

"PRIEBKE, ERICH S/ SOLICITUD DE EXTRADICIÓN -CAUSA N° 16.063/94"

Corte Suprema de Justicia de la Nación
02/11/1995

HECHOS:

La República de Italia solicitó la extradición de un ex militar alemán, con el fin de someterlo a proceso por su posible participación en el hecho conocido como la matanza de las Fosas Ardeatinas ocurrido el 24 de marzo de 1944, en el cual habrían perdido la vida 335 ciudadanos italianos. Ese pedido arribó a la Corte Suprema en virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de Cámara que revocó el fallo de primera instancia que había concedido la extradición. el Tribunal, por mayoría, revocó la sentencia, haciendo lugar a la solicitud.

SUMARIOS:

1. -- El hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos, no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura de la policía alemana, de entre trescientos treinta y cinco muertos, configura prima facie el delito de genocidio, sin mengua de otras calificaciones posibles subsumidas en el genocidio.
2. -- No existiendo prescripción para el delito de genocidio corresponde hacer lugar a la extradición solicitada.
3. -- El convenio de extradición que corresponde aplicar es el vigente en el momento de la solicitud de extradición (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).
4. -- Las normas sobre extradición no son reglamentarias del art. 18 de la Constitución Nacional sino de su art. 14, pudiendo ser aplicados en forma retroactiva.
5. -- Cuando hay un tratado internacional, el pedido de extradición debe regirse por éste (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).
6. -- La aplicación de un tratado de extradición no supone la exclusión de la aplicación del derecho de gentes, inexcusable conforme impone el art. 21 de la ley 48 --Adla, 1852-1880, 364-- (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor)
7. -- A fin de determinar la doble calificación que exige el tratado de extradición con Italia, ratificado por ley 23.379 (Adla XLVI-D, 4020), los tribunales del país requerido no pueden modificar el encuadre legal efectuado por los del requirente, desde que se trata de un extremo ajeno al trámite de extradición y propio del proceso penal pertinente (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).
8. -- Para evaluar la doble subsunción del hecho en el pedido de extradición debe estarse a la sustancia criminal del hecho con prescindencia del estricto apego al nomen iuris del tipo legal, bastando que los tipos penales contengan los mismos elementos (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).
9. -- Si bien los atentados contra la vida se encuentran principalmente contemplados en el Código Penal y en Código de Justicia Militar, esta sistematización no es excluyente de otras figuras penales que protegen el bien jurídico de la vida en tratados internacionales (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).
10. -- La figura del crimen de guerra no desplaza la concurrencia de otros delitos, como los crímenes contra la vida en tratados internacionales (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).
11. -- El hecho de que el legislador no haya previsto penas para los crímenes de guerra,

de lesa humanidad y genocidio, no empece a los restantes compromisos asumidos en los pertinentes tratados internacionales en materia de extradición, desde que ese tipo de trámite no tiene por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).

12. -- Los actos de barbarie y de vandalismo prohibidos por las leyes de guerra y los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad, son delitos extraditables, al estar excluidos de la categoría de delitos políticos (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).

13. -- Ante crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición por tratarse de hechos delictivos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).

14. -- Si ni el Código Penal y el Código de Justicia Militar contemplan en toda su dimensión el hecho por el que se requiere la extradición, debe remitirse para resolver el punto a la costumbre internacional y a los principios de derecho internacional, que forman parte del derecho interno argentino (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).

15. -- Los crímenes de guerra y los de lesa humanidad son imprescriptibles, conforme el derecho internacional (Del voto de los doctores Nazareno y Moliné O'Connor).

16. -- Toda persona que cometa un delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción (del voto del doctor Bossert).

17. -- Cabe considerar al crimen de guerra como delito sancionado por el derecho internacional general, y en la medida en que los delitos contra el derecho de gentes se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino (art. 118, Constitución Nacional) corresponde tener por acreditado --al solo efecto de la doble subsunción-- exigida por el art. 2º del Tratado de Extradición ratificado por ley 23.719 (Adla --XLIX-D, 3611) el carácter delictual del hecho que dio motivo al pedido de extradición (Del voto del doctor Bossert).

18. -- Ninguna doctrina u opinión autorizada incluye entre los modos de extinguirse la responsabilidad criminal el refugio del culpable en el territorio extraño, por consiguiente no es posible fundar una negativa de extradición en derecho alguno de inmunidad del delincuente derivado del hecho de su arribo al país (Del voto del doctor Bossert).

19. -- Conforme dispone el art. 2º del Tratado de Extradición ratificado por ley 23.719 (Adla, XLIX-D, 3611), la extradición está condicionada a que los delitos punibles según las leyes de ambas partes según la legislación del requirente o del requerido, no estuviera prescripta la acción penal (Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Levene).

20. -- No existiendo una norma que determine una pena para los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, más allá de los códigos penales y de justicia militar, la prescripción de la acción penal debe analizarse en base a las penas allí previstas (Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Levene).

21. -- El indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados al requerido de extradición no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente (Del voto en disidencia de los doctores Levene y Belluscio).

22. -- Para la aplicación del régimen de extradición ratificado por ley 23.719 (Adla, XLIX-D, 3611) es necesario que la conducta sea punible según la legislación del requirente y del requerido, circunstancia que no se da en el caso de los crímenes de guerra, donde en ningún caso se ha sancionado norma que contenga una pena para ese delito (Del voto en disidencia del doctor Petracchi.).

23. -- No se puede llenar el vacío de la ausencia de pena en la legislación interna para los crímenes de guerra y delitos contra la humanidad con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta con un tipo de derecho de gentes (Del voto en disidencia del doctor Petracchi).

24. -- Para el derecho argentino puede y debe sostenerse que conductas configurativas de crímenes de guerra son contrarias a derecho, pero no son autónomamente punibles (Del voto en disidencia del doctor Petracchi).

25. -- No corresponde la concesión de la extradición del requerido desde que la falta de pena prevista para los delitos del derecho de gentes en los que habría incurrido el requerido impediría tener por configurado el requisito de la doble incriminación (Del voto en disidencia del doctor Petracchi).

TEXTO COMPLETO:

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La República de Italia solicitó la extradición de Erich Priebke, a fin de someterlo a proceso por su posible participación en el hecho conocido como la matanza de las Fosas Ardeatinas ocurrido el 24 de marzo de 1944, en el cual habrían perdido la vida 335 ciudadanos italianos.

Dicho pedido de extradición se tramitó ante el Juzgado Federal de Bariloche, provincia de Río de Negro, habiendo arribado a esta instancia en virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto por el señor Fiscal actuante ante la Cámara Federal de Apelaciones de la mencionada provincia, que decidió con fecha 23 de agosto del corriente año, por el voto de la mayoría, revocar el fallo de primera instancia que había concedido la extradición solicitada.

-II-

De la detenida lectura de los medulosos actos procesales que conforman estas actuaciones, y a los que haré referencia sintéticamente en el curso de este dictamen evitando una transcripción innecesaria de los claros argumentos expuestos por las partes y juzgadores, surge la imperiosa necesidad de fijar el núcleo de la discusión del cual se derivan las distintas soluciones propuestas.

Erich Priebke habría participado durante la Segunda Guerra Mundial, según el contenido de la presentación efectuada por el Estado requirente, de la ocupación militar del norte y centro del territorio italiano como integrante del ejército alemán. En ese tiempo, surgieron organizaciones clandestinas de civiles y militares italianos destinadas a repeler y combatir a las fuerzas de ocupación a través de sabotajes y ataques sorpresivos. De tal forma, día 23 de marzo de 1944, en la calla Rasella, uno de estos grupos de partisanos hizo explotar una bomba mientras circulaba por allí una compañía de la policía alemana, ocasionando la muerte de 33 militares.

El jefe de la policía militar alemana, más conocida como las "S.S.", el teniente coronel Herbert Kappler dispuso detenciones y recibió directivas de tomar represalias contra los italianos, ordenando el fusilamiento de 10 personas por cada militar alemán muerto en el ataque. Las víctimas fueron elegidas entre condenados a prisión por las fuerzas de ocupación, detenidos en espera para ser trasladados a campos de concentración o en razón de su origen racial. La ejecución por fusilamiento se llevó a cabo en las Fosas Ardeatinas, donde además de los 330 ciudadanos italianos así "elegidos", fueron

asesinados, bajo el mínimo procedimiento -atados, de rodillas y de disparos a quemarropa- 5 más que lo ordenado por Kappler, en espantoso "error de contabilidad", inequívoca muestra de total desprecio por la vida humana. El capitán Erich Priebke habría participado en la selección de las víctimas, en llevar las listas durante el transcurso de las ejecuciones y habría quitado la vida a dos personas en esa masacre.

Volviendo sobre el objetivo indicado al comienzo de este apartado, considero indispensable establecer si el hecho descrito precedentemente constituye o no un crimen de guerra, ya que de allí se derivará, en definitiva, una de las posibles soluciones que propugno.

Lejos de pretender ilustrar a VE. en torno a las abundantes definiciones que del concepto de crimen de guerra se han ensayado, recojo aquella que es de común aceptación y que se extrae del juicio de Nüremberg: Es un crimen de guerra aquel que se comete en violación de las leyes o costumbres de la guerra; " el asesinato de poblaciones civiles de los territorios ocupados, el asesinato de prisioneros de guerra y la matanza de rehenes ..." (Título II, art. 6 inc. b, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg).

También es conteste la interpretación que señala como característica de esta clase de crimen, la afectación, a través de su perpetración, de principios superiores a aquéllos tutelados por los ordenamientos estatales, se considera que por ser cometidos contra la humanidad en su conjunto, ofenden las aceptadas normas del Derecho de Gentes.

Dentro de este marco, resultaría sobreabundante argumentar que los hechos que motivan el pedido de asistencia internacional, encuadran en la universalmente aceptada y clásica concepción del delito contra la humanidad, según brevemente fuera definida.

Como es aceptado por el Tribunal (F: 297:485; 300:1074, y en especial "Larrain Cruz" del 7 de abril de 1992), no resulta óbice para el encuadramiento jurídico que efectúa el Estado requerido, el nom iuris adoptado por el requirente, ya que no es una calificación abstracta la sometida a análisis, sino un hecho concreto, temporal y espacialmente circunstanciado.

Comprendido entonces que los homicidios por los que se pide la extradición de Erich Priebke, configuran crímenes de lesa humanidad, y que desde esta comprensión fue efectuado el requerimiento de asistencia internacional, distinta ha de ser la perspectiva desde la que se puede analizar la procedencia actual de su juzgamiento.

Aquellas peculiares características a las que hiciera referencia -ínsitas en la noción de lesión universal-, involucran el principio de inexorabilidad en su juzgamiento, del cual deriva, como lógico colofón, el de imprescriptibilidad.

Es la forma, en definitiva de asegurar a la humanidad que la tutela de aquellos principios que permiten afirmar su progreso moral -y en esta esfera, el jurídico- es no meramente ilusoria o declamativa, sino que su represión no encontrará óbices de ningún carácter, ya fueren temporales o espaciales, dentro por cierto de los cánones del proceso, también regido por el concepto actual de Justicia.

Es la propia defensa técnica de Erich Priebke, quien acepta en forma expresa que los delitos consumados en contra de la comunidad mundial, deben considerarse imprescriptibles. Así, a fs. 843, V Cuerpo, manifiesta, haciendo referencia a la extradición de Josef Schwammberger que "fue solicitada por haber cometido delitos contra la humanidad y, por tal motivo, Argentina concedió la misma si se pide la extradición por delitos contra la humanidad, los mismos son imprescriptibles y por tal motivo hay que concederla" -el subrayado es propio-.

Es innegable que vincula a ambos Estados, Italiano y Argentino, un tratado que específicamente regula el procedimiento de extradición, y también es cierto que dentro de sus disposiciones no se hace mención a esta clase de delitos, pero, también encuentro atendible, que la no inclusión de una causal de extradición, dentro de un catálogo de presupuestos en los convenios entre ambas repúblicas, no puede desvirtuar la finalidad del acuerdo, que en definitiva es la asistencia jurídica mutua. Este propósito de recíproca colaboración se convierte, así, en el nudo rector de la relación vinculante. De allí que aquello no expresamente contemplado en el contrato internacional, -desde luego que no por imprevisión, sino por tratarse de atinencias supranacionales- debe resolverse acudiendo a los otros principios que rigen las relaciones internacionales.

De tal forma que no cabe acudir a la normatividad convencional bilateral cuando la afectación que provoca el reclamo de asistencia, es de una magnitud que, excediendo el marco de aquella relación bilateral, atañe a toda la humanidad, que en la lenta y gradual construcción del derecho de gentes, prevé, reprime y es de su supremo interés perseguir para someter a juzgamiento, los crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Es esta forma de razonar la que me lleva a enfocar la solución del caso desde un distinto punto de vista desde el que lo estudiara la mayoría en la sentencia recurrida. Por este motivo, partiendo desde senderos tan opuestos en el análisis de la extradición, el resto del razonamiento seguido por la cámara, en itinerario no compartido, queda excluido del análisis de la refutación.

-III-

Sin embargo, y en el propósito de extremar aquellos recaudos que hacen a la participación y representación que ejerce este Ministerio en el trámite de extradición, y pese al convencimiento de encontrarnos frente a un caso de agravio contra la humanidad, no puedo dejar de prever que el Tribunal no acoja esta opinión.

Por ello, en forma subsidiaria abonaré los argumentos que llevaron al señor Juez Federal de Bariloche a conceder la extradición del requerido (fs. 853/872), para que, en su caso, V.E. revoque lo decidido por el a quo y haga lugar a la misina de acuerdo con aquellos fundamentos.

Si bien en la referida sentencia se sostuvo que resulta obligatorio aplicar el tratado bilateral suscripto entre los Estados de Italia y Argentina (fs. 862) y que el delito que se imputa a Erich Priebke es lisa y llanamente el de homicidio (fs. 871), también se afirmó que en relación al delito por el que se lo requiere ante el Tribunal Militar de Roma, en la República Argentina no puede operar la prescripción de la acción penal (fs. 869 vta.).

Brevemente diré que el fundamento central de tal conclusión, radica en la supremacía que otorga el sentenciante a la ley 23.379 respecto a las disposiciones del Título X del Libro Primero del Código Penal referidas a la prescripción de la acción (art. 62 C.P.).

Mediante la mencionada ley, se incorporaron al orden jurídico argentino los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12/8/49 y 10/6/77 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional, respectivamente, estableciéndose en el art. 2° de la norma que aprueba declaraciones interpretativas que "En relación con el art. 44, incs. 2, 3 y 4, del mismo protocolo la República Argentina considera que esas disposiciones no pueden ser interpretadas: a) Como consagrando ningún tipo de impunidad para los infractores a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, que los sustraiga a la aplicación del régimen de sanciones que corresponda en cada caso. b) Como favoreciendo específicamente a quienes violan las normas cuyo objeto es la

diferenciación entre combatientes y población civil. c) Como debilitando la observancia del principio fundamental del derecho internacional de guerra que impone distinguir entre combatientes y población civil con el propósito prioritario de proteger a esta última".

Ello así, más allá de las diferencias entre la línea de razonamiento seguida por el señor Juez y la del suscripto en el presente dictamen, entiendo que ambas posiciones coinciden en lo esencial, sin perjuicio de la calificación de los hechos, al facilitar la persecución y juzgamiento de aquellos infractores del ordenamiento en materia de conflictos armados, que lesionan los intereses de la comunidad internacional.

-IV-

Tampoco dejo de advertir, con profunda preocupación, que la sujeción de Erich Priebke a este proceso no se encuentra asegurada: el fallo apelado ha provocado la libertad del requerido en forma lisa y llana. La gravísima imputación contenida en el requerimiento internacional, la consecuente responsabilidad de la República frente al concierto de las Naciones, y en definitiva, el propósito de que nada impida el ejercicio de la jurisdicción ante los aberrantes hechos de las Fosas Ardeatinas, hacen que, ante estos agravios de imposible o tardía reparación ulterior, en forma expresa solicite que V.E. requiera las actuaciones que se siguieron en primera instancia respecto de la soltura de Priebke, y disponiendo la suspensión de los efectos de la sentencia recurrida, ordene su inmediato encarcelamiento preventivo conforme lo resolviera en la causa "Reiriz, María Graciela y otros s/ recurso extraordinario en causa Alonso, Jorge Francisco y otros s/contrabando de estupefacientes y otros delitos" de fecha 6 de diciembre de 1994.

Por lo expuesto, solicito a V.E. que haga lugar al recurso de apelación interpuesto, revoque la sentencia recurrida y conceda en la forma requerida la extradición peticionada por la República de Italia. Buenos Aires, 31 de agosto de 1995. Angel Nicolás Agüero Iturbe.

Buenos Aires, 2 de noviembre de 1995.

Vistos los autos: "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición -causa N° 16.063/94-".

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia, el Ministerio Público dedujo el recurso ordinario de apelación previsto en el art. 24, inciso 6°, del decreto-ley 1285/58 que fue concedido, el señor Procurador General al expresar agravios en esta instancia solicitó que se revocase la resolución apelada y la defensa, al contestar el traslado que se le corrió, pidió que se confirmara.

2°) Que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso, configura prima facie delito de genocidio. Ello mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio.

3°) Que, frente a la índole de tal calificación, resulta obvio que el país requirente haya procedido a solicitar la extradición sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar en donde se ha cometido (arts. 75, inc. 22, y 18 de la Constitución Nacional y arts. II, III, V, VI y VII de la Convención

para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio).

4°) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional.

5°) Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada.

Por ello, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la extradición de Erich Priebke por la muerte de las trescientas treinta y cinco personas, por la que fuera solicitada. Notifíquese y devuélvase.

Julio S. Nazareno (por mi voto). - Eduardo Moliné O'Connor (según mi voto). - Carlos S. Fayt - Augusto César Belluscio (en disidencia). - Enrique Santiago Petracchi (en disidencia). - Ricardo Levene (h) (en disidencia). - Antonio Boggiano. - Guillermo A. F. López. - Gustavo A. Bossert (por su voto).

Voto del señor Presidente Doctor Don Julio S. Nazareno y del señor Vicepresidente Doctor Don Eduardo Moliné O'Connor

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia (fs. 956/978), el Ministerio Público dedujo el recurso ordinario de apelación previsto lo 24, inciso 69, del decreto-ley 1285/58 que fue concedido (fs. 981), el señor Procurador General al expresar agravios en esta instancia (fs. 991/995) solicitó que se revocase la resolución apelada y la defensa, al contestar a fs. 1005/1044 el traslado que se le corrió, pidió que se confirmara.

