972 conformándolo a las reformas del Código Penal de 1979 y así dice que "contrariamente a lo que señala la orden de arresto del 20/9/72 el genocidio y el asesinato no prescriben en base a lo dispuesto por el art. 78 del Código Penal Alemán".

Dicha calificación es la que debe tenerse en cuenta por corresponder al tribunal requirente ("Fallos" 157 p.266).(V. fs. 80 Y 65 - 29 Y fs.. 12). No siendo competente la justicia requerida a tal efecto aunque se invoque el art. 18 C.N. (Fallos 263:448).

El parágrafo. 78 inc. 2* (art. 1 Ley de Reformas) "también rige para hechos cometidos con anterioridad si la acción no estuviese prescripta en el momento de entrada en vigencia de la presente ley".

El señor juez a quo a fs. 1165 coincidiendo con la tesitura del Procurador Fiscal en idéntico sentido, prolijamente efectúa el cómputo cronológico correspondiente a la alegada prescripción pronunciándose por la negativa. Tal afirmación no ha sido desvirtuada por el abogado defensor. Dice éste (fs. 1213) que carece de asidero la afirmación del a quo "que la ley penal fijaba a los hechos atribuidos a Schwammberger pena privativa de libertad perpetua con un plazo prescriptivo de 30 años y que tanto el Fiscal como el perito coinciden en afirmar que el plazo de prescripción era de veinte años según la legislación penal vigente a la sazón. Se ha probado en la causa que el plazo fijado por el art. 67 inc. 1* del Código Penal del Reich era de veinte años y

luego fue elevado a treinta años por el párrafo 78 inc. 3* n*. 1 y a partir del año 1979 se declaró imprescriptible. El procurador fiscal se exhibió con acopio de datos sobre el particular y el perito Dr. Zuppi en su ilustrado dictamen expresa a fs. 31 "in fine" que para aquellos delitos que aún no habían prescrito, la prescripción de la acción por homicidio sería de treinta años.

Y particularmente ilustrativo es su último dictamen producido a requerimiento de este tribunal donde entre otras consideraciones concluye en afirmar "la inexistencia de disposición legal que dispusiera que aún con las interrupciones ocurridas por la actividad judicial, el máximo lapso de la prescripción de la acción penal no podía superar los treinta años". Porque antes había informado a fs. 36, punto 4: "La prolongación de los períodos de prescripción de delitos aún no prescritos fue resuelta en varias oportunidades con relación a los crímenes cometidos durante el régimen nacional-socialista. De todas formas, aunque no se hubieran dictado otras normas de suspensión de la prescripción y se hubiera conservado el período de prescripción de la acción originaria de 20 años, dicha prescripción fue reiteradamente interrumpida por medidas judiciales. La acción contra Josef Schwammberger de no haber mediado el actual procedimiento de extradición, hubiera prescrito en 1992".

Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Suprema . de Justicia . de la Nación que el abogado defensor cita sosteniendo que "el instituto de la prescripción se encuentra comprendido dentro del concepto de orden público, bajo la tutela del art. 18 C.N.", es valedera con respecto a los pleitos de naturaleza contenciosoadministrativa: sustanciados en el orden interno (Mirás c/. Aduana, ED 54,pág 309), pero es doctrina no aplicable en procedimientos de extradición en los que, como llevo dicho, rige el derecho extranjero.

La Corte Suprema . de Justicia. de la Nación ha dejado establecido que "lo atinente al régimen de la prescripción es materia propia del legislador. La exención de responsabilidad por el solo trascurso del tiempo no es exigencia constitucional" (causa Fernández, Julio A., 259-231; Idem, 211, 1684 y en "Thompson": que "El art. 2 C.P.. es de orden común y el art. 18 C.N.. en cuanto proscribire leyes 'ex post facto', es extraño a la cuestión de la retroactividad benigna de las leyes punitivas" -253:93- y de indudable gravitación en el sub judice: "El proceso de prescripción tiene algunas características encauzadoras de la actividad judicial. Así, el predominio del propósito de favorecer el juzgamiento de los delincuentes o presuntos delincuentes. Con tal objeto la norma penal que manda aplicar la ley más benigna al procesado no rige en estos juicios. En cambio, prevalece el de favorecer la extradición" ("Fallos" 156; 159-178;;81-216:285 ").