2°) Que el pedido de extradición se fundó en la orden de captura dispuesta por el Juez de las Investigaciones Preliminares ante el Tribunal Militar de Roma don Giuseppe Mazzi el 9 de mayo de 1994 (fs. 112/24). Según surge de este documento y de los restantes que se acompañan a" esa solicitud, el hecho imputado a Erich Priebke consiste en "...haber -como miembros de las fuerzas armadas alemanas enemigas del Estado Italiano, en concurso con Kappler, Herbert y otros militares alemanes, con mis acciones ejecutivas del mismo diseño criminal y actuando con crueldad hacia las personas- provocado la muerte de n. 335 personas ... en su mayor parte ciudadanos italianos, militares y civiles que no participaban en operaciones bélicas, disparando premeditadamente contra ellos algunos tiros. En Roma, en la localidad 'Cave Ardeatine' el 24 de marzo de 1944 durante el estado de guerra entre Italia y Alemania" (confr. fs. 112/113).

3°) Que de acuerdo a la reseña formulada en primera instancia y no cuestionada por las partes (confr. fs. 856/857), el hecho habría ocurrido pocos meses después del armisticio firmado por Italia con la 4 naciones aliadas en guerra contra Alemania el 8 de septiembre de 1943. Mientras el ejército alemán ocupaba militarmente la zona septentrional y central de Italia, por iniciativa de grupos civiles y castrenses, nacían organizaciones clandestinas de tipo militar para resistir a las fuerzas armadas alemanas y liberar el territorio italiano.

4°) Que el 23 de marzo de 1944 en el centro de Roma, en la calle Rasella, un grupo de militantes de la resistencia habría hecho explotar una bomba en momentos en que pasaba una compañía alemana del Batallón "Bozen", lo que ocasionó la muerte

instantánea de veintiséis militares alemanes, suma que en las horas posteriores se elevó a treinta y dos como consecuencia de las graves heridas recibidas por algunos de los sobrevivientes.

5°) Que el Alto Mando Alemán habría dispuesto una sanción colectiva consistente en el fusilamiento de diez ciudadanos italianos por cada alemán muerto, practicándose la ejecución en la denominada "Cave Ardeatine" o "Fosas Ardeatinas", el 24 de marzo de 1944.

6°) Que trescientas treinta y cinco personas entre civiles y militares a las operaciones bélicas, fueron fusiladas. Ese número incluyó ciento cincuenta y cuatro que se hallaban detenidas a disposición del Tribunal Militar Alemán por estar sujetas a investigaciones policiales, veintitrés detenidas a disposición de ese Tribunal en espera de juicio, tres condenadas a muerte cuya pena aún no se había ejecutado, dieciséis condenadas a penas de entre 1 y 15 años de privación de la libertad, setenta y cinco hebreos, cuarenta arrestadas por motivos políticos a disposición de la Jefatura de Policía, diez detenidas por razones de seguridad pública a disposición de esa autoridad, diez arrestadas en las cercanías de la calle Rasella, una absuelta por el Tribunal Militar Alemán y tres no identificadas (fs. 174/324).

7°) Que se arribó a ese total por cuanto a las trescientas veinte víctimas originales, resultantes de la decisión de ejecutar diez italianos por cada militar alemán muerto, el Jefe de la Policía de Seguridad Alemana -teniente coronel Herbert Kappler- habría resuelto, frente al deceso de otro de los heridos, añadir diez nombres más a la primera lista preparada para la ejecución, lo que así se habría hecho trasladando a las víctimas en camiones hasta las "Fosas Ardeatinas", donde "...habían sido retenidas y en estado de espera, con las manos atadas detrás de la espalda, en la explanada situada delante de la entrada de la cantera, desde donde aquéllas oían, mezclados con las detonaciones, los últimos gritos angustiosos de las víctimas que las habían precedido"; "Además, éstas, nada más (al) entrar en la cantera para ser fusiladas podían ver, con la luz de las antorchas, los numerosos cadáveres amontonados de las víctimas precedentes..."; "Finalmente, tenían que subir encima de los cadáveres amontonados y, una vez allí, eran obligadas a arrodillarse con la cabeza inclinada hacia adelante para ser golpeadas a muerte"; "...las víctimas, antes de ser fusiladas, fueron sometidas a un sufrimiento moral grande, inhumano y cruel" (fs. 311/ 313).

8°) Que ellas habrían sido ultimadas en grupos de a cinco con un tiro en la nuca, completándose la ejecución a las siete de la tarde, luego de lo cual se voló la cantera para sellarla. Un día después se habría advertido que, debido a un error, éstos habían sido trescientos treinta y cinco y no trescientos treinta como se había ordenado.

9°) Que para resolver como lo hizo, el a quo consideró que si bien lo concerniente a la aplicación del tratado suscripto con la República de Italia en 1886 y ratificado por la ley 3035 se encontraba firme en esa instancia, era correcto lo resuelto por el juez sobre la base del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional). Del mismo modo estimó que la calificación del hecho como homicidio -efectuado en la instancia anterior- había quedado firme al no ser apelada por el Ministerio Público y que, más allá de que fuese opinable si los crímenes de guerra integraban el derecho positivo argentino, no podía encuadrarse el hecho en esa figura tanto por lo establecido en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como por la reserva que oportunamente la República Argentina había formulado al segundo párrafo del mencionado artículo. Por último señaló que la acción por el delito imputado a Priebke se encontraba prescripta independientemente de que se adopten las disposiciones del anterior o del actual tratado

de extradición con Italia. Y agregó que ello era así por cuanto entre la fecha de comisión de los hechos y la de formulación del requerimiento, había transcurrido con exceso el término de quince años fijado en nuestra ley penal para la prescripción de la acción aún cuando se computara la sentencia del Tribunal de Roma del 19 de febrero de 1962 -que juzgó el hecho respecto de otros imputados- como último acto interruptivo de la prescripción.

10) Que el señor Procurador General en su expresión de agravios sostuvo que los actos por los que se solicitó la extradición de Priebke participan de la naturaleza de los crímenes que afectan "...a través de su perpetración, principios superiores a aquellos tutelados por los ordenamientos estatales: se considera que por ser cometidos contra la humanidad en su conjunto, ofenden las aceptadas normas del Derecho de Gentes." Añadió que tales homicidios configuran crímenes de lesa humanidad y que desde esta comprensión fue efectuado el requerimiento de asistencia internacional. Afirmó asimismo que esas peculiares características, "ínsitas en la noción de lesión universal, involucran el principio de inexorabilidad en su juzgamiento, del cual deriva, como lógico colofón, el de imprescriptibilidad".

Expresó, con respecto a la existencia de un tratado bilateral que regula el procedimiento de extradición y en el que no se habría hecho referencia a este tipo de delitos -crímenes de guerra o de lesa humanidad-, que la falta de inclusión, "dentro de un catálogo de presupuestos en los convenios entre ambas repúblicas, no puede desvirtuar la finalidad del acuerdo, que en definitiva es la asistencia jurídica mutua..." por lo que ante lo no "...expresamente contemplado en el contrato internacional...debe resolverse acudiendo a otros principios que rigen las relaciones internacionales..."(fs. 993). Por último destacó la supremacía de la ley 23.379 -que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales del 10 de junio de 1977- respecto de las disposiciones del lo X del Libro Primero del Código Penal referentes a la prescripción de la acción (fs. 994/994 vta.).

11) Que al contestar los agravios formulados por el señor Procurador General la defensa sostuvo la imposibilidad de cambiar la calificación del hecho formulada por la autoridad italiana; la insoslayable aplicación del respectivo tratado de extradición firmado entre los países reclamante y reclamado, que a su juicio es el aprobado por ley 3035; el total respeto que debía observarse a la prescripción respecto de los delitos; y la imposibilidad de aplicar al caso normas no vigentes al momento de los hechos pues ello vulneraría el principio de la ley ex post facto reconocido por nuestro derecho penal y consagrado constitucionalmente después de la reforma de 1994 al asignársele jerarquía constitucional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

12) Que en primer término corresponde determinar el régimen aplicable al presente pedido de extradición. Como principio, esta Corte ha sostenido en diversos pronunciamientos, la mayoría de ellos vinculados con el tratado de extradición con Italia aprobado por ley 3035, que el convenio que corresponde aplicar es el vigente al momento de la solicitud de extradición. Tal temperamento fue el seguido en los precedentes registrados en Fallos: 90:409, pág. 421; 91:130; 113:364 y 114:278.

En lo que aquí interesa cabe destacar los argumentos vertidos por el señor Procurador General en el tercero de esos casos, en cuanto sostuvo que la causa debía ser decidida con arreglo a las estipulaciones del tratado vigente al momento en que se había presentado la requisitoria sobre la base de que en su artículo 21 se prescribía que comenzaría a hacerse efectivo desde el día del canje de las ratificaciones, entendiéndose por ello, que a partir de esa fecha los países contratantes se obligaban a la recíproca

entrega de los delincuentes que se encontrasen en las condiciones pactadas. Agregó que la disposición del artículo 18 de la Constitución Nacional, no era óbice para tal interpretación, dado que las convenciones sobre extradición, no constituyen leyes penales, sino meras formas de procedimientos para la entrega de los procesados o condenados, según la reiterada jurisprudencia de 14 Corte (Fallos: 110:412), y por consiguiente son disposiciones de orden público respecto de las cuales no rige el principio de la no retroactividad de las leyes (Fallos: 95:201).

En lo que atañe al caso, el nuevo tratado aprobado por ley 23.719 establece en su artículo 25, segundo párrafo, que "La presente convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente al vencimiento del período de tres meses desde la fecha del intercambio de los instrumentos de ratificación", en virtud de lo cual su vigencia se remonta al 19 de diciembre de 1992. Asimismo, el quinto párrafo del citado artículo dispone que a la fecha de entrada en vigor de la presente convención "terminará la convención de extradición entre la República Argentina y el Reino de Italia, firmada en Roma el 16 de junio de 1886 y su protocolo adicional firmado en Roma el 9 de junio de 1904".

Es decir que las razones expuestas en la primera parte del dictamen del Procurador General ya citado, son aplicables al sub lite porque el momento de vigencia fue determinado en ambos instrumentos del mismo modo; a lo que cabe agregar que el convenio de 1987 es aún más terminante sobre el punto porque prevé expresamente la imposibilidad de aplicar el tratado anterior, sin que la cláusula que así lo dispone haya sido tachada de inconstitucional por la defensa.

En cuanto a la imposibilidad de aplicar retroactivamente el tratado de 1987 debe tenerse presente que las normas sobre extradición no son reglamentarias del artículo 18 de la Constitución Nacional sino del artículo 14 de la Carta Magna, en tanto no es la finalidad de estos procedimientos la determinación de la culpabilidad del sujeto requerido por el hecho por el que se lo solicita, sino que importan excepciones a la libertad de entrar, permanecer y salir del país (doct. de Fallos: 311:1925; C.801.XXIV, "Candá, Alejandro Guido s/ extradición", cons. 8°, resuelta el 23 de febrero de 1995 y A.83.XXIV, "Juez de Foz de Iguazú-Brasil s/ pedido de extradición del señor Jorge Américo Arena, fallada el 4 de mayo de 1995, cons. 7° del voto de la mayoría y del voto de los jueces López y Bossert, y considerando 3° del voto del juez Petracchi), garantías respecto de las cuales ningún extranjero tiene un derecho irrevocablemente adquirido.

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

13) Que precisamente fue este el criterio seguido por el Tribunal en los casos registrados en Fallos: 304:1378 y 305:77 1, en los cuales en virtud de la cláusula del artículo 22, tercer párrafo, segunda parte, del tratado de extradición celebrado con los

Estados Unidos de Norteamérica y aprobado por ley 19.764, se aplicaron, a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, las cláusulas que por ley 3759 regían las relaciones bilaterales hasta ese momento.

14) Que por todo lo expuesto este Tribunal considera que el presente trámite de extradición se encuentra regido por el convenio celebrado por nuestra república con la de Italia en el año 1987 y aprobado por ley 23.719 y descarta por inadmisibles la postura del ministerio público acerca de que la solicitud trámite "según el principio de reciprocidad o la práctica uniforme de las Naciones" conforme lo prescripto por el artículo 646, inciso 2º, del Código de Procedimientos en Materia Penal, frente a la constante y reiterada jurisprudencia que establece que cuando hay tratado el pedido de auxilio internacional debe regirse por éste (Fallos: 32:331; 49:15; 59:146; 96:305; 108:14; 111:35; 114:383; 129:34; 146:388; 170:406; entre muchos otros).

15) Que esta última hipótesis no determina la exclusión del derecho de gentes, pues en la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación será inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48, pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en "vacío" sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integral el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte (conf C.I.J. Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 betweenit Who and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1980, pág. 76 y Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1971, pág. 16 ad. 31, citadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas OC-3/83, "Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", párrafo 44, Serie A, N° 3 y OC-10/89 "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", párrafo 37, Serie A, N° 10).-

16) Que por lo expuesto la interpretación del convenio no puede efectuarse tomando a éste como una norma aislada y estática, sino dentro del marco del progresivo desarrollo de la materia de que se trata (M.60.XXIV, "Mangiante, Guillermo Eduardo c/AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora s/cobro de pesos", consid. 8º in fine, resuelta el 23 de febrero de 1995), computando a esos efectos la legislación vigente, la costumbre internacional y los principios generales del derecho en ese ámbito, que forman parte del derecho interno argentino (N.70, L.XXIII, "Nadel, León y otro por contrabando", cons. 12, párrafo 3º, del voto de la mayoría y cons. 9º, in fine, del voto del juez Boggiano, resuelta el 6 de abril de 1993).

17) Que en este contexto normativo se celebró el tratado de Extradición aprobado por ley 23.719 según fue expuesto por el miembro informante ante la Cámara de Diputados con motivo del debate previo a la sanción de esa ley, al expresar que respondía a las normas más modernas en la materia con el objeto de coadyuvar a hacer más eficaz y estrecha la colaboración de la República Argentina (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 13 de septiembre de 1989, pág. 3235); expresiones cuyo valor a los fines interpretativos de la ley ha sido destacada por esta Corte en Fallos: 182:486; 250:507; 296:253; 306:1047 y, más recientemente, en la causa C.373, L.XXV, "Cardinale, Miguel Angel c/ B.C.R.A. s/ incidente de ejecución de sentencia", considerando 52, primer párrafo, fallada el 17 de noviembre de 1994.

18) Que el mencionado propósito de colaboración ha sido puesto de manifiesto en reiterados pronunciamientos como criterio rector que debe regir en los trámites de extradición, al sostenerse invariablemente que por razones elementales de orden social de aplicación universal corresponde facilitar la entrega y que, a esos fines el estudio de los tratados y las leyes debe realizarse con espíritu ampliamente auspicioso al propósito de beneficio universal de perseguir el juzgamiento de los criminales o presuntos criminales por los tribunales del país en que han delinquido, cuando lo requieren en forma los países con los cuales mantiene vínculos de cooperación, pues así no desmedra su soberanía y facilita el imperio de la justicia (Fallos: 154:336; 156:169, pág. 180; 166:173, págs. 176/177; 174:325, pág. 330; 178:81, págs. 83 y 85; 189:118; 216:285, pág. 290; 236:306, ág. 310; 263:448, cons. 4°, entre muchos otros).

19) Que en este marco y a los fines de cumplir con el requisito de "doble subsunción" o "doble incriminación" contenido en el artículo 2° del tratado, en cuanto a" la calificación del hecho que motiva la solicitud cabe señalar que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, los tribunales del país requerido no pueden modificar el encuadre legal efectuado por los del requirente, porque ese extremo resulta ajeno al trámite de la extradición y cualquier discrepancia al respecto debe ser resulta en el proceso penal pertinente (doctrina de Fallos: 284:459 y en especial 305:725). Por tal motivo es ajeno a la función de este tribunal mutar la calificación del delito efectuada por Italia en el momento de introducir el pedido de extradición y que es, precisamente, la que señala el tribunal de la instancia anterior: "participación en violencia con homicidio continuo agravado por haber provocado la muerte de 335 personas el día 24 de marzo de 1944, actuando en concurso con otras personas y mediante el uso de armas de tiro (delito previsto y castigado por los artículos 13 y 185 del Código Penal Militar, en relación con los artículos 81, 110, 575 y 577 del Código Penal ordinario)" (confr. fs. 853 y 960).

20) Que en la medida en que la "doble subsunción" también requiere que el hecho en que se funda la requisitoria sea punible para el ordenamiento jurídico del país requerido, corresponde destacar que a los efectos de establecer ese recaudo la práctica de los Estados en la materia tiende a abandonar el criterio de valoración de ese extremo in concreto, que lo trace reposar exclusivamente en la denominación del delito y en una estricta interpretación de los elementos típicos que lo configuran -como parece haber sido el adoptado por el tribunal apelado-, para enrolarse en el criterio in abstracto a partir de la sustancia criminal del hecho con prescindencia del apego estricto al nomen iuris del tipo legal, que evita que la eficacia del instituto de la extradición se vea frustrada u obstaculizada con motivo de las diferencias propias que reconocen las calificaciones regales de los Estados Parte con apoyo en los distintos sistemas penales de los países que asumen este tipo de cooperación internacional (conf Gilbert, Geoff "Aspects of International Law", págs. 47/52, Martinus Nijhoff Publishers, 199 1, The Netherlands).

21) Que tal temperamento ha sido el adoptado por este tribunal al considerar cumplido el recaudo de doble incriminación en los casos en que los tipos penales contenían los mismos elementos que fundaban aquélla, aunque difiriesen en particularidades en virtud del régimen jurídico propio en el que se insertaban (Fallos: 70:79); a lo cual agregó que ese examen no ha de realizarse en un mismo plano de análisis, pues mientras que la adecuación del hecho a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que aquél pretende probar, el encuadre al derecho interno del requerido se realiza sobre la base de que ese mismo hecho, hipotéticamente", cayera bajo su ley (confr. Fallos: 315:575, consid. 5°, y sentencia del 20 de diciembre de 1994, recaída en

la causa T275.XXX R.O. "Taub, Luis Guillermo y otro s/ extradición", cons. 7°).

22) Que, por ende, los tribunales de nuestro país no se encuentran afectados por la calificación efectuada por el requirente (Fallos: 306:67) o el nomen iuris del delito contenido en la solicitud de extradición (Fallos: 284:459), sino que lo decisivo es la "sustancia de la infracción" (confr. fallos citados y Fallos: 314:1132, cons. 7°). En otros términos, lo relevante es el examen de los hechos descriptos en la requisitoria y su documentación adjunta a los efectos de su subsunción en nuestro ordenamiento jurídico.

23) Que a partir del contexto fáctico reseñado en los considerandos 2° a 8° de la presente, un examen del ordenamiento jurídico vigente que compute la totalidad de los preceptos con contenido penal que lo integran pone en evidencia que si bien los atentados contra la vida se encuentran principalmente contemplados en los Códigos Penal y de Justicia Militar en cuanto a él remite en materia de delitos comunes (artículo 870), esta sistematización no es excluyente de otras figuras penales que protegen el bien jurídico de la vida en circunstancias tales como las ut supra reseñadas.

24) Que, en efecto, los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra aprobados por decreto-ley 14.442, ratificado por ley 14.467, prohíben al "homicidio intencional" u "homicidio adrede" cometido contra prisioneros de guerra y población civil en tiempos de guerra, comprometiéndose las Partes Contratantes "...a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer" tales actos (artículos 129 y 130 del Convenio 3 y, 146 y 147 del Convenio 4).

25) Que esta descripción típica se complementa con la del Protocolo Adicional I de 1977 (artículo 75), aprobado por ley 23.379, en cuanto establece que "Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes o civiles o militares: a) atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular: i) el homicidio... d) las penas colectivas" (artículo 75 de aplicación tanto a los civiles como a los prisioneros de guerra).

26) Que el desconocimiento de una prohibición de esta especie constituye "infracción grave" a los convenios internacionales sobre derecho humanitario en materia de trato de prisioneros de guerra y de población civil en el marco de un conflicto armado internacional, considerada como "crimen de guerra" por el artículo 85, apartado 5°, de este mismo Protocolo I.

27) Que este encuadre legal no desplaza la concurrencia, respecto de los mismos hechos, de los crímenes contra la humanidad y especialmente del delito de genocidio (artículo 11 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) en la medida en que el accionar que se imputa al requerido reconoce "el agravante de haber obrado Priebke con crueldad hacia las personas, en relación a las modalidades deshumanas con las cuales ha sido cometida la matanza de Fosse Ardeatine", según lo califica el Ministerio del Interior de Italia (fs. 2/4). Asimismo la selección de un número significativo de víctimas pertenecientes a la comunidad judía, traduce un odio racial o religioso en la ejecución de la sanción colectiva o represalia.

28) Que la comprensión del caso con tales alcances se impone como consecuencia del deber que compete a este Tribunal de decir el derecho vigente aplicable al caso en el ejercicio de su elevada misión de administrar justicia, con la contribución que ello importa a la realización del interés superior de la comunidad internacional con la cual nuestro país se encuentra obligado en virtud de formar parte de ella, de los tratados

celebrados, cuyo rango establece la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22, y de la aplicación del derecho de gentes que prevé el art. 118 de la Ley Fundamental, ordenamiento que vulneraría si se limitase a subsumir los hechos como homicidios o asesinatos En el marco de las disposiciones del Código Penal o, incluso, del Código de Justicia Militar en cuanto a él remite.

29) Que ello es así ya que las descripciones típicas contenidas en los preceptos legales que sancionan atentados contra la vida -homicidio- no abarcan íntegramente la "sustancia de la infracción" que se atribuye a Erich Priebke, como sucede -en cambio- con las previsiones de los instrumentos internacionales antes intencionados. Estos últimos, a diferencia de aquéllos, permiten contemplar circunstancias tales como que la participación de Priebke en los hechos habría consistido en el asesinato de 335 personas integrantes de la población civil y prisioneros de guerra, en cuya ejecución se utilizaron métodos de inusitada crueldad, unidos con elementos de selección teñidos de odio racial e inadmisibles desprecio por el ser humano.

30) Que supuestos como el de autos constituyen atentados contra el derecho elemental de la vida cuyo reconocimiento se postula por la propia naturaleza humana, de modo tal que aun en tiempos de guerra en que ciertos derechos sufren un eclipse parcial o temporáneo subsiste siempre la conservación, como intangible, de la protección al bien jurídico vida dentro de un mínimo en el ámbito internacional o de un mínimo de orden jurídico interno admitido internacionalmente y que no se puede desconocer (conf. Jules Paoli, Contribution a l'Etude des Crimes de Guerre et des Crimes contre l'Humanité en Droit Penal International en Revue Générale de Droit International Public, 3 série, T. 48/49 -1941/1945-, págs. 129/165, París).

31) Que tales conductas no sólo han sido consideradas como "crímenes de guerra" sino que pueden concurrir -como aquí sucede- real o idealmente, con crímenes contra la humanidad, cuyo presupuesto básico común -aunque no exclusivo- es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción (conf. Jean Graven, Les Crimes contre l'Humanité, Chapitre III, Synthèse et Construction de la Théorie Juridique des Crimes contre l'Humanité, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, T. 76 (1950), págs. 539/601).

32) Que es justamente por esta circunstancia de la que participan tanto los "crímenes contra la humanidad" como los tradicionalmente denominados "crímenes de guerra" como los delitos contra la humanidad, que se los reputa como delitos contra el "derecho de gentes" que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales (conf. Díaz Cisneros, César en Derecho Internacional Público, Tomo I, págs. 278/282, Editorial T.E.A., Buenos Aires, 1955 y Cherif Bassiouni, M. en Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional, págs. 68/69, Editorial Tecnos, Madrid, 1984),

33) Que, en las actuales circunstancias de las relaciones internacionales a las que la Corte debe atender (M. 817.XXV, "Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios", resuelta el 22 de diciembre de 1994) el Tribunal estima que los crímenes imputados a Priebke, según la modalidad en que han sido encuadrados precedentemente los hechos de autos, se ajustan en su tipificación, y desde el punto de vista penal, a los caracteres que el derecho internacional general les reconoce.

34) Que el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg definió ambos tipos delictivos: calificó como "crímenes de guerra" en el art. 6 inc. "a" a las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, entre las que incluyó el asesinato de población civil de un territorio ocupado o que se encuentre en él, de prisioneros de guerra y de rehenes. Análoga descripción adoptó el Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente (artículos 6, "b" y 5, "b" respectivamente conf. documentos oficiales obrantes en el Compendio citado, págs. 33/56).

Asimismo, y en lo que aquí interesa, en el art. 6, inc. c, definió los crímenes contra la humanidad en estos términos: "... el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y todo acto inhumano cometido contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos o persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde hayan sido perpetrados, sean cometidos al perpetrar un crimen sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con él."

35) Que la Asamblea General de las Naciones Unidas mantuvo esta configuración tanto en su Resolución 3 (I) del 13 de febrero de 1946 al recomendar e instar a los Estados, miembros o no miembros, a la extradición y castigo de los responsables de estos crímenes al aprobar por unanimidad la Resolución 95 (I) que confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y sus sentencias (conf. Compendio citado, págs. 79/82).

36) Que la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Chapultepec, en los meses de febrero y marzo de 1945, repudió en su Acta Final los crímenes de guerra acaecidos en la segunda guerra mundial como "horrendos crímenes en violación de las leyes de la guerra, de los tratados existentes, de los preceptos del Derecho Internacional, de los códigos penales de las naciones civilizadas y de los conceptos de civilización" en su Resolución VI "Crímenes de Guerra", documento al que adhirió la República Argentina por decreto N° 6945/45, aprobado por ley 12.837.

37) Que en el proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad cuya discusión se inició en 1950 en el seno de las Naciones Unidas, aprobado en primera lectura en el año 1994, como así también en el proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional cuya creación se debate en ese ámbito, se recogen los conceptos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (art. 20 del Estatuto).

38) Que como corolario de lo expuesto cabe considerar a los hechos cometidos según la modalidad descrita en este pronunciamiento, como delitos sancionados por el derecho internacional general y, en la medida en que la aplicación del derecho de gentes se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico argentino (artículo 118 de la Constitución Nacional) corresponde tener por acreditado -al sólo efecto de la "doble subsunción" o "doble incriminación" exigida por el artículo 2° del Tratado de Extradición aprobado por ley 23.719- el carácter delictual de los hechos que motivan el pedido de extradición.

39) Que a diferencia de otros sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América en el que el constituyente le atribuyó al Congreso la facultad de "definir y castigar" las "ofensas contra la ley de las naciones" (artículo I, Sección 8), su par argentino al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación receptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del

derecho de gentes en la jurisdicción nacional -que así integra el orden jurídico general- de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48 ya citado.

40) Que, en tales condiciones, la aprobación por leyes 14.467 y 23.379 de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 es parte de la formación del acto complejo federal que importa la celebración de un tratado, según las previsiones de la Ley Fundamental, al propio tiempo que importa la recepción de la ley internacional dentro de la esfera de validez propia del ordenamiento legal argentino (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, Fallos: 202:353, en lo pertinente; Hans Kelsen, *La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional*, con especial consideración a castigo de los criminales de guerra, págs. 5, 10/11, 35/36, Imprenta de la Universidad de Córdoba, República Argentina, 1944; Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional y Derecho Interno Argentino*, *El Derecho*, T 7, págs. 784/796. Asimismo, en general, *National Implementation of International Humanitarian Law*, Proceedings of an International Colloquium held at Bad Homburg, 17 to 19 of June, 1988, Editado por Michael Bothe, Editorial Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1990).

41) Que para su aplicación ha de atenderse al propósito de los tratados humanitarios modernos -entre los que cabe incluir los mencionados instrumentos- que no fue el conceder a las Partes Contratantes derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino establecer un orden público común con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion del 28 de mayo de 1951, I.C.J., pág. 12 in fine. De igual manera, Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Serie A y B, N° 2, párrafos 29 y 30).

De allí que sus cláusulas gozan de la presunción de operatividad y así han sido consideradas por la doctrina por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa (conf. Krzysztof Drzewicki *National legislation as a measure of implementation of international humanitarian law* en *Implementation of International Humanitarian Law*, pág. 111 Editors Frzits Kalshoven and Yues Sandoz, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1989).

42) Que no obsta a esta conclusión que la descripción típica contenida en los mentados instrumentos internacionales no establezca la naturaleza de la pena ni su monto pues su falta de determinación en los propios documentos responde a la modalidad de implementación que infracciones de contenido penal de esa naturaleza reconocen en ese ámbito, conforme al estado actual de las relaciones internacionales.

43) Que tal circunstancia en modo alguno significa que la incriminación internacional quede librada a la voluntad de los Estados particulares expresada convencionalmente, pues ello es el instrumento de cristalización de los principios y usos de la conciencia jurídica de la sociedad mundial de los que ningún Estado podría individualmente apartarse en la medida en que la formulación del derecho internacional general establece, en la materia, una descripción suficientemente acabada de la conducta punible como así también que su configuración merece una sanción de contenido penal.

44) Que el hecho de que el legislador nacional no haya implementado "sanciones penales adecuadas" para este tipo de delitos, no empece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez

que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido sino sólo establecer, como ya se ha dicho, si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada.

Desde esa perspectiva, sería irrazonable concluir que la falta de fijación de una pena específica para delitos de modalidades tan graves que superan las de los previstos en la legislación común, importa la desincriminación de tales actos, máxime si se advierte que su tipificación se encuentra incorporada al derecho interno y que su resultado final - homicidio- constituye un delito regulado por las leyes nacionales con penas que -aun en las modalidades de menor gravedad- superan ampliamente el límite establecido en el tratado mencionado.

45) Que, en consecuencia, el alcance que cabe asignar a la exigencia de pena mínima de dos años privativa de la libertad contenida en el artículo 22 del convenio de 1987 suscripto con la República de Italia, es el de criterio de fijación de un umbral mínimo por debajo del cual los Estados contratantes carecen de interés para poner en movimiento sus mecanismos internos para la colaboración internacional, debido a la escasa "gravedad" de los delitos así sancionados.

46) Que sobre el particular, ya en el precedente registrado en Fallos: 293:64 el Tribunal sostuvo que el propósito de adoptar cláusulas como las contenidas en el artículo recién citado, para delimitar los delitos sujetos a extradición, debían entenderse como encaminados a "excluir la posibilidad de reclamos para aquellos delitos de menor gravedad que no justifican trámites internacionales de este tipo", a la vez que destacó que el juzgamiento en el país requerido sólo surge como obligación frente al rechazo de la solicitud y cuando concurren todos los elementos que la hagan viable, como medio de no amparar delitos de cierta significación (Fallos: 300:996, consid. 5° y 6°), entre los cuales consideró incluidos los delitos contra el derecho de gentes (conf. *mutatis mutandi* causa P.541, L.XXIV., R.O. "Peyrú" ut supra citada).

47) Que este criterio sustituyó al de la enunciación taxativa de delitos extraditables - como era el contenido en el Tratado celebrado con Italia aprobado por ley 3035- y ha sido considerado, a la luz del desarrollo progresivo de los principios que rigen la cooperación internacional en materia penal, como más apropiado y eficiente para delimitar los delitos sujetos a extradición, ya que evita que las partes contratantes tengan que acudir a continuas modificaciones convencionales para actualizar la enumeración taxativa frente a cambios introducidos en sus ordenamientos jurídicos represivos (conf. Geoff Gilbert, ob. cit., págs. 38/39).

48) Que es a la luz de estas premisas y por aplicación de las reglas de hermenéutica en materia de interpretación de tratados que dan prioridad a la buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del acuerdo, en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) que deben considerarse incluidos los delitos contra el derecho de gentes - como el que motiva este pedido de extradición- entre aquéllos consagrados en el tratado como extraditables.

49) Que tal conclusión se adecua a la voluntad de las Partes Contratantes reflejada en la letra del convenio todas las veces que la solución contraria conduciría a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, contrario al "principio de efecto útil" al que debe ajustarse su interpretación (conf. Lauterpacht, Hersch en *The Development of International Law by The International Court*, en especial págs. 282/284, Stevens and Sons Limited, London, 1958 y De la Guardia - Delpech en *El Derecho de los Tratados* y

la Convención de Viena, págs. 315 y 323, nota N° 326 inclusive, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1970), ya que los crímenes que reúnen la modalidad descrita en autos y calificados como "delitos de derecho internacional más graves" quedarían excluidos del acuerdo mientras que todos los restantes atentados contra la vida consagrados en el ordenamiento jurídico interno, no obstante su menor entidad, quedarían incluidos en aquél al superar en su mayoría el mínimo de penalidad exigido por el precepto convencional.

50) Que, por lo demás, esta inteligencia del tratado bilateral aprobado por ley 23.719 es la que mejor se concilia con las restantes obligaciones que en materia de asistencia judicial y extradición asumió la República Argentina, al ratificar las previsiones contenidas en los Convenios de Ginebra de 1.949 y su Protocolo Adicional I de 1977, vigentes también para la República de Italia, a partir del 17 de diciembre de 1951 y 12 de diciembre de 1977, respectivamente.

51) Que en lo que aquí concierne, el III y IV Convenio de Ginebra de 1949 establecen que "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuese su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes" (artículos 129 y 146, segundo párrafo, respectivamente).

52) Que, en lo atinente al caso, el Protocolo Adicional I de 1977 establece que "1. Las Atlas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los convenios o del presente protocolo. 2. A reserva de los derechos y obligaciones establecidas por los convenios y por el párrafo 1 del art. 85 del presente y cuando las circunstancias lo permitan, las Atlas Partes contratantes cooperarán en materia de extradición. Tomarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada. 3. En todos los casos, será aplicable la ley de la Alta Parte contratante requerida. No obstante, las disposiciones de los párrafos precedentes no afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones de los párrafos precedentes no afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones contenidas en cualquier otro tratado de carácter bilateral o multilateral que rija o haya de regir total o parcialmente en el ámbito de la asistencia mutua judicial en materia penal" (artículo 88).

53) Que el hecho de que la República de Italia encuadrara el requerimiento dentro del tratado de extradición aprobado por ley 23.719 y la República Argentina así lo aceptase, constituye un reflejo de la práctica de ambas partes en el cumplimiento no sólo de los compromisos en que consideran comprometidos intereses recíprocos sino también de aquellos otros que conciernen directamente a la comunidad internacional (conf. artículo 31, inciso 3, apartado "b", de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) ya que se "da por supuesto que las partes contratantes abrigan propósitos razonables y no incompatibles con los principios del Derecho Internacional reconocidos en general, ni con las obligaciones convencionales contraídas anteriormente con terceros Estados" (conf. Oppenheim, L. ob. cit. Tomo I, Volumen II, págs. 548/549).

54) Que corrobora esta afirmación la práctica adoptada por la República Argentina en la materia, en la medida en que frente a cláusulas como las del artículo 2° del tratado consideró los "actos de barbarie y de vandalismo prohibidos por las leyes de la guerra" y más modernamente los "crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la

seguridad de la humanidad" como delitos extraditables en el marco del Acuerdo de voluntades al excluirlos de la categoría de delitos políticos (conf. artículo 8° del Tratado de Extradición firmado con Brasil del 28 de octubre de 1896 aprobado por ley 4027 y, más recientemente, artículo 5°, apartado 1, "c" del Tratado de Extradición con el Reino de España aprobado por ley 23.708).

55) Que este fue el criterio que ya siguió el legislador al aprobar por ley 3035 el tratado de extradición anterior al actualmente vigente con la República de Italia, oportunidad en la cual al debatirse el artículo 6° que enunciaba taxativamente los delitos sujetos a extradición dejó a salvo que esa lista se consideraba -sin necesidad de explicitación- integrada por los delitos incluidos en "convenciones especiales, entre países civilizados" (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional, año 1888, págs. 141/147, especialmente pág. 146, Imprenta de Sud América, Buenos Aires, 1889).

56) Que estas consideraciones dan debida respuesta a los agravios de la defensa al par que son indicativas de que la aplicación de un precepto contenido en un tratado bilateral de extradición con apego a su literalidad y sin una formulación circunstanciada previa conducente a su recta interpretación jurídica, con apartamiento de los criterios de hermenéutica aquí recordados, atenta contra la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doctrina de Fallos: 234:482; 241:277; 249:37; 255:360; 258:75; 281:146 y 302:1611).