XVII. Aludiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema. de Justicia. de la Nación invocada por el abogado defensor, causa "Miras SA. C/. Aduana" y el

fallo registrado en "Fallos "301 p.395 "Dominguez Américo. Rodolfo", ellos se refieren a definiciones vinculadas con nuestro derecho interno fijadas en materia impositiva de competencia contenciosoadministrativa y no en materia penal propiamente dicha; además lo que no prueba la defensa, es que esa doctrina del Alto Tribunal también la haya establecido en las causas de extradición en las que se aplica el derecho extranjero en el problema de la prescripción que se discute, tal como ha quedado evidenciado.

Con su alta autoridad científica ha dicho W. Goldschmidt (D. Int. Privado, pág. 554) que: "De ninguna manera se aplica en materia de extradición el principio de la preferencia del Derecho Penal más benigno. Una persona no puede por traslados de país a país disminuir su punibilidad, llegando finalmente a 'blanquearla' por completo. Inclusive en materia de prescripción hay que atenerse en Justicia sólo a la del país requirente, y no considerar el delito o la pena prescriptos, si lo son exclusivamente con arreglo al Derecho Penal del país requerido". Esta importante referencia, a manera de rúbrica la introduzco al oponerme a la procedencia de la alegada prescripción de la acción penal.

XVIII. La supuesta colisión entre lo normado en el art. 3° inc. 1° de la ley 1612 (que establece que no se concede la extradición cuando el procesado requerido por el gobierno extranjero es un ciudadano argentino natural o naturalizado antes del hecho que motivó la solicitud) y el art. 669 que preceptúa que si el reo fuese ciudadano argentino puede optar por ser juzgado en el país, ha sido motivo de nutrida literatura especializada y originado fallos de la Corte Suprema. de Justicia. de la Nación, en los que se sustentan distintos criterios de evaluación y por ende, soluciones diferentes.

En el caso "Franghella, Francisco" -set.26 1899-, el Alto Tribunal sostuvo que siendo la naturalización del requerido posterior al hecho que motiva la extradición "ésta no puede denegarse con arreglo al art. 3° inc. 1° de la ley sobre la materia del 25/8/1885 y en "Holsbasch, Germán " - nov 4/66-, resolvió que el art. 3° inc. 1° de la ley 1612 ha sido derogado por el Cód. de Procs. en lo Criminal y de acuerdo con éste la nacionalidad no impide, en principio, la entrega del ciudadano argentino o naturalizado reclamado, a menos que éste prefiera ser juzgado por los tribunales argentinos". No siendo impedimento para el ejercicio de su derecho de opción que se haya nacionalizado luego del hecho que motiva el pedido de extradición.

En este pronunciamiento la Corte fija posición en cuanto el art. 3° inc. 1° de la ley 1612 ha sido derogado por el art. 669 del C.P.C. aspecto de la cuestión con el que respetuosamente disiento: porque al señalar esta norma que la opción juega a favor del ciudadano argentino calificado de "reo" esto quiere significar que la condición de ciudadano argentino debió adquirirse con anterioridad al delito imputado; porque como expresaba el Procurador General

Dr. Marquardt a quien pertenece originalmente esta tesis que reproduzco, el vocablo vale como "inculpado" o "incriminado" ("Jackson, Robert", en fallos 284:459 , 463 y 464). Este argumento debe cohonestarse con el pensamiento de Obarrio que en su exposición de motivos del proyecto del Cód. Procesal Penal, de tramitación paralela con la ley 1612 , nos decia que "el título relativo a la extradición de criminales, no es sino la reproducción de las disposiciones del proyecto de ley sancionado últimamente en la Cámara de Diputados completado con un capítulo especial sobre el procedimiento para la extradición de criminales refugiados en un país extranjero, cuya falta se notaba en el mencionado proyecto".