57) Que, en cuanto a los reparos de la defensa técnica de Erich Priebke (fs. 365/366; 373/374; 846/847) tendientes a atribuirle carácter esencialmente militar al hecho en que se funda el pedido y por ende excluirlo de la entrega, no cabe sino su rechazo sobre la base de que el mismo artículo 6° del acuerdo bilateral de voluntades que consagra esa excepción excluye del concepto de delito militar el "delito previsto por el derecho común", entendido éste como opuesto al concepto de delito político o de delito esencialmente militar.

58) Que aun cuando se considerara a las leyes 14.467 y 23.379 como "leyes especiales" en el marco de lo dispuesto en el artículo 870 del Código de Justicia Militar, no se configura la mentada hipótesis de excepción toda vez que la incriminación de conductas como las atribuidas a Erich Priebke protegen a la persona más que al individuo y es esta calidad, de algún modo genérica, universal, que exige que la protección del derecho de gentes se ajuste, o al decir de Jean Graven, se superponga a la del derecho común (artículo citado Les Crimes contre l'Humanité, pág. 548).

59) Que, en este sentido, esta Corte ha dicho que antes crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición por tratarse de hechos delictivos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad (Fallos: 265:219. Conf. en igual sentido, Oppenheim, ob. cit., Tomo II, Volumen II, pág. 139, nota 90 y García Mora, Manuel R. Crimes Against Humanity and the Principle of Non Extradition of Political Offenders en Michigan Law Review, Vol. 62, págs. 927 y sgtes., April 1964, N° 6).

60) Que así fijados los hechos, su calificación legal para el ordenamiento jurídico argentino y su inclusión dentro de los términos del tratado de extradición que rige este trámite, resta establecer si la acción penal nacida del delito imputado a Erich Priebke se encuentra prescripta. La República de Italia alegó que no lo estaba porque según las

disposiciones de su derecho interno correspondía la aplicación de la pena de "ergástolo" -perpetua- declarada imprescriptible. Este extremo no fue objetado, de modo tal que sólo queda por examinar si la acción penal nacida del delito así calificado por el país requerido se encuentra prescripta, supuesto en el cual esta Corte se encontraría obligada a declararlo de oficio (Fallos: 306:386).

61) Que, al respecto, ni el Convenio de Ginebra de 1949 ni su Protocolo Adicional I de 1977 contienen previsiones específicas sobre el punto y toda vez que tanto el Código Penal como el Código de Justicia Militar, no contemplan en toda su dimensión el hecho por el que Priebke es requerido, debe recurrirse para resolver el punto a la costumbre internacional y a los principios generales del derecho internacional, que forman parte del derecho interno argentino (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, N.70, L.XXIII, "Nadel" antes citado), y que constituyen las fuentes apropiadas para dar una adecuada respuesta en el ámbito del derecho internacional, en el cual debe examinarse la cuestión planteada y donde rige la tutela de intereses de los más vitales entre las internacionalmente protegidos.

62) Que en la declaración firmada en Moscú el 30 de octubre de 1943 en cumplimiento de la cual se celebró el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y se establecieron los Tribunales Internacionales de Nüremberg y del Lejano Oriente, se anunció que los autores de tales hechos "serían devueltos al escenario de sus crímenes y juzgados allí por los pueblos a los que habían ultrajado" y que "en caso de que el hecho no tuviera situación geográfica particular, serían castigados por una decisión conjunta de los gobiernos de los aliados"; declaración a la que adhirió la República Argentina por decreto 6945/45 al aceptar la invitación que con ese fin le fue formulada en el Acta Final de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Chapultepec.

63) Que en los considerandos del derecho citado -ratificado por ley 12.837- se consignó que los principios enumerados en el Acta Final "como incorporados al derecho internacional de nuestro Continente desde 1890, han orientado en todo momento la política exterior de la Nación y coinciden con los postulados de la doctrina internacional argentina" como así también que "el Gobierno de la Nación acepta y se halla preparado para dar ejecución a los principios, declaraciones y recomendaciones que son fruto de la Conferencia de México".

64) Que mientras el interés de la comunidad internacional porque los "crímenes de guerra" y "crímenes contra la humanidad" fueran debidamente juzgados y sancionados quedó reflejado en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 170 (II) del 31 de octubre de 1947, la cuestión acerca de la prescripción o no de estos delitos fue recién sometida a debate en los foros internacionales en el año 1965 ante la posibilidad de que algunos Estados declararan prescripta la acción nacida de este tipo de delitos contra el derecho de gentes por aplicación de sus legislaciones locales y al equipararlos con los delitos del derecho interno.

65) Que el debate se suscitó en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas justamente a instancias de aquellos Estados que reaccionaron en forma adversa a esa equiparación y, por ende, a la prescripción y se prolongó año tras año en el más amplio marco de discusión (conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el 21^a Período de Sesiones, del 22 de marzo al 15 de abril de 1965, Consejo Económico y Social, en Documentos Oficiales, XXXIX Período de Sesiones, Suplemento N° 8, págs. 135/151, Naciones Unidas; Informe de la Comisión sobre el 22^a Período de Sesiones del

8 de marzo al 5 de abril de 1966, Consejo Económico y Social, en Documentos Oficiales, XLI Período de Sesiones, Suplemento N° 8, págs. 57/74, Naciones Unidas).

66) Que como consecuencia de ese movimiento de opinión, fue aprobada la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, por Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General del 26 de noviembre de 1968, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Esta declaró imprescriptibles, tanto "los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, del 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de víctimas de guerra" como los -crímenes de lesa humanidad entre los que incluyó "el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos" (artículo 1°).

67) Que esta afirmación convencional se basó en una serie de razones que quedaron plasmadas en su preámbulo, de significación a los fines hermenéuticos dado que constituye la expresión del consenso sobre cuestiones que fueron ampliamente discutidas en el seno de los debates internacionales (artículo 31.2. ya citado de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Allí se observó que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; se consideró que ellos figuran entre los delitos de derecho internacional más graves; que su represión efectiva es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad de los pueblos y de la comunidad internacional; que la aplicación a su respecto de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de sus responsables; para concluir que "es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad".

68) Que respecto de este último párrafo del preámbulo, cabe señalar que el verbo "enunciar" contenido en el proyecto original fue sustituido por "afirmar" a resultas del consenso logrado para consagrar la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad y cuya redacción fue aceptada por la mayoría de los representantes por dieciocho votos a favor, ninguno en contra y tres abstenciones (conf. Documentos antes citados, en especial, Informes citados de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 (XXII) de la Comisión de Derecho Internacional aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

69) Que no obstante la conducta seguida por aquellos Estados que ajustaron su derecho interno a favor de aquellos principios, como la de otros que ratificaron o adhirieron a la convención antes mencionada, debe reconocerse que no existía en ese momento ni existe en las actuales circunstancias del derecho internacional, una norma reconocida y

aceptada por las naciones civilizadas como de práctica obligatoria, a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

En tal sentido, la República Argentina se abstuvo de votar la convención gestada en el ámbito de las Naciones Unidas.

70) Que esta limitación de la persecución penal no alcanza a los hechos que motivan el pedido de extradición por la república de Italia, pues entre la serie de normas fundamentales que conciernen a los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentran la prohibición de genocidio, el principio de no discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad, ofensas todas presentes en los actos cuyo juzgamiento aquélla persigue.

Estas reglas establecidas consuetudinariamente no pueden ser dejadas de lado por tratados ni derogadas sino por la formación de una norma posterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El concepto de *jus cogens* fue aceptado por la Comisión de Derecho Internacional e incorporado a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1969 (art. 53) -ratificada por ley 19.865- estableciendo que: "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición, con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

El carácter de *jus cogens* de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actitud individual de los Estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga ese tipo de ilegalidades. La función del *jus cogens* es así proteger a los Estados de acuerdo concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal ("Principles of Public International Law", Ian Brownlie, 3rd. ed., Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 512/514; "International Law, Cases and Materials", Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter, Hans Smith, 2nd. ed., West Publishing Co., 1987, p. 467; cita de Jiménez de Aréchaga en p. 470).

71) Que, en el caso, la conducta de Priebke que motiva el pedido de extradición presenta las características típicas de los "crímenes contra la humanidad" cometidos contra la población civil y prisiones de guerra durante un conflicto bélico, sancionados en forma unánime por la comunidad internacional. Así surge del mencionado requerimiento del Ministerio del Interior de Italia en orden a las "modalidades deshumanas con las cuales ha sido cometida la matanza de 'Fosse Ardeatine'" (fs. 2/4).

Esas modalidades fueron también expresamente contempladas por el país requirente en la nota cursada al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Argentina con fecha 7/6/94, en la que se expresa que "se pone en evidencia que en base a las pruebas que resultan de las investigaciones judiciales la conducta criminal de Priebke representa un verdadero caso de 'crimen contra la humanidad', como fue puesto en evidencia en los actos del Fiscal Militar de la República ante el Tribunal de Roma" (fs. 344).

72) Que el Tribunal Militar de Roma describió esa conducta, que causó la muerte de 335 personas, como un delito perpetrado "con repetidas acciones ejecutivas del mismo

plan criminal y actuando con crueldad hacia las personas" (fs. 33). Destacó asimismo que las 5 personas tomadas de más del número establecido "fueron fusiladas porque el cap. Schtuz y el cap. Priebke, responsable de la dirección de la ejecución y del control de las víctimas, en el frenético apuro de efectuar la ejecución con la máxima rapidez, no se dieron cuenta que las mismas eran ajenas a las listas hechas con anterioridad" (texto correspondiente a la sentencia del 20 de julio de 1944 del Tribunal Militar territorial de Roma citada en fs. 34).

73) Que las constancias que existen en la causa acerca del modo en que fueron cometidos tales crímenes ponen de manifiesto el grado de crueldad, de tortura moral y física que sufrieron los condenados y la absoluta indiferencia por los más elementales principios de humanidad que demuestran los ejecutores de esos actos. Basta señalar en tal sentido que: "Así pues iniciaban la ejecución: cinco militares alemanes cogían cinco víctimas, las hacían entrar en la cantera que estaba débilmente iluminada por antorchas sostenidas por otros militares colocados a una cierta distancia el uno del otro y las acompañaban hasta el fondo, haciéndolas pasar a otra cantera que se abría horizontalmente. Una vez aquí obligaban a las víctimas a arrodillarse y luego cada uno de ellos tiraba contra la víctima que le correspondía" (fs. 224/225) "El triste espectáculo de los cadáveres que después de las primeras ejecuciones se presentaba a la vista de las víctimas cuando éstas entraban en la cantera y se arrodillaban para ser fusilados, ha sido expresado brevemente por el testigo Amons que, presente en la ejecución, no disparó porque no tuvo la fuerza de hacerlo. El dice (audiencia del 12/6/1948): 'Habría debido disparar pero cuando fue levantada la antorcha y ví a los muertos me desmayé...'" (fs. 226). "El modo como fue llevada a cabo la ejecución, con crueldad, visto que las víctimas que esperaban en la explanada situada delante de la entrada de la cantera oían, mezclados con los tiros, los angustiosos gritos de las víctimas que los habían precedido y después, una vez en el interior, podían percibir con el claror (resplandor) de las antorchas los cadáveres de aquéllas, esparcidos o amontonados..." (fs. 298).

74) Que, desde otra perspectiva, resultan evidentes las motivaciones de persecución racial que se manifiesta en el porcentaje de víctimas de determinado origen, pues como resulta del Informe Complementario emitido por la Fiscalía Militar de Roma: "Había 75 ciudadanos incluidos en la lista de la sanción colectiva por su mera pertenencia a la comunidad israelita de Roma. La mayor parte de aquellos (57), en el momento de la formación de las listas, estaba detenida sólo en base a una precedente orden general de batida y estaban en espera de ser enviados a los campos de concentración por su pertenencia étnica. Los otros 18 ciudadanos judíos fueron incluidos en las listas para alcanzar el número requerido para la ejecución de la sanción colectiva" (fs. 147/148; ver asimismo fs. 135).

En el mismo sentido, se patentiza la incidencia del odio racial en el procedimiento seguido cuando se informa que existían 290 víctimas, de las cuales 57 "...eran hebreos detenidos sólo en ocasión de la redada y en espera de ser enviados a un campo de concentración" (fs. 214) y que en la lista "... muchos eran los detenidos por reatos comunes y los hebreos arrestados por motivos raciales" (Fs. 218), entre los que incluso se hallaba un menor de quince años "arrestado por ser hebreo" (fs. 218).

75) Que, en las condiciones descriptas, los crímenes de guerra cuya perpetración se imputa a Priebke, configuran delitos contra la humanidad integrados con elementos de genocidio. Esta calificación explica que el país requirente haya procedido a solicitar la extradición, sin perjuicio del juzgamiento definitivo incluso sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar donde se ha cometido (arts.75, inc. 22 y 118 de la Constitución Nacional y arts. II, III, V, VI y VII de la Convención para la Prevención y

la Sanción del Delito de Genocidio).

76) Que tal calificación, que atiende a la comisión de delitos contra la humanidad, responde a los principios del jus cogens del derecho internacional. En esas condiciones, y dado que dichos delitos son imprescriptibles, corresponde hacer lugar a la extradición solicitada.

77) Que en el examen de la conclusión antecedente no puede ahora soslayarse que las dos cámaras del Congreso de la Nación han sancionado la ley que aprueba la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y lesa humanidad, y aunque dicha ley no ha sido aun promulgada ni se ha efectuado el depósito del instrumento de ratificación respectivo -recaudos necesarios para su entrada en vigencia- los órganos relevantes del Estado Argentino tanto para la conducción de las relaciones exteriores como para la aceptación de los tratados (arts. 99, inc. 11, y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), han expresado su voluntad en sentido coincidente con los principios del jus cogens.

Por ello, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la extradición de Erich Priebke por la muerte de las trescientas treinta y cinco personas por la que fue solicitada. - Julio S. Nazareno. - Eduardo Moliné O'Connor.

Voto del señor Ministro Doctor Don Gustavo A. Bossert

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia (fs. 956/978), el Ministerio Público dedujo el recurso ordinario de apelación previsto en el artículo 24, inciso 6º, del decreto-ley 1285/58 que fue concedido (fs. 981), el señor Procurador General al expresar agravios en esta instancia (fs. 991/995) solicitó que se revocase la resolución apelada y la defensa, al contestar a fs. 1005/1044 el traslado que se le corrió, pidió que se confirmara.

2º) Que el pedido de extradición se fundó en la orden de captura dispuesta por el Juez de las Investigaciones Preliminares ante el Tribunal Militar de Roma don Guiseppe Mazzi el 9 de mayo de 1994 (fs. 112/124). Según surge de este documento y de los restantes que se acompañan a esa solicitud, el hecho imputado a Erich Priebke consiste en "haber -como miembro de las fuerzas armadas alemanas enemigas del Estado Italiano, en concurso con Kappler, Herbert y otros militares alemanes, con repetidas acciones ejecutivas del mismo diseño criminal y actuando con crueldad hacia las personas, provocado la muerte de n. 335 personas en su mayor parte ciudadanos italianos, militares y civiles que no participaban en operaciones bélicas, disparando premeditadamente contra ellos algunos tiros. En Roma en la localidad 'Cave Ardeatine' el 24 de marzo de 1944 durante el estado de guerra entre Italia y Alemania" (confr. fs. 112/123).

3º) Que de acuerdo a la reseña formulada en primera instancia y no cuestionada por las partes (confr. fs. 856/857), el hecho habría ocurrido pocos meses después del armisticio firmado por Italia con las naciones aliadas en guerra contra Alemania el 8 de septiembre de 1943. Mientras el ejército alemán ocupaba militarmente la zona septentrional y central de Italia, por iniciativa de grupos civiles y castrenses, nacían organizaciones clandestinas de tipo militar para resistir a las fuerzas armadas alemanas y liberar el territorio italiano.

4º) Que el 23 de marzo de 1944 en el centro de Roma, en la calle Rasella, un grupo de

militantes de la resistencia habría hecho explotar una bomba en momentos en que pasaba una compañía alemana del Batallón "Bozen", lo que ocasionó la muerte instantánea de veintiséis militares alemanes, suma que en las horas posteriores se elevó a treinta y dos como consecuencia de las graves heridas recibidas por algunos de los sobrevivientes.

5°) Que el Alto Mando Alemán habría dispuesto una sanción colectiva consistente en el fusilamiento de diez ciudadanos italianos por cada alemán muerto, practicándose la ejecución en la denominada "Cave Ardeatine" o "Fosas Ardeatinas", el 24 de marzo de 1944.

6°) Que trescientas treinta y cinco personas entre civiles y militares, ajenas a las operaciones bélicas, fueron fusiladas. Ese número incluyó ciento cincuenta y cuatro que se hallaban detenidas a disposición del Tribunal Militar Alemán por estar sujetas a investigaciones policiales, veintitrés detenidas a disposición de ese Tribunal en espera de juicio, tres condenadas a muerte cuya pena aún no se había ejecutado, dieciséis condenadas a penas de entre 1 y 15 años de privación de libertad, setenta y cinco hebreos, cuarenta arrestadas por motivos políticos a disposición de la Jefatura de Policía, diez detenidas por razones de seguridad pública a disposición de esa autoridad, diez arrestadas en las cercanías de la calle Rasella, una absuelta por el tribunal Militar Alemán y tres no identificadas (fs. 174/324).

7°) Que se arribó a ese total por cuanto a las trescientas veinte víctimas originales, resultantes de la decisión de ejecutar diez italianos por cada militar alemán muerto, el Jefe de la Policía de Seguridad Alemana -teniente coronel Herbert Kappler- habría resuelto, frente al deceso de otro de los heridos, añadir diez nombres más a la primera lista preparada para la ejecución, lo que así se habría hecho trasladando a las víctimas en camiones hasta las "Fosas Ardeatinas", donde "habían sido retenidas y en estado de espera, con las manos atadas detrás de la espalda, en la explanada situada delante de la entrada de la cantera, desde donde aquéllas oían, mezclados con las detonaciones, los últimos gritos angustiosos de las víctimas que las habían precedido"; "Además, éstas, nada más (al) entrar en la cantera para ser fusiladas podían ver, con la luz de las antorchas, los numerosos cadáveres amontonados de las víctimas precedentes"; "Finalmente, tenían que subir encima de los cadáveres amontonados y, una vez allí, eran obligadas a arrodillarse con la cabeza inclinada hacia delante para ser golpeadas a muerte"; "las víctimas, antes de ser fusiladas, fueron sometidas a un sufrimiento moral grande, inhumano y cruel" (fs. 311/313).

8°) Que ellas habrían sido ultimadas en grupos de a cinco con un tiro en la nuca, completándose la ejecución a las siete de la tarde, luego de lo cual se voló la cantera para sellarla. Un día después se habría advertido que, debido a un error, éstos habían sido trescientos treinta y cinco y no trescientos treinta como se había ordenado.

9°) Que para resolver como lo hizo, el a quo consideró que si bien lo concerniente a la aplicación del tratado suscripto con la República de Italia en 1886 y ratificado por la ley 3035 se encontraba firme en esa instancia, era correcto lo resuelto por el juez sobre la base del principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional). Del mismo modo estimó que la calificación del hecho como homicidio -efectuado en la instancia anterior- había quedado firme al no ser apelada por el Ministerio Público y que, más allá de que fuese opinable si los crímenes de guerra integraban el derecho positivo argentino, no podía encuadrarse el hecho en esa figura tanto por lo establecido en el art. 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como por la reserva que oportunamente la República Argentina había formulado al segundo párrafo del mencionado artículo. Por

último señaló que la acción por el delito imputado a Priebke se encontraba prescripta independientemente de que se adopten las disposiciones del anterior o del actual tratado de extradición con Italia. Y agregó que ello era así por cuanto entre la fecha de comisión de los hechos y la de formulación del requerimiento, había transcurrido con exceso el término de quince años fijado en nuestra ley penal para la prescripción de la acción aún cuando se computara la sentencia del Tribunal de Roma del 19 de febrero de 1962 -que juzgó el hecho respecto de otros imputados- como último acto interruptivo de la prescripción.

10) Que el señor Procurador General en su expresión de agravios insistió en la postura inicial del ministerio público acerca de que los homicidios por los que se había solicitado la extradición de Priebke configuraban crímenes de lesa humanidad equiparables en cuanto a sus efectos con los crímenes de guerra y que desde esta comprensión había sido efectuado el requerimiento de asistencia internacional. Sostuvo que ello era así en la medida en que la comisión de esos hechos afectaba a la humanidad en su conjunto y a las normas del derecho de gentes, con lo cual quedaba involucrado en autos el principio de inexorabilidad de su juzgamiento, del que se deriva como corolario lógico el de su imprescriptibilidad.

Afirmó, respecto a la existencia de un tratado bilateral que regula el procedimiento de extradición y en el que no se habría hecho referencia a este tipos de delitos -crímenes de guerra o de lesa humanidad-, que la falta de inclusión, "dentro de un catálogo de presupuestos en los convenios entre ambas repúblicas, no puede desvirtuar la finalidad del acuerdo, que en definitiva es la asistencia jurídica mutua" por lo que ante lo no "expresamente contemplado en el contrato internacional debe resolverse acudiendo a otros principios que rigen las relaciones internacionales" (fs. 993). Por último destacó la supremacía de la ley 23.379 -que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos Adicionales del 10 de junio de 1977- respecto de las disposiciones del Título X del Libro Primero del Código Penal referentes a la prescripción de la acción (fs. 994/994 vta.).

11) Que al contestar los agravios formulados por el señor Procurador General la defensa sostuvo la imposibilidad de cambiar la calificación del hecho formulada por la autoridad italiana; la insoslayable aplicación del respectivo tratado de extradición firmado entre los países reclamante y reclamado, que a su juicio es el aprobado por ley 3035; el total respeto que debía observarse a la prescripción respecto de los delitos; y la imposibilidad de aplicar al caso normas no vigentes al momento de los hechos pues ello vulneraría el principio de la ley ex post facto reconocido por nuestro derecho penal y consagrado constitucionalmente después de la reforma de 1994 al asignársele jerarquía constitucional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

12) Que en primer término corresponde determinar el régimen aplicable al presente pedido de extradición. Como principio, esta Corte ha sostenido en diversos pronunciamientos, la mayoría de ellos vinculados con el tratado de extradición con Italia aprobado por ley 3035, que el convenio que corresponde aplicar es el vigente al momento de la solicitud de extradición. Tal temperamento fue el seguido en los precedentes registrados en Fallos: 90:409, pág. 421; 91:130; 113:364 y 114:278.

En lo que aquí interesa cabe destacar los argumentos vertidos por el señor Procurador General en el tercero de esos casos, en cuanto sostuvo que la causa debía ser decidida con arreglo a las estipulaciones del tratado vigente al momento en que se había presentado la requisitoria sobre la base de que en su artículo 21 se prescribía que comenzaría a hacerse efectivo desde el día del canje de las ratificaciones, entendiéndose

por ello, que a partir de esa fecha los países contratantes se obligaban a la recíproca entrega de los delincuentes que se encontrasen en las condiciones pactadas. Agregó que la disposición del artículo 18 de la Constitución Nacional, no era óbice para tal interpretación, dado que las convenciones sobre extradición no constituyen leyes penales, sino meras formas de procedimientos para la entrega de los procesados o condenados, según la reiterada jurisprudencia de la Corte (Fallos: 110:412), y por consiguiente son disposiciones de orden público respecto (le las cuales no rige el principio de la no retroactividad de las leyes (Fallos: 95:201).

En lo que atañe al caso, el nuevo tratado aprobado por ley 23.719 establece en su artículo 25, segundo párrafo, que "La presente convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente al vencimiento del período de tres meses desde la fecha del intercambio de los instrumentos de ratificación", en virtud de lo cual su vigencia se remonta al 1° de diciembre de 1992. Asimismo, el quinto párrafo del citado artículo dispone que a la fecha de entrada en vigor de la presente convención "terminará la convención de extradición entre la República Argentina y el Reino de Italia, firmada en Roma el 16 de junio de 1886 y su protocolo adicional firmado en Roma el 9 de junio de 1904".

Es decir que las razones expuestas en la primera parte del dictamen del Procurador General ya citado, son aplicables al sub lite porque el momento de vigencia fue determinado en ambos instrumentos del mismo modo; a lo que cabe agregar que el convenio de 1987 es aún más terminante sobre el punto porque prevé expresamente la imposibilidad de aplicar el tratado anterior, sin que la cláusula que así lo dispone haya sido tachada de inconstitucional por la defensa.

En cuanto a la imposibilidad de aplicar retroactivamente el tratado de 1987 debe tenerse presente que las normas sobre extradición no son reglamentarias del artículo 18 de la Constitución Nacional sino del artículo 14 de la Carta Magna, en tanto no es la finalidad de estos procedimientos la determinación de la culpabilidad del sujeto requerido por el hecho por el que se lo solicita, sino que importan excepciones a la libertad de entrar, permanecer y salir del país (doctrina de Fallos: 311:1925; C.801.XXIV, "Canda, Alejandro Guido s/ extradición", considerando 8°, resuelta el 23 de febrero de 1995 y A.83.XXIV, R.O. "Juez de Foz de Iguazú-Brasil s/pedido de extradición del señor Jorge Américo Arena, fallada el 4 de mayo de 1995, considerando 7° del voto de la mayoría y del voto de los jueces López y Bossert, y considerando 3° del voto del juez Petracchi), garantías respecto de las cuales ningún extranjero tiene un derecho irrevocablemente adquirido.

Y ello es así porque como ya se sostuvo desde antaño "...los tratados de extradición, que mediante la recíproca entrega de los procesados ó condenados, se proponen la represión de la criminalidad, y tienden á la seguridad pública é individual, en las potencias signatarias, son por excelencia leyes de orden público y el cumplimiento de estas disposiciones, rigen los hechos anteriores sujetos á extradición, sin que el refugiado pueda oponer contra ellas ningún derecho adquirido, porque el interés de todos, la justicia y las buenas costumbres exigen la inmediata aplicación de esas leyes, salvo disposición en contrario (Montes de Oca, Introducción General al Estudio del Derecho, 1° edición, N° 121; Roussel, Enciclopedia du Droit, página 101)" (de la resolución de primera instancia publicada en Fallos: 58:11, página 29), pues como sostiene Billot cuando esa regla no fuere expresamente pactada, la retroactividad surge de la naturaleza y carácter de la convención ("Traité de l'Extradition Suivi d'un Recueil de Documents Étrangères", p. 261, E. Plon & Co., París, 1874).

13) Que precisamente fue este el criterio seguido por el Tribunal en los casos registrados en Fallos: 304:1378 y 305:771, en los cuales en virtud de la cláusula del artículo 22, tercer párrafo, segunda parte, del tratado de extradición celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica y aprobado por ley 19.764, se aplicaron, a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, las cláusulas que por ley 3759 regían las relaciones bilaterales hasta ese momento.

14) Que por todo lo expuesto este Tribunal considera que el presente trámite de extradición se encuentra regido por el convenio celebrado por nuestra república con la de Italia en el año 1987 y aprobado por ley 23.719 y descarta por inadmisibles la postura del ministerio público acerca de que la solicitud tramite "según el principio de reciprocidad o la práctica uniforme de las Naciones" conforme lo prescripto por el artículo 646, inciso 22, del Código de Procedimientos en Materia Penal, frente a la constante y reiterada jurisprudencia que establece que cuando hay tratado el pedido de auxilio internacional debe regirse por este (Fallos: 32:331; 49:15; 59:146; 96:305; 108:14; 111:35; 114:383; 129:34; 146:388; 170:406; entre muchos otros).

15) Que esta última hipótesis no determina la exclusión del derecho de gentes, pues en la medida en que éste sea aplicable para la adecuada solución del caso, tal aplicación será inexcusable para el juzgador en función de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 48, pues debe contemplarse la circunstancia de que como toda regla de derecho internacional, convencional o consuetudinaria, un tratado no se aplica en "vacío" sino en relación con hechos y dentro de un conjunto más amplio de normas que integran el sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar y del cual no es más que una parte (conf. C.I.J. Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between Who and Egypt, Advisory Opinión, I.C.J., Reports 1980, pág. 76 y Legal Consequences for Status of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinión, I.C.J., Reports 1971, pág. 16 ad. 31, citadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas OC-3/83, "Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos", párrafos 44, Serie A, N° 3 y OC-10/89 "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", párrafo 37, Serie A, N° 10).

16) Que por lo expuesto la interpretación del convenio no puede efectuarse tomando a éste como una norma aislada y estática, sin dentro del marco del progresivo desarrollo de la materia de que se trata (M.60.XXIV, "Mangiante, Guillermo Eduardo c/AADI-CAPIF Asociación Civil Recaudadora s/cubro de pesos", considerando 82, in fine, resuelta el 23 de febrero de 1995), computando a esos efectos la legislación vigente, la costumbre internacional y los principios generales del derecho en ese ámbito, que forman parte del derecho interno argentino (N.70.XXIII, "Nadel, León y otro s/ contrabando", considerando 12, párrafo 39, del voto de la mayoría y considerando 9°, in fine, del voto del juez Boggiano, resuelta el 6 de abril de 1993).

17) Que en este contexto normativo se celebró el tratado de Extradición aprobado por ley 23.719 según fue expuesto por el miembro informante ante la Cámara de Diputados con motivo del debate previo a la sanción de esa ley, al expresar que respondía a las normas más modernas en la materia con el objeto de coadyuvar a hacer más eficaz y estrecha la colaboración de la República Argentina (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 13 de septiembre de 1989, pág. 3235); expresiones cuyo valor a los fines interpretativos de la ley ha sido destacada por esta Corte en Fallos: 182:486; 250:507; 296:253; 306:1047 y, más recientemente, en la causa C.373.XXV, "Cardinale, Miguel

Angel c/ B.C.R.A. s/ incidente de ejecución de sentencia", considerando 52, primer párrafo, fallada el 17 de noviembre de 1994.

18) Que el mencionado propósito de colaboración ha sido puesto de manifiesto en reiterados pronunciamientos como criterio rector que debe regir en los trámites de extradición, al sostenerse invariablemente que por razones elementales de orden social de aplicación universal corresponde facilitar la entrega y que, a esos fines el estudio de los tratados y las leyes debe realizarse con espíritu ampliamente auspicioso al propósito de beneficio universal de perseguir el juzgamiento de los criminales o presuntos criminales por los tribunales del país en que han delinquido, cuando lo requieren en forma los países con los cuales mantiene vínculos de cooperación, pues así no desmedra su soberanía y facilita el imperio de la justicia (Fallos: 154:336; 156:169, pág. 180; 166:173, págs. 176/177; 174:325, pág. 330; 178:81, págs. 83 y 85; 189:118; 216:285, pág. 290; 236:306, pág. 310; 263:448, considerando 4°, entre muchos otros).

19) Que en este marco y a los fines de cumplir con el requisito de "doble subsunción" o "doble incriminación" contenido en el artículo 2° del tratado cabe señalar, en cuanto a la calificación del hecho que motiva la solicitud que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, los tribunales del país requerido no pueden modificar el encuadre legal efectuado por los del requirente, porque ese extremo resulta ajeno al trámite de la extradición y cualquier discrepancia al respecto debe ser resuelta en el proceso penal pertinente (doctrina de Fallos: 284:459 y en especial 305:725). Por tal motivo es ajeno a la función de este tribunal mutar la calificación (ILI delito efectuada por Italia al momento de introducir el pedido de extradición y que es, precisamente, la que señala el tribunal de la instancia anterior: "participación en violencia con homicidio continuado agravado por haber provocado la muerte de 335 personas el día 24 de marzo de 1944, actuando en concurso con otras personas y mediante el uso de armas de tiro (delito previsto y castigado por los artículos 13 y 185 del Código Penal Militar, en relación con los artículos 81, 110, 575 y 577 del Código Penal ordinario)" (confr. fs. 853 y 960).

20) Que en la medida en que la "doble subsunción" también requiere que el hecho en que se funda la requisitoria sea punible para el ordenamiento jurídico del país requerido, corresponde des tacar que a los efectos de establecer ese recaudo la práctica de los Estados en la materia tiende a abandonar el criterio de valoración de ese extremo in concreto, que lo hace reposar exclusivamente en la denominación del delito y en una estricta interpretación de los elementos típicos que lo configuran -como parece haber sido el adoptado por el tribunal apelado-, para enrolarse en el criterio in abstracto a partir de la sustancia criminal del hecho con prescindencia del apego estricto al nomen iuris del tipo legal, que evita que la eficacia del instituto de la extradición se vea frustrada u obstaculizada con motivo de las diferencias propias que reconocen las calificaciones legales de los Estados Parte con apoyo en los distintos sistemas penales de los países que asumen este tipo de cooperación internacional (conf. Gilbert, Geoff "Aspects of International Law", págs. 47/52, Martines Nijhoff Publishers, 1991, The Netherlands).

21) Que tal temperamento ha sido el adoptado por este Tribunal al considerar cumplido el recaudo de doble incriminación en los casos en que los tipos penales contenían los mismos elementos que fundaban aquella, aunque difiriesen en particularidades en virtud del régimen jurídico propio en el que se insertaban (Fallos: 70:79); a lo cual agregó que ese examen no ha de realizarse en un mismo plano de análisis, pues mientras que la adecuación del hecho a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que aquél pretende probar, el encuadre al derecho interno del requerido se realiza sobre la base de que ese mismo hecho, hipotéticamente, cayera bajo su ley

(confr. Fallos: 315:575, considerando 5° y sentencia del 20 de diciembre de 1994, recaída en la causa

22) Que, por ende, los tribunales de nuestro país no se encuentran afectados por la calificación efectuada por el requirente (Fallos: 306:67) o el nomen iuris del delito contenido en la solicitud de extradición (Fallos: 284:459), sino que lo decisivo es la "sustancia de la infracción" (confr. fallos citados y Fallos: 314:1132, considerando 7°). En otros términos, lo relevante es el examen de los hechos descriptos en la requisitoria y su documentación adjunta a los efectos de su subsunción en nuestro ordenamiento jurídico.

23) Que a partir del contexto fáctico reseñado en los considerandos 2° a 8° de la presente, un examen del ordenamiento jurídico vigente que compute la totalidad de los preceptos con contenido penal que lo integran pone en evidencia que si bien los atentados contra la vida se encuentran principalmente contemplados en los Códigos Penal y de Justicia Militar en cuanto a él remite en materia de delitos comunes (artículo 870), esta sistematización no es excluyente de otras figuras penales que protegen el bien jurídico de la vida en circunstancias tales como las ut supra reseñadas.

24) Que, en efecto, los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra aprobados por decreto-ley 14.442, ratificado por ley 14.467, prohíben al "homicidio intencional" u "homicidio adrede" cometido contra prisioneros de guerra y población civil en tiempos de guerra, comprometiéndose las Partes Contratantes "...a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer" tales actos (artículos 129 y 130 del Convenio 3 y, 146 y 147 del Convenio 4).

25) Que esta descripción típica se complementa con la del Protocolo Adicional I de 1977 (artículo 72), aprobado por ley 23.379, en cuanto establece que "Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes o civiles o militares: a) atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular: i) el homicidio... d) las penas colectivas" (artículo 75 de aplicación tanto a las hipótesis del artículo 73 como del 45).

26) Que el desconocimiento de una prohibición de esta especie constituye "infracción grave" a los convenios internacionales sobre derecho humanitario en materia de trato de prisioneros de guerra y de población civil en el marco de un conflicto armado internacional, considerada como "crimen de guerra" por el artículo 85, apartado 5°, de este mismo Protocolo I.

27) Que este encuadre legal no desplaza la concurrencia, respecto de los mismos hechos, de delitos de lesa humanidad en la medida en que no puede descartarse la satisfacción de un propósito de odio racial o religioso en la ejecución de la sanción colectiva o represalia, evidenciado en que un número significativo de víctimas pertenecían a la comunidad hebrea (artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

Sin embargo toda vez que la calificación como "crimen de guerra abarca la totalidad de atentados contra la vida por los que fue pedida la presente extradición, deviene innecesaria examinar la entrega a la luz de aquél encuadre legal y, en consecuencia, el Tribunal adopta -al sólo efecto de determinar la viabilidad del pedido de cooperación internacional- la calificación de "delito internacional" o "delito contra el derecho de gentes": específicamente "crimen de guerra", sin perjuicio de la concurrencia antes mencionada.