Debe entenderse que de haber estado en la mente del proyectista y luego en la del legislador alterar de manera terminante el contenido del art. 3* inc. 1* de la ley 1612, hubiera establecido claramente un sistema distinto. Porque también ha dicho la Corte Suprema. de Justicia de la Nación que "la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se suponen en el legislador y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras; y adoptando como verdadero el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto" (Fallos 278-62 Rev. Juris. Argentina, 29/5/86, pág.17); y en otro, fallo- 242:247- "Que es función propia de la interpretación judicial la integración armónica de los preceptos legales de modo de superar la antinomia literal que sus textos puedan presentar" (Fallos 263-227 Rev. J.A. ibídem). Y complementando éste en Bacigaluz Saez v. Ministerio de Educación y Justicia. JA 1988 I pág. 622, el AltoTribunal dijo que: "Un precepto legal no debe ser aplicado 'ad litteram'sin una formulación circunstancial previa conducente a su recta exégesis jurídica porque de lo contrario, se corre el riesgo de arribar a una conclusión irrazonable" (Fallos 301-67 entre otros).

E ítem más, con base en una interpretación lógica, unida al acatamiento al principio que campea en la extradición de solidaridad de las naciones en el castigo de los delincuentes, y también el ético sociológico de repulsa al procedimiento fácil de la obtención de la naturalización posterior a la comisión del delito para obtener el beneficio de la ley más benigna en el país de refugio, todo ello me lleva a concluir que corresponde repeler (por no corresponder), el acogimiento del procesado al art. 669 del Código de Procedimientos en Materia Penal. para ser juzgado en la República, interpuesto en forma subsidiaria por la defensa (Schwammberger fue declarado ciudadano argentino el 15 de noviembre de 1965 fs. 1154). Desarrollando otro argumento expresaba el Procurador de la Corte Sabiniano Kier en el citado caso "Franghella" (Fallos 81 p.180) comentando lo que dispone el art. 669 del Cód. de Procedimientos en Materia Penal.: ..."Pero esta disposición de la ley de forma no deroga la ley de fondo"; se refiere al ciudadano argentino que según su propia expresión y el tecnicismo jurídico no

es el extranjero naturalizado y está por consiguiente excluido en el caso actual de la prescripción del art. 3* ley de 1885 como lo establece la sentencia recurrida en su sexto considerando"

El art. 669 del Cód. de Procs.. ha complementado el art. 3* inc. 1* de la ley 1612 como agudamente acota el Procurador Fiscal en su ilustrado dictamen de fs. 42. El art. 669 modificó el art. 3* determinando que el argentino naturalizado antes del hecho puede ser juzgado en el extranjero si lo desea: en tanto que por la ley 1612 no se concedía la extradición. Aquí prevalecía el interés público, en tanto el Código da preferencia a la voluntad del ciudadano.

Por lo expuesto propongo:

Se conceda la extradición que solicita la República Federal Alemana de Josef Franz Leo Schwammberger para ser juzgado por los delitos enumerados en la orden de detención (asesinato reiterado) con la única excepción del delito de robo extorsivo reiterado -punto III, inc. 1*- que está prescripto. Con esta salvedad, y sus propios fundamentos, se confirme la sentencia apelada de fs. 1178. Costas por su orden. Así es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado del acuerdo que antecede, el Tribunal Resuelve:

Conceder la extradición de JOSEF FRANZ LEO SCHWAMMBERGER que solicita 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 -punto III inc. I*- que está prescripto. Con esta salvedad se confirma la sentencia apelada de fs. 1178. Costas por su orden.

Regístrese, Notifíquese y consentido que sea, devuélvase. Fdo. Jueces Dres- Leopoldo Héctor Schiffrin.. Juan Manuel Garro.