28) Que tal obrar se lo impone el cumplimiento del deber que le compete de decir el derecho vigente aplicable al caso en el ejercicio de su elevada misión de administrar justicia, con la contribución que ello importa a la realización del interés superior de la comunidad, y del que se apartaría si se limitase a subsumir los hechos como homicidios o asesinatos en el marco de las disposiciones del Código Penal o, incluso, del Código de Justicia Militar en cuanto a él remite.

29) Que ello es así ya que las descripciones típicas contenidas en estos preceptos legales de atentados contra la vida -homicidio- no abarcan íntegramente la "sustancia de la infracción" que se atribuye a Erich Priebke, como sucede con las previsiones de los instrumentos internacionales antes mencionados en la medida en que estos últimos contemplan, a diferencia de aquéllos, circunstancias tales como que su participación en los hechos habría consistido en el asesinato de 335 personas integrantes de la población civil y prisioneros de guerra en un conflicto armado internacional del alcance que tuvo la segunda guerra mundial, privadas de su vida en el alegado marco de la ejecución de una sanción colectiva o represalia en territorio ocupado por parte de las fuerzas armadas militares alemanas.

30) Que supuestos como el de autos constituyen atentados contra el derecho elemental de la vida cuyo reconocimiento se postula por la propia naturaleza humana, de modo tal que aun en tiempos de guerra en que ciertos derechos sufren un eclipse parcial o temporáneo subsiste siempre la conservación, como intangible, de la protección al bien jurídico vida dentro de un mínimo internacional o de un mínimo de orden jurídico interno admitido internacionalmente y que no se puede desconocer (conf. Jules Paoli, Contribution a l'Etude des Crimes de Guerre et des Crimes contre l'Humanité en Droit Penal International en Revue Générale de Droit International Public, 3 série, T. 48/49 - 1941/1945-, págs. 129/165, París).

31) Que tales conductas fueron tradicionalmente incluidas dentro del concepto de "crímenes de guerra" y abarcan las violaciones a las leyes y usos aplicables para el trato de prisioneros de guerra y población civil en conflictos armados internacionales, sin perjuicio de concurrir en algunos casos real o idealmente, con crímenes contra la humanidad, cuyo presupuesto básico común -aunque no exclusivo- es que también se dirigen contra la persona o la condición humana y en donde el individuo como tal no cuenta, contrariamente a lo que sucede en la legislación de derecho común nacional, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción (conf. Jean Graven, Les Crimes contre l'Humanité, Chapitre III, Synthèse et Construction de la Théorie Juridique des Crimes contre l'Humanité, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, T. 76 (1950), págs. 539/601).

32) Que es justamente por esta circunstancia de la que participan tanto los tradicionalmente denominados "crímenes de guerra" como los delitos contra la humanidad, que se los reputa como delitos contra el "derecho de gentes" que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, porque merecen la sanción y la reprobación de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales (conf. Díaz Cisneros, César en Derecho Internacional Público, Tomo I, págs. 278/282, Editorial T.E.A., Buenos Aires, 1955 y Cherif Bassiouni, M. en Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional, págs. 68/69, Editorial Tecnos, Madrid, 1984),

33) 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, la única salvaguarda posible contra los desbordes de los Estados particulares para la

protección de bienes esenciales -entre los que indudablemente se encuentra la vida- se halla, precisamente, en los principios y usos sancionados por la común conciencia jurídica y que se ha ido desarrollando progresivamente en la formulación de un derecho internacional general en materia de sanción de actos atentatorios de intereses internacionalmente protegidos.

34) Que, en las actuales circunstancias de las relaciones internacionales a las que la Corte debe atender (M.817.XXV, "Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios", resuelta el 22 de diciembre de 1994) el Tribunal estima que los "crímenes de guerra", según la modalidad en que han sido encuadrados los hechos de autos, se ajustan en su tipificación, y desde el punto de vista penal, a los caracteres que el derecho internacional general les reconoce.

35) Que tales particularidades han sido resumidas del siguiente modo: a) la conducta en cuestión es considerada delictiva por las legislaciones nacionales; b) por medio de obras doctrinales y a partir de reuniones internacionales ha surgido la conciencia de la necesidad de su prohibición a nivel internacional; c) se ha elaborado un proyecto o un tratado, en una primera fase, únicamente para declarar la conducta como atentatoria o constitutiva de una violación del Derecho Internacional; d) a ello ha seguido generalmente uno o más convenios adicionales, cada uno de los cuales ha añadido determinaciones más específicas al precedente y, e) como paso final, se ha declarado que el comportamiento en cuestión constituye un delito internacional sometido al principio de competencia universal en su persecución, a cuyo efecto los Estados signatarios se comprometen a tipificarlo en sus Derechos Penales internos y, en consecuencia, a perseguir a sus autores o a conceder su extradición (Cherif Bassiouni, obra cit., págs. 68/69).

36) Que los "crímenes de guerra" reconocen sus fuentes formales en "las leyes y usos de la guerra" contenidas en buena parte del derecho de guerra consuetudinario de los siglos XVII y XVIII que, a mediados del siglo XIX, comenzó su codificación bajo el influjo del positivismo jurídico en el derecho internacional plasmado, en materia de guerra terrestre, en una serie de instrumentos de esa índole como la Declaración de Bruselas de 1874, recogida por la Primera Conferencia de la Paz de La Haya del 29 de julio 1899 referente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre a la que, por ley 5082, el Congreso Nacional autorizó al Poder Ejecutivo para adherir y, posteriormente, en el Convenio IV aprobado en la Segunda Conferencia sobre la Paz de la Haya, celebrada en 1907, a las que siguió la Convención de Ginebra de 1929 sobre el tratamiento de prisioneros de guerra, que recibió la adhesión de la República Argentina por decreto 88.315 del 4 de abril de 1941.

37) Que estos instrumentos internacionales comenzaron por imponer la obligación de que los prisioneros de guerra fueran tratados con humanidad (artículo 4° del Convenio de La Haya de 1889) y, progresivamente, prohibieron las penas colectivas, pecuniarias o de otro género contra las poblaciones por razones de hecho responsables solidariamente (artículo 50 de la Convención de 1907) hasta introducir innovaciones al derecho consuetudinario heredado al fijar limitaciones convencionales a un procedimiento tradicional en la aplicación del derecho de guerra que era el recurso a la represalia (artículo 2 de la Convención de 1929; conf. Oppenheim, L. en Tratado de Derecho Internacional Público, Tomo II, Volumen II, págs. 136/141, Casa Editorial Bosch, España, 1967).

38) Que contemporáneamente a este desarrollo del derecho humanitario internacional surgió la sistematización de infracciones cometidas en violación de las leyes y

costumbres de guerra y de las leyes de la humanidad que incluyó el "homicidio", "las masacres" y "la imposición de penas colectivas" (conf. documento final aprobado por la Comisión de Responsabilidad y Sanciones en materia de criminales de guerra que se creó después de la Primera Guerra Mundial en las Conferencias Preliminares de la Paz de 1919, receptado por el Comité de Investigación de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas en Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, págs. 40/44, Documentos Oficiales de la Asamblea General A/CN.4/368 del 13 de abril de 1983. Asimismo, Yearbook of the International Law Comisión 1950, Volumen II, pág. 264).

39) Que en ese mismo orden de ideas el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg calificó como "crímenes de guerra" las violaciones o las leyes o costumbres de la guerra, entre las que incluyó el asesinato de población civil de un territorio ocupado o que se encuentre en él, de prisioneros de guerra y de rehenes y como crímenes de lesa humanidad el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido. Análoga descripción adoptó el Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente (apartados b y c de los artículos 5 y 6, respectivamente, conf. documentos oficiales obrantes en el compendio citado, págs. 33/56).

40) Que la Asamblea General de las Naciones Unidas mantuvo esta configuración tanto en su Resolución 3 (I) del 13 de febrero de 1946 al recomendar e instar a los Estados, miembros o no miembros, a la extradición y castigo de los responsables de crímenes de guerra cometidos durante la segunda guerra mundial como al aprobar por unanimidad la Resolución 95 (I) que confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y sus sentencias (conf. compendio citado, págs. 79/82).

41) Que la Comisión de Derecho Internacional de ese organismo formuló esos principios, en virtud de la encomienda recibida por resolución 177 (I) del 21 de noviembre de 1947 con el fin de estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación de acuerdo al inciso "a", párrafo 1° del artículo 13 de la Carta Orgánica de las Naciones Unidas (conf. texto en Documentos Oficiales, Segundo Período de Sesiones de la Asamblea General, Resoluciones del 16 de septiembre al 29 de noviembre de 1947, pág. 63, Lake Success, Nueva York).

42) Que al efectuar esa enunciación la Comisión mantuvo el mismo nomen juris y descripción de los hechos reputados como "crímenes de guerra" a la vez que los calificó como "delitos de derecho internacional" y "punibles", como tales, en ese ámbito (principio VI) especificando que "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción" (principio I) sin que la circunstancia de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional exima de responsabilidad, en ese ámbito, a quien lo haya cometido (principio II) (conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, párrafos 98/102 y 119, período comprendido entre el 5 de junio y el 29 de julio de 1950, Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quinto Período de Sesiones, Suplemento n° 12 -A/1316-, págs. 11/15, Lake Success, Nueva York, 1950).

45) Que la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz,

celebrada en Chapultepec, en los meses de febrero y marzo de 1945, repudió en su Acta Final los crímenes de guerra acaecidos en la segunda guerra mundial como "horrendos crímenes en violación de las leyes de la guerra, de los tratados existentes, de los preceptos del Derecho Internacional, de los códigos penales de las naciones civilizadas y de los conceptos de civilización" en su Resolución VI "Crímenes de Guerra", documento al que adhirió la República Argentina por decreto N° 6945/45, aprobado por ley 12.837.

46) Que en este contexto internacional y en opinión de la Corte Internacional de Justicia, los Convenios de Ginebra de 1949 tienen tanto un carácter consuetudinario como convencional ya que en gran medida expresan los principios generales básicos del derecho internacional humanitario (C.I.J. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, Reports 1986, parágrafo 218) y junto con los Protocolos Adicionales de 1977 que los complementan (artículo 72), constituyen el reflejo del máximo desarrollo progresivo experimentado por el derecho humanitario en el ámbito internacional convencional (conf. Draper, *Orígenes y aparición del Derecho Humanitario en Las Dimensiones Internacionales del Derecho Humanitario*, págs. 81/93, Instituto Henry Dunant, Unesco, Editorial Tecnos, 1990).

47) Que el catálogo de "infracciones graves" en ellos contemplado sirvió de fundamento al proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad cuya discusión se inició en 1950 en el seno de las Naciones Unidas, aprobado en primera lectura en el año 1994, como así también en el proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional cuya creación se debate en ese ámbito.

48) Que en estos proyectos los atentados a la vida que reúnen las características del hecho que motiva el pedido de autos, son considerados como violatorios de las leyes y costumbres de la guerra y, por ende, calificados como "crímenes de guerra excepcionalmente graves", "violación excepcionalmente grave de los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados" o "violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados" constitutivos de crímenes para la ley internacional" o "crímenes sancionados por el derecho internacional general" (conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, Volumen II ya citado, págs. 277/278 -base de discusión N° 1, crimen IX- y su comentario en págs. 379/830; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1985, Volumen II, Primera Parte, Documentos del Trigésimo Séptimo período de Sesiones de la Asamblea General, págs. 66/85; Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia; Informe de la Comisión de Derecho Internacional -1994- en Documentos Oficiales de la Asamblea General - A/49/10-, págs. 46/50).

49) Que como corolario de lo expuesto cabe considerar al "crimen de guerra", según la modalidad descripta en este pronunciamiento, como delito sancionado por el derecho internacional general y, en la medida en que los delitos contra el derecho de gentes se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino (artículo 118 de la Constitución Nacional) corresponde, por lo tanto, tener por acreditado -al sólo efecto de la "doble subsunción" o "doble incriminación" exigida por el artículo 2° del Tratado de Extradición aprobado por ley 23.719- el carácter delictual de los hechos que motivan el pedido de extradición.

50) Que este criterio encuentra fundamento en que el constituyente, al fijar la jurisdicción internacional penal de la República Argentina para el juzgamiento de los delitos *iuris gentium*, aun cuando fuesen cometidos fuera de los límites de la Nación

(confr. P.541.XXIV, "Peyrú, Diego Alberto s/pedido de extradición", considerando 6° del voto de los jueces Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Levene, López, Bossert y Boggiano, resuelta el 23 de febrero de 1995) sólo habilitó al legislador para que en este último supuesto determinase "por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio" (artículo 118 de la Ley Fundamental).

51) Que a diferencia de otros sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América en el que el constituyente le atribuyó al Congreso la facultad de "definir y castigar" las "ofensas contra la ley de las naciones" (artículo I, Sección 8), su par argentino al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación receptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional -que así integra el orden jurídico general- de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48 ya citado.

52) Que, en tales condiciones, la aprobación por leyes 14.467 y 23.379 de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 es parte de la formación del acto complejo federal que importa la celebración de un tratado, según las previsiones de la Ley Fundamental, al propio tiempo que importa la recepción de la ley internacional dentro de la esfera de validez propia del ordenamiento legal argentino (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, Fallos: 202:353, en lo pertinente; Hans Kelsen, La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración a castigo de los criminales de guerra, págs. 5, 10/11, 35/36, Imprenta de la Universidad de Córdoba, República Argentina, 1944; Werner Goldschmidt, Derecho Internacional y Derecho Interno Argentino, El Derecho, T 7, págs. 784/796. Asimismo, en general, National Implementation of International Humanitarian Law, Proceedings of an International Colloquium held at Bad Homburg, 17 to 19 of June, 1988, Editado por Michael Bothe, Editorial Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1990).

53) Que para su aplicación ha de atenderse al propósito de los tratados humanitarios modernos -entre los que cabe incluir los mencionados instrumentos- que no fue el concederse las Partes Contratantes derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino establecer un orden público común con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion del 28 de mayo de 1951, I.C.J., pág. 12 in fine. De igual manera, Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Serie A y B, N° 2, párrafos 29 y 30).

De allí que sus cláusulas gozan de la presunción de operatividad y así han sido consideradas por la doctrina por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes e individuos sin necesidad de una implementación directa (conf. Krzysztof Drzewicki National legislation as a measure of implementation of international humanitarian law en Implementation of International Humanitarian Law, pág. 111 Editors Frzits Kalshoven and Yues Sandoz, Martinus Nijoff Publishers, The Netherlands, 1989).

54) Que no obsta a esta conclusión que la descripción típica contenida en los mentados instrumentos internacionales no establezca la naturaleza de la pena ni su monto pues su falta de determinación en los propios documentos responde a la modalidad de implementación que infracciones de contenido penal de esa naturaleza reconocen en ese

ámbito, conforme al estado actual de las relaciones internacionales.

55) Que tal circunstancia en modo alguno significa que la incriminación internacional quede librada a la voluntad de los Estados particulares expresada convencionalmente, pues ello es el instrumento de cristalización de los principios y usos de la conciencia jurídica de la sociedad mundial de los que ningún Estado podría individualmente apartarse en la medida en que la formulación del derecho internacional general establece, en la materia, una descripción suficientemente acabada de la conducta punible como así también que su configuración merece una sanción de contenido penal.

56) Que el hecho de que el legislador nacional no haya implementado "sanciones penales adecuadas" para este tipo de delitos, no empece a la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez que este tipo de trámites no tienen por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido sino sólo establecer, como ya se ha dicho, si su derecho de permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional formulada.

57) Que, en consecuencia, el alcance que cabe asignar a la exigencia de pena mínima de dos años privativa de la libertad contenida en el artículo 22 del convenio de 1987 suscripto con la República de Italia, es el de criterio de fijación de un umbral mínimo por debajo del cual los Estados contratantes carecen de interés para poner en movimiento sus mecanismos internos para la colaboración internacional, debido a la escasa "gravedad" de los delitos así sancionados.

58) Que sobre el particular, ya en el precedente registrado en Fallos: 293:64 el Tribunal sostuvo que el propósito de adoptar cláusulas como las contenidas en el artículo recién citado, para delimitar los delitos sujetos a extradición, debían entenderse como encaminados a "excluir la posibilidad de reclamos para aquellos delitos de menor gravedad que no justifican trámites internacionales de este tipo", a la vez que destacó que el juzgamiento en el país requerido sólo surge como obligación frente al rechazo de la solicitud y cuando concurren todos los elementos que la hagan viable, como medio de no amparar delitos de cierta significación (Fallos: 300:996, consid. 5° y 6°), entre los cuales consideró incluidos los delitos contra el derecho de gentes (conf. *mutatis mutandi* causa P.541, L.XXIV., R.O. "Peyrú" ut supra citada).

59) Que este criterio substituyó al de la enunciación taxativa de delitos extraditables - como era el contenido en el Tratado celebrado con Italia aprobado por ley 3035- y ha sido considerado, a la luz del desarrollo progresivo de los principios que rigen la cooperación internacional en materia penal, como más apropiado y eficiente para delimitar los delitos sujetos a extradición, ya que evita que las partes contratantes tengan que acudir a continuas modificaciones convencionales para actualizar la enumeración taxativa frente a cambios introducidos en sus ordenamientos jurídicos represivos (conf. Geoff Gilbert, ob. cit., págs. 38/39).

60) Que es a la luz de estas premisas y por aplicación de las reglas de hermenéutica en materia de interpretación de tratados que dan prioridad a la buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del acuerdo, en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) que deben considerarse incluidos los delitos contra el derecho de gentes - como el que motiva este pedido de extradición- entre aquéllos consagrados en el tratado como extraditables.

61) Que tal conclusión se adecua a la voluntad de las Partes Contratantes reflejada en la

letra del convenio todas vez que la solución contraria conduciría a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, contrario al "principio de efecto útil" al que debe ajustarse su interpretación (conf. Lauterpacht, Hersch en *The Development of International Law by The International Court*, en especial págs. 282/284, Stevens and Sons Limited, London, 1958 y De la Guardia - Delpech en *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, págs. 315 y 323, nota N° 326 inclusive, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1970), ya que los crímenes que reúnen la modalidad descrita en autos y calificados como "delitos de derecho internacional más graves" quedarían excluidos del acuerdo mientras que todos los restantes atentados contra la vida consagrados en el ordenamiento jurídico interno, no obstante su menor entidad, quedarían incluidos en aquél al superar en su mayoría el mínimo de penalidad exigido por el precepto convencional.

62) Que, por lo demás, esta inteligencia del tratado bilateral aprobado por ley 23.719 es la que mejor se concilia con las restantes obligaciones que en materia de asistencia judicial y extradición asumió la República Argentina, al ratificar las previsiones contenidas en los Convenios de Ginebra de 1.949 y su Protocolo Adicional I de 1977, vigentes también para la República de Italia, a partir del 17 de diciembre de 1951 y 12 de diciembre de 1977, respectivamente.

63) Que en lo que aquí concierne, el III y IV Convenio de Ginebra de 1949 establecen que "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuese su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes" (artículos 129 y 146, segundo párrafo, respectivamente).

64) Que, en lo atinente al caso, el Protocolo Adicional I de 1977 establece que "1. Las Atlas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los convenios o del presente protocolo. 2. A reserva de los derechos y obligaciones establecidas por los convenios y por el párrafo 1 del art. 85 del presente y cuando las circunstancias lo permitan, las Atlas Partes contratantes cooperarán en materia de extradición. Tomarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada. 3. En todos los casos, será aplicable la ley de la Alta Parte contratante requerida. No obstante, las disposiciones de los párrafos precedentes no afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones de los párrafos precedentes no afectarán a las obligaciones que emanen de las disposiciones contenidas en cualquier otro tratado de carácter bilateral o multilateral que rija o haya de regir total o parcialmente en el ámbito de la asistencia mutua judicial en materia penal" (artículo 88).

65) Que el hecho de que la República de Italia encuadrara el requerimiento dentro del tratado de extradición aprobado por ley 23.719 y la República Argentina así lo aceptase, constituye un reflejo de la práctica de ambas partes en el cumplimiento no sólo de los compromisos en que consideran comprometidos intereses recíprocos sino también de aquellos otros que conciernen directamente a la comunidad internacional (conf. artículo 31, inciso 3, apartado "b", de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) ya que se "da por supuesto que las partes contratantes abrigan propósitos razonables y no incompatibles con los principios del Derecho Internacional reconocidos en general, ni con las obligaciones convencionales contraídas anteriormente con terceros Estados" (conf. Oppenheim, L. ob. cit. Tomo I, Volumen II, págs. 548/549).

66) Que corrobora esta afirmación la práctica adoptada por la República Argentina en la materia, en la medida en que frente a cláusulas como las del artículo 2° del tratado consideró los "actos de barbarie y de vandalismo prohibidos por las leyes de la guerra" y más modernamente los "crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad" como delitos extraditables en el marco del Acuerdo de voluntades al excluirlos de la categoría de delitos políticos (conf. artículo 8° del Tratado de Extradición firmado con Brasil del 28 de octubre de 1896 aprobado por ley 4027 y, más recientemente, artículo 5°, apartado 1, "c" del Tratado de Extradición con el Reino de España aprobado por ley 23.708).

67) Que este fue el criterio que ya siguió el legislador al aprobar por ley 3035 el tratado de extradición anterior al actualmente vigente con la República de Italia, oportunidad en la cual al debatirse el artículo 6° que enunciaba taxativamente los delitos sujetos a extradición dejó a salvo que esa lista se consideraba -sin necesidad de explicitación- integrada por los delitos incluidos en "convenciones especiales, entre países civilizados" (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional, año 1888, págs. 141/147, especialmente pág. 146, Imprenta de Sud América, Buenos Aires, 1889).

68) Que estas consideraciones dan debida respuesta a los agravios de la defensa al par que son indicativas de que la aplicación de un precepto contenido en un tratado bilateral de extradición con apego a su literalidad y sin una formulación circunstanciada previa conducente a su recta interpretación jurídica, con apartamiento de los criterios de hermenéutica aquí recordados, atenta contra la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doctrina de Fallos: 234:482; 241:277; 249:37; 255:360; 258:75; 281:146 y 302:1611).

69) Que, en cuanto a los reparos de la defensa técnica de Erich Priebke (fs. 365/366; 373/374; 846/847) tendientes a atribuirle carácter esencialmente militar al hecho en que se funda el pedido y por ende excluirlo de la entrega, no cabe sino su rechazo sobre la base de que el mismo artículo 6° del acuerdo bilateral de voluntades que consagra esa excepción excluye del concepto de delito militar el "delito previsto por el derecho común", entendido éste como opuesto al concepto de delito político o de delito esencialmente militar.

70) Que aun cuando se considerara a las leyes 14.467 y 23.379 como "leyes especiales" en el marco de lo dispuesto en el artículo 870 del Código de Justicia Militar, no se configura la mentada hipótesis de excepción toda vez que la incriminación de conductas como las atribuidas a Erich Priebke protegen a la persona más que al individuo y es esta calidad, de algún modo genérica, universal, que exige que la protección del derecho de gentes se ajuste, o al decir de Jean Graven, se superponga a la del derecho común (artículo citado *Les Crimes contre l'Humanité*, pág. 548).

71) Que, en este sentido, esta Corte ha dicho que antes crímenes graves desde el punto de vista de la moral y del derecho común, ni la alegación de propósitos políticos, ni la de supuestas necesidades militares, puede ser admitida como fundamento para negar la extradición por tratarse de hechos delictivos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad (Fallos: 265:219. Conf. en igual sentido, Oppenheim, ob. cit., Tomo II, Volumen II, pág. 139, nota 90 y García Mora, Manuel R. *Crimes Against Humanity and the Principle of Non Extradition of Political Offenders* en *Michigan Law Review*, Vol. 62, págs. 927 y sgtes., April 1964, N° 6).

72) Que así fijados los hechos, su calificación legal para el ordenamiento jurídico argentino y su inclusión dentro de los términos del tratado de extradición que rige este trámite, resta establecer si la acción penal nacida del delito imputado a Erich Priebke se encuentra prescripta. La República de Italia alegó que no lo estaba porque según las disposiciones de su derecho interno correspondía la aplicación de la pena de "ergástolo" -perpetua- declarada imprescriptible. Este extremo no fue objetado, de modo tal que sólo queda por examinar si la acción penal nacida del delito así calificado por el país requerido se encuentra prescripta, supuesto en el cual esta Corte se encontraría obligada a declararlo de oficio (Fallos: 306:386).

Al respecto, ni el Convenio de Ginebra de 1949 ni su Protocolo Adicional I de 1977 contienen previsiones específicas sobre el punto y toda vez que tanto el Código Penal como el Código de Justicia Militar, no contemplan en toda su dimensión el hecho por el que Priebke es requerido, sus normas sobre la materia no son aplicables al caso ni siquiera por reenvío de aquéllos a estas últimas.

73) Que por lo tanto debe recurrirse para resolver el punto a la costumbre internacional y a los principios generales del derecho internacional, que forman parte del derecho interno argentino (N.70.XXIII, "Nadel" antes citado), y que se presentan como las fuentes más adecuadas para dar una respuesta si se tienen en cuenta las condiciones en que se formulan este tipo de delitos en el ámbito internacional para tutelar intereses de los más vitales entre los internacionalmente protegidos.

74) Que los "crímenes de guerra" originaron, ya al finalizar la Primer Guerra Mundial, expresiones de condena y la determinación de llevar ante la justicia a sus autores y partícipes según el artículo 228 del Tratado de Versailles del 28 de junio de 1919 (conf. Compendio de Instrumentos Internacionales pertinentes antes citado, pág. 12; asimismo, Jean Graven, Concepto de crimen de lesa humanidad y caracteres en *Recueil des Tours de l'Academie de Droit International*, págs. 450/453, 1950).

75) Que, más tarde y en igual sentido se pronunciaron los países aliados, durante el transcurso de la segunda guerra, el 7 de octubre de 1942 y el 17 de diciembre de ese mismo año, como así también el 31 de julio de 1943 en notas dirigidas a los gobiernos de Argentina, Suecia, Suiza, España, Portugal, Turquía y la ciudad del Vaticano exhortándoles a negar asilo a cualesquiera criminales de guerra de las potencias del Eje y al describir tal conducto como contraria a los principios por los que habían combatido las Naciones Unidas (conf. *Oppeheim*, ob cit., Tomo II, Volumen II, pág. 139, nota 90).

76) Que en la declaración firmada en Moscú el 30 de octubre de 1943 en cumplimiento de la cual se celebró el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 y se establecieron los Tribunales Internacionales de Nüremberg y del Lejano Oriente, se anunció que los autores de tales hechos "serían devueltos al escenario de sus crímenes y juzgados allí por los pueblos a los que habían ultrajado" y que "en caso de que el hecho no tuviera situación geográfica particular, serían castigados por una decisión conjunta de los gobiernos de los aliados"; declaración a la que adhirió la República Argentina por decreto 6945/45 al aceptar la invitación que con ese fin le fue formulada en el Acta Final de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Chapultepec.

77) Que en los considerandos del derecho citado -ratificado por ley 12.837- se consignó que los principios enumerados en el Acta Final "como incorporados al derecho internacional de nuestro Continente desde 1890, han orientado en todo momento la política exterior de la Nación y coinciden con los postulados de la doctrina internacional argentina" como así también que "el Gobierno de la Nación acepta y se halla preparado

para dar ejecución a los principios, declaraciones y recomendaciones que son fruto de la Conferencia de México".

78) Que mientras el interés de la comunidad internacional porque los "crímenes de guerra" y "crímenes contra la humanidad" fueran debidamente juzgados y sancionados quedó reflejado en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 170 (II) del 31 de octubre de 1947, la cuestión acerca de la prescripción o no de estos delitos fue recién sometida a debate en los foros internacionales en el año 1965 ante la posibilidad de que algunos Estados declararan prescripta la acción nacida de este tipo de delitos contra el derecho de gentes por aplicación de sus legislaciones locales y al equipararlos con los delitos del derecho interno.

79) Que el debate se suscitó en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas justamente a instancias de aquellos Estados que reaccionaron en forma adversa a esa equiparación y, por ende, a la prescripción y se prolongó año tras año en el más amplio marco de discusión (conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el 21^a Período de Sesiones, del 22 de marzo al 15 de abril de 1965, Consejo Económico y Social, en Documentos Oficiales, XXXIX Período de Sesiones, Suplemento N° 8, págs. 135/151, Naciones Unidas; Informe de la Comisión sobre el 22^a Período de Sesiones del 8 de marzo al 5 de abril de 1966, Consejo Económico y Social, en Documentos Oficiales, XLI Período de Sesiones, Suplemento N° 8, págs. 57/74, Naciones Unidas).

80) Que como consecuencia de ese movimiento de opinión, fue aprobada la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, por Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General del 26 de noviembre de 1968, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Esta declaró imprescriptibles, tanto "los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, del 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de víctimas de guerra" como los -crímenes de lesa humanidad entre los que incluyó "el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aún si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos" (artículo 1°).

81) Que esta afirmación convencional se basó en una serie de razones que quedaron plasmadas en su preámbulo, de significación a los fines hermenéuticos dado que constituye la expresión del consenso sobre cuestiones que fueron ampliamente discutidas en el seno de los debates internacionales (artículo 31.2. ya citado de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Allí se observó que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo; se consideró que ellos figuran entre los delitos de derecho internacional más graves; que su represión efectiva es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad de los pueblos y de la comunidad internacional; que la aplicación a su respecto de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de sus

responsables; para concluir que "es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad".

82) Que respecto de este último párrafo del preámbulo, cabe señalar que el verbo "enunciar" contenido en el proyecto original fue sustituido por "afirmar" a resultas del consenso logrado para consagrar la recepción convencional de un principio ya existente en el derecho internacional referente a la imprescriptibilidad tanto de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad y cuya redacción fue aceptada por la mayoría de los representantes por dieciocho votos a favor, ninguno en contra y tres abstenciones (conf. Documentos antes citados, en especial, Informes citados de la Comisión de Derecho Internacional, Resolución 3 (XXII) de la Comisión de Derecho Internacional aprobada por el Consejo Económico y Social por resolución 1158 (XLI) del 5 de agosto de 1966 y Resolución 2338 (XXII) de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1967).

83) Que en favor del desarrollo de este principio de derecho internacional como costumbre debe reconocerse que no existía al momento de la Convención ni existe en las actuales circunstancias del derecho internacional, un principio general de derecho de las naciones civilizadas que se oponga a aquél y que pudiera ser receptado en ese ámbito (conf. C.I.J. *British Norwegian Fisheries*, I.C.J. Reports 1951). En este sentido, cabe destacar que no todas las legislaciones locales tienen instituida la prescripción como una causa de extinción de la acción penal, o en muchos casos, este instituto no alcanza ciertos delitos o puede ser dejado de lado bajo determinadas circunstancias.

84) Que tanto la conducta seguida por aquellos Estados que ajustaron su derecho interno en favor de aquel principio como la de otros que ratificaron o adhirieron a la Convención antes mencionada constituye una aceptación inequívoca de esa práctica y, por ende, la contribución más clara para su establecimiento como regla de costumbre.

85) Que ese proceder fue acompañado por los Estados que ratificaron o adhirieron a la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra firmada el 25 de enero de 1974 en el seno del Consejo de Europa, que adoptó análoga práctica en la materia y contó con la firma de Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, República Federal de Alemania, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (conf. *European Convention on the non-applicability of statutory limitation to crimes against humanity and war crimes in European Treaty Series N° 82*, págs. 2/9, Edition February 1974).

86) Que en concordancia con estos antecedentes, el proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad aprobado en primera lectura en el año 1994 en el ámbito de las Naciones Unidas, consagra la imprescriptibilidad para estos delitos en su artículo 7° (conf. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43ª Período de Sesiones -1991-, Documentos Oficiales A/CN.4/L.469 del 29 de enero de 1992, págs. 32/73, especialmente pág. 41).

87) Que aprobada la Convención, la Asamblea General invitó en sucesivas oportunidades a los Estados que no la hubieran firmado ni ratificado a hacerlo con la esperanza de que aquéllos que no pudieran votar a su favor se abstuvieran de cualquier acto que fuera contrario a los objetivos fundamentales de esa Convención; más tarde exhortó a cumplir el "deber de observar estrictamente" sus disposiciones y, por último, afirmó que "la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa

humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas" (conf. Resoluciones de la Asamblea General N° 2583 -XXIV- del 15 de diciembre de 1969, N° 2712 -XXV- del 15 de diciembre de 1970 y N° 2840 -XXV- del 18 de diciembre de 1971 relativas a la "Cuestión del Castigo de los Criminales de Guerra y de las Personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad").

88) Que finalmente, la Resolución 3074 (XXVIII) de ese mismo organismo internacional del 3 de diciembre de 1973 aprobó los "Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad". En el acto de ese debate la República Argentina se opuso a la redacción del artículo 1° en cuanto entendió que el declarar que tales crímenes serían objeto de investigación "dondequiera y cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido" suponía reconocer su imprescriptibilidad. Sin embargo, al momento de la votación, se abstuvo (conf. Tema 60 del Programa tratado en Sesión Plenaria 2187^a. de la Asamblea General, Documentos Oficiales páginas 1/7 y Anexos Documento A/9326 del 20 de noviembre de 1973, páginas 1/17. Asimismo, Sesiones de la Tercera Comisión del 19 de septiembre al 5 de diciembre de 1973, Documentos Oficiales del mismo período, A/C.3/SR. 1976 a 2050).

89) Que a la luz de estos antecedentes cabe concluir en que la práctica de la República Argentina basada en su conocimiento del deber contenido en las directivas impartidas por la Asamblea General, importó una innegable contribución al desarrollo de una costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad (Caso Lotus, PCIJ, Series A 10, p. 18).

90) Que ello es así toda vez que la modalidad de aceptación expresa mediante adhesión o ratificación convencional no es exclusiva a los efectos de determinar la existencia del jus cogens. En la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada ya que si un Estado no reacciona abiertamente contra ella, especialmente cuando ese proceder sería esperable la presunción surge de que está conforme con la práctica o, por lo menos, que es indiferente a ella y a sus consecuencias legales y esto es lo decisivo para la formación de una costumbre internacional y, en consecuencia, para el establecimiento de una regla de la costumbre (conf. Wolfke, Farol en Custom in Present International Law, 2nd. Revised, págs. 44/51 -en especial págs. 47/8- y págs. 61/64, Editorial Martines Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1993 y Lobo de Souza, I.M. The Role of State Consent in the Customary Process en International and Comparative Quarterly Vol. 44, págs. 521/539, july, 1995).

91) Que esta presunción no aparece desvirtuada -a los fines que aquí conciernen- en la medida en que si bien el Estado Nacional se abstuvo de votar la Convención gestada en el ámbito de las Naciones Unidas tampoco adoptó en el orden interno ni en el internacional una conducta contraria a la del desarrollo progresivo en favor de la imprescriptibilidad.

Por el contrario, los Poderes Ejecutivo y Legislativo han expresado ya su voluntad concurrente con lo aprobado en dicho texto -incluida la adopción de todas las medidas internas que sean necesarias para hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas que cometieren alguno de los crímenes de guerra o de lesa humanidad mencionados en su artículo I (artículo III)- ya que aquél envió en su oportunidad la Convención al Parlamento para su ratificación, lo que ya ha ocurrido a través de la aprobación obtenida en ambas cámaras legislativas.

92) Que, por último, y reiterando expresiones vertidas por el Tribunal al resolver en el

año 1894 el pedido de extradición de Jabez Spencer Balfour cabe recordar que ninguna ley, ninguna doctrina u opinión autorizada se conoce que incluya entre los modos de extinguirse la responsabilidad criminal el refugio del culpable en el territorio extraño; por consiguiente no es posible fundar una negativa de extradición en derecho alguno de inmunidad del delincuente, derivado del hecho de su arribo al país (Fallos: 58:11).

93) Que, más bien, por razones elementales del orden social de aplicación universal, corresponde facilitar, en lo posible, la entrega de los procesados consagrando así, en la práctica, los altos fines de la justicia penal instituida en todos los países civilizados para garantía de sus habitantes (Fallos: 150:316; 154:157, pág. 162; 154:333, pág. 336; 156:169, pág. 180; 166:173, pág. 177; 212:5; 236:306) máxime que "tratándose de crímenes de guerra, la solidaridad de todos los estados se impone ya que son actos que quiebran el fundamento mismo sobre el cual se apoya la comunidad internacional, actos que ponen en peligro la co-existencia pacífica de los pueblos" (Vespasien V. Pella, *La Guerra-Crime et les criminales de guerre*, pág. 106, Ed. de la Baconniere, Neuchatel, Suisse, 1964).

Por ello, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar al pedido de extradición de Erich Priebke formulado por la República de Italia en estas actuaciones. Notifíquese y devuélvase. - Gustavo A. Bossert.

Disidencia de los señores Ministros Doctores Don Augusto César Belluscio y Don Ricardo Levene (h.)

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia, el Ministerio Público dedujo el recurso ordinario de apelación previsto en el art. 24, inciso 6º, del decreto-ley 1285/58 que fue concedido, expresando agravios en esta instancia el señor Procurador General.

2º) Que la solicitud de extradición se fundó en la orden de captura dispuesta por el juez encargado de las investigaciones preliminares del Tribunal Militar de Roma, en relación al delito de "concurso en violencia con homicidio continuo a daño de ciudadanos italianos" (sic) previsto en los artículos 81, 110, 575 y 577 del código penal italiano con arreglo a los arts. 13 y 185 del código penal militar de guerra, por haber provocado con crueldad -como miembro de las fuerzas armadas alemanas y en concurso con otras personas- la muerte de 335 personas el 24 de marzo de 1944, durante el estado de guerra entre Italia y Alemania.

3º) Que los agravios del señor Procurador General se fundan en que: a) Que los hechos imputados a Priebke constituyen crímenes de guerra de acuerdo a la definición del título II, art. 6º, inc. b, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, clase de hechos, ésta, que por ser cometidos contra la humanidad en su conjunto y ofender normas aceptadas del derecho de gentes, configuran delitos de lesa humanidad cuyo juzgamiento es inexorable y, por consiguiente, la acción penal, imprescriptible; b) Que el tratado de extradición que vincula a nuestro país con Italia no hace referencia a este tipo de delitos, lo que no puede desvirtuar la finalidad del acuerdo, que es la asistencia jurídica mutua, por lo que, al no estar contemplado en él pero afectar a toda la humanidad, debe resolverse acudiendo a otros principios que rigen las relaciones internacionales; c) Que, aun cuando la cuestión se rigiera por el tratado bilateral con Italia, sobre las normas del código penal argentino que establecen la prescripción de la

acción penal tendría supremacía la ley 23.379, que incorpora al orden jurídico argentino los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 y 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional, respectivamente.

4°) Que desde antiguo esta Corte ha concedido extradiciones por hechos anteriores a la entrada en vigor de tratados bilaterales que la regían (Fallos: 90:409, 91:130, 113:364, 114:278), ya que éstos no constituyen leyes penales cuya aplicación retroactiva violaría el art. 18 de la Constitución Nacional sino acuerdos tendientes a asegurar la cooperación judicial entre las naciones que, por tal carácter, resultan de aplicación inmediata. Por lo tanto, la extradición solicitada por la República de Italia en 1994 se rige -contrariamente a lo sostenido por la defensa- por la convención de extradición entre la República Argentina y la República Italiana celebrada en Roma el 9 de diciembre de 1987 y aprobada por ley 23.719.

5°) Que, conforme al art. 2° de la referida convención, la extradición se admite exclusivamente por los delitos punibles según las leyes de ambas partes con pena privativa de la libertad personal cuyo máximo no sea inferior a dos años; y, según el art. 7°, inciso b, la extradición no se concederá "si de acuerdo a la legislación de la parte requirente o de la parte requerida, la acción penal o la pena se encontrara prescripta". Es obvio que, por tratarse de homicidios, el primero de esos requisitos se encuentra cumplido; pero no lo es menos que, de acuerdo a lo prescripto en el art. 62 del código penal argentino, el plazo para la prescripción de la acción se halla cumplido con creces, lo que constituye un obstáculo insuperable para la concesión de la extradición solicitada.

6°) Que no empece a esa conclusión ni la calidad de crímenes de guerra ni la de delitos de lesa humanidad que, promiscuamente, el Ministerio Pública asigna a los hechos que motivan la solicitud italiana.

En efecto, si se los calificase como crímenes de guerra entrarían en la prohibición de represalias contra la población civil o las personas civiles que prohíbe el art. 51, párrafo 6°, del protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, aprobado por ley 23.379. Pero no existe convención internacional que sancione a dichos hechos con una determinada pena aplicable por las naciones adheridas, ni hay norma en la legislación italiana ni en la argentina que los prevea con pena diferente a la reservada para el homicidio o que regule de algún modo el carácter prescriptible o imprescriptible de la acción o de la pena.

Si, por el contrario, se los considera como delitos de lesa humanidad -calificación que no queda cubierta en su integridad por la descripción de los hechos efectuada en la orden de captura-, menos todavía resultaría posible acudir a principios indefinidos supuestamente derivados del "derecho de gentes", pues falta la norma específica -por supuesto, que vincule a la República Argentina- que establezca una determinada sanción, o bien la imprescriptibilidad de las sanciones previstas en los derechos nacionales. La Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, no ha entrado aún en vigor para la República Argentina, ya que no se ha producido la circunstancia prevista en su artículo VIII, párrafo 2°.

7°) Que la circunstancia de que estos delitos no se encuentren contemplados en el convenio con Italia no puede tener la significación que le atribuye el señor Procurador General, pues no implica que queden al margen de ese acuerdo sino que rijan para ellos

-como para cualquier otro delito- el requisito de la doble punibilidad del art. 2° y la aplicación de la norma más favorable en materia de prescripción del art. 7°, inc. b.

8°) Que el indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados a Priebke no puede servir de excusa para el apartamiento de orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter. Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el *nulla poena sine lege* consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados a Priebke, mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerando como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en la ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados.

Por ello, se confirma la sentencia apelada en cuanto no hace lugar a la extradición solicitada. Notifíquese y devuélvase. - Augusto César Belluscio. - Ricardo Levene (h.).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Enrique Santiago Petracchi.

Considerando:

1°) Que no coincido con la posición de la mayoría. Considero que corresponde confirmar la sentencia de cámara que no hizo lugar a la extradición solicitada.

2°) Que tanto la antigua Convención de Extradición con Italia de 1886 (aprobada por la ley 3035 de 1893), como la nueva Convención suscripta con aquel país en 1987 (aprobada por la ley 23.719 de 1989), condicionan la procedencia de la extradición al cumplimiento de dos requisitos: que exista delito punible para el derecho de ambos países y que la acción penal correspondiente no se encuentre prescripta en el Estado requirente ni en el Estado requerido.

La primera condición -es decir, la exigencia de punibilidad-- resulta claramente del art. 2° de la nueva Convención que establece "La extradición se admitirá exclusivamente por los delitos punibles, según las leyes de ambas partes, con una pena privativa de la libertad personal no inferior en su máximo a dos años, o con una pena más severa". También ello surge -implícita pero inequívocamente-- de la antigua Convención, que, en su art. 6°, efectúa una enumeración taxativa de los delitos extraditables, agregando dicha norma que no corresponderá la extradición cuando al delito le correspondiese "una pena simplemente correccional" (art. cit. última parte).

La segunda condición: que no debe estar prescripta la acción penal para ninguno de los dos países, surge, en la vieja Convención, del art. 8°, y en la nueva del art. 7°, inc. b).

3°) Que los hechos por los que Italia solicita la extradición de Priebke encuadran *prima facie*, y claramente, en el delito de homicidio previsto en el código penal argentino. Tal emplazamiento acarrea la ineluctable consecuencia de que no correspondería la extradición por hallarse prescripta la acción penal correspondiente (conf. art. 62 de dicho Código Penal).

4°) Que esta conclusión pretende ser obviada por la mayoría con el argumento de que la conducta por la que se quiere extraditar a Priebke no sólo está reprimida en la

legislación ordinaria -con la consecuencia ya señalada supra- sino también en el "derecho de gentes". Conforme a este último aquélla configuraría un "crimen de guerra" o, en su caso, "de lesa humanidad", cuya fuente formal sería, no el derecho penal ordinario, sino los usos y costumbres internacionales y ciertos instrumentos (tratados, convenciones, declaraciones) producidos en dicho ámbito.

Un ejemplo de dicha regulación lo constituye la Convención concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya 1899, aprobada por la ley 5082 de 1907), la cual dispone en su art. 50: "Ninguna pena colectiva, pecuniaria o de otro género podrá ser dictada contra las poblaciones por razones de hechos individuales de los cuales no podrían ser considerados como responsables solidariamente".

Entre los tratados internacionales recientes esta conducta aparece asimismo catalogada como "crimen de guerra". Así, por ejemplo, en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que en su artículo 51, inc. 6°, establece: "Se prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles" (aprobado por la ley 23.379, promulgada el 9 de octubre de 1986).

Esta clase de normas parecen corresponder a la conducta que se imputa a Priebke y, por lo tanto, autorizarían a concluir que, bajo el derecho argentino, aquélla es contraria a derecho.

5°) Que sin embargo -y esta es la diferencia fundamental que tengo con la mayoría- dicha criminalidad lato sensu no es suficiente para entender reunidos los requisitos impuestos en las convenciones suscriptas con Italia. En efecto, éstas exigen, además, que las conductas correspondientes sean punibles, es decir, que tengan prevista una pena en los derechos de ambos países (requirente y requerido).

En este punto los citados tratados no han sido innovadores pues dicho requisito es habitual en los convenios de extradición. Si se quisiera prescindir de él habría que demostrar inequívocamente que los países signatarios decidieron autorizar la extradición aunque las conductas en cuestión no estuvieran amenazadas por una sanción penal.

Es decir que, a la luz de lo ordenado en las citadas convenciones, el Estado Argentino debería estar en condiciones de afirmar que la conducta imputada a Priebke, aunque para el derecho penal ordinario no pueda ya ser objeto de persecución penal (conf. art. 62 del Código Penal), sería punible a la luz del "derecho de gentes" (sobre la base, por ejemplo, del art. 50 de la Convención de La Haya de 1899, ya citado) si Priebke pudiera ser juzgado y condenado en nuestro país.

O sea que para resolver el caso hay que preguntarse si un juez argentino podría hipotéticamente, con independencia de lo dispuesto en el art. 80 del Código Penal, condenar a Priebke con base en normas, por ejemplo, como el nombrado art. 50 de la Convención de 1899 u otras disposiciones análogas citadas en el voto mayoritario y que también reprimen el "crimen de guerra".

Si la respuesta es positiva, la conducta será -conforme los términos de las convenciones suscriptas con Italia- sujeta a pena y su autor, por lo tanto, pasible de extradición. En caso contrario, esta última no será posible.

6°) Que empero, la respuesta negativa se impone, por el simple hecho de que las conductas descriptas como "crimen de guerra" -o, para el caso, "delitos de lesa humanidad"- por el "derecho de gentes", hasta hoy no tiene prevista pena. El juez argentino del ejemplo no podría condenar pues el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución "exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los

hechos punibles y de la penas a aplicar" (Fallos: 311:2453, entre muchos otros).

Tampoco se podría llenar el vacío de la ausencia de pena con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta -cuya acción, cabe recordarlo, se encuentra prescripta- con un tipo del "derecho de gentes". En dicho supuesto se estaría inventando una tercera categoría de delito -por así llamarla "mixta"- lo que, obviamente, no está dentro de las facultades de los jueces de la República.

En suma: que para el derecho argentino puede y debe sostenerse que conductas configurativas de "crímenes de guerra" (y también los de "lesa humanidad") son contrarias a derecho, pero no son autónomamente punibles.

Lo que he expuesto hace innecesario el examen del tema atinente a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción penal relativa a los "crímenes de guerra" (o "de lesa humanidad"), previstos en el "derecho de gentes". Ello es así pues la cuestión de la prescripción presupone una conducta punible que, como he señalado, no advierto que surja del "derecho de gentes".

Además -y ya en el ámbito del derecho penal común- no podría argumentarse que se ha operado una parcial o total abrogación del art. 62 del Código Penal, que convirtiera en imprescriptible la persecución penal de las conductas típicas previstas en el Código Penal que fueran afines con aquellas reprobadas por el "derecho de gentes". Ello es así pues la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (adoptada por la Asamblea de la O.N.U. en su resolución del 26 de noviembre 1968) sólo ha sido aprobada -hasta el presente- por la Cámara de Diputados de la Nación, tal como se señala en uno de los votos que concurren para formar la mayoría.

7°) Que así, la aplicación de la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual si existe tratado entre el Estado requirente y el requerido, entonces la extradición está condicionada al cumplimiento de los requisitos prescriptos en él (caso "Martinelli", Fallos: 313:120 y su cita; entre otros), lleva a concluir que -al no reunirse en el caso los requisitos exigidos por las convenciones de extradición suscriptas con Italia- no procede hacer lugar a su pedido.

8°) Que por fin, tal obstáculo no sería válidamente removible con el argumento de que el pedido de extradición no podría ser juzgado a la luz de las citadas convenciones -por no ser éstas aplicables a un delito de las características que posee el que se imputa a Priebke- sino conforme a la "práctica uniforme de las naciones". Subyace a ese argumento la idea de que los tratados de extradición se aplicarían a los delitos "comunes" y no a los hechos atroces y aberrantes como serían los "crímenes de guerra" o "delitos de lesa humanidad".

En primer lugar, habría que demostrar acabadamente que los tratados de extradición tienen la apuntada limitación, lo cual no parece fácil si se advierte que esos convenios se celebran -justamente- para facilitar la persecución y condena de los delitos de cierta importancia.

Pero, aunque por hipótesis se descartara en el caso la aplicación de los tratados de extradición, para recurrir a la práctica uniforme de las naciones, el examen de esta última revela que existe una fuerte tendencia en el derecho internacional en el sentido de exigir la "doble incriminación", aún en los supuestos en que este requisito no aparece previsto expresamente en los tratados correspondientes.

Se ha dicho que la esencia de la doble incriminación (double criminality) es que el fugitivo no deba ser retornado a menos que su comportamiento pueda ser perseguido,

tanto en el Estado requirente cuanto en el Estado requerido (conf. Gilbert Geoff "Aspects of Extradition Law", Martines Nijhoff Publishers 1991, pág. 47).

En este sentido, el Tribunal Federal Suizo ha resuelto, en el caso "M. v. Federal Departament of Justice and Police", que la "double criminality" era una precondition tácita para todos los casos de extradición, aun cuando el tratado no fuera expreso sobre el punto (op. y loc. cit.).

En forma similar, la justicia irlandesa decidió en el caso "The State (Furlong) v. Nelly", que dicho requisito era "fundamental en la extradición". La doctrina también acuerdo sobre el punto (op. y loc. cit.).

Se advierte, entonces, que -aún desde una perspectiva que prescindiera de los tratados de extradición- habría que concluir en la imposibilidad de aquélla, desde que la falta de pena prevista para los delitos del "derecho de gentes" en los que habría incurrido Priebke impediría tener por configurado el requisito de la "doble incriminación".

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se confirma la sentencia apelada. Notifiquese y devuélvase. - Enrique Santiago Petracchi.

Buenos Aires, 6 de noviembre de 1995

Autos y Vistos; Considerando:

Que en el voto en disidencia del juez doctor Enrique Santiago Petracchi emitido en la causa P.457.XXXI. "Priebke, Erich s/solicitud de extradición -causa N  16.063/94-" se consignó por error a partir del quinto párrafo del considerando 6  el texto all  impreso, cuando en realidad dicho voto expresaba: "7 ) Además -y ya en el ámbito del derecho penal común- no podría argumentarse que se ha operado una parcial o total abrogación del art. 62 del Código Penal, que convirtiera en imprescriptible la persecución penal de las conductas típicas previstas en el Código Penal que fueran afines con aquellas reprobadas por el "derecho de gentes". Ello es así pues la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (adoptada por la Asamblea de la O.N.U. en su resolución del 26 de noviembre 1968) si bien ha sido aprobada -hasta el presente- por ambas Cámaras del Congreso Nacional, no forma parte del orden jurídico interno, pues no se han cumplido con todos los pasos requeridos para que así suceda.

De todos modos, aunque se prescindiera de esta última circunstancia y pudiera afirmarse que a la fecha se ha producido la mentada parcial abrogación del art. 62 del Código Penal y que -en consecuencia- los "crímenes de guerra" y los "delitos de lesa humanidad" est n comprendidos (como especies dentro del género) dentro del homicidio calificado del Código Penal y son -de ahora en más- imprescriptibles, la solución no variaría.

En efecto, las convenciones sobre extradición suscriptas con Italia exigen que la acción penal no est  prescripta para las leyes del Estado requerido. Por esa razón, es indispensable que esta Corte -para conceder la extradición- pueda afirmar que un juez argentino estaría en condiciones de sostener -sobre la base de dar por cumplido el requisito de la doble incriminación- que en la República no se ha prescripto la acción penal por la que se persigue a Priebke.

Y bien: ningún juez de la República podría arribar a esa conclusión a la luz del principio constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional) que impide la retroactividad de la ley penal. La jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como la exclusión

de disposiciones penales posteriores al hecho infractor -leyes ex post facto- que impliquen empeorar las condiciones de los encausados (confr. causa "Mirás", Fallos: 287:76, considerando 6° y sus citas). 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 (fallo citado, considerando 7°).

Y, al ser inevitable que un juez argentino deba concluir en la prescripción de la acción penal relativa a los hechos imputados a Priebke -con independencia de que pueda sostenerse que, al día de hoy, la legislación argentina ha sido modificada sobre el punto- se impone resolver que no se da en el sub examine el requisito previsto en el art. 8° de la vieja convención de extradición y en el 7°, inc. b), de la nueva, que, se insiste una vez más, exige que la acción penal no esté prescripta de conformidad con la legislación del Estado requerido. Legislación que, resulta obvio decirlo, se integra prioritariamente con el art. 18 de la Constitución Nacional.

A lo expuesto debe agregarse que los considerandos 7° y 8° de la disidencia original deberán numerarse como octavo y noveno respectivamente.

Por ello, aclárese en el sentido indicado el voto en disidencia del doctor Petracchi en la causa de referencia. Hágase saber y agréguese al principal. - Eduardo Moliné O'Connor. - Julio S. Nazareno. - Enrique Santiago Petracchi. - Guillermo A. F. López. - Gustavo A. Bossert. - Carlos S. Fayt. - Ricardo Levene (h).