

**LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL  
HUMANITARIO POR LOS TRIBUNALES NACIONALES:  
LA EXTRADICIÓN DE CRIMINALES DE GUERRA  
(A PROPÓSITO DEL CASO “PRIEBKE, ERICH S/SOLICITUD  
DE EXTRADICIÓN”, CAUSA 1663/94)**

RAÚL EMILIO VINUESA \*

I. INTRODUCCIÓN

En reiteradas ocasiones las normas del derecho internacional humanitario (DIH) relativas tanto a los conflictos armados internacionales como internos, deben ser interpretadas y aplicadas por los tribunales internos de uno o más Estados. Esta situación se presenta en particular en los casos en los que se ventila la extradición de criminales de guerra. Los tribunales internos del Estado requirente y los del Estado requerido tendrán entonces oportunidad de definir las normas aplicables a la extradición entre las que inexorablemente se incluirán normas del DIH relativas a la definición de crímenes de guerra, su imprescriptibilidad y a la potencial aplicación de atenuantes o agravantes de las penas que en su caso correspondieren.

Pero lejos está la jurisprudencia interna de los Estados de asegurar pautas claras en cuanto al conocimiento de los alcances y efectos de las normas del derecho internacional en general y del DIH en particular. Así es que un reciente caso relativo a la extradición de un ciudadano alemán, Erich Priebke, solicitada por Italia ante la Argentina sobre la base de la comisión de homicidio múltiple agravado por situación de guerra, dio lugar a variadas y aun contradictorias interpretaciones tanto dentro de la justicia del Estado requerido como en la justicia del Estado requirente. En consecuencia, una vez concedida la extradición, el individuo extraditado fue juzgado y finalmente condenado en el Estado re-

\* Profesor titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN), Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Profesor titular de Derecho del Mar de la Escuela de Guerra Naval. Profesor invitado en la Maestría de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Profesor invitado de las Universidades de San Andrés y Torcuato Di Tella, República Argentina.

quirente por un delito distinto por el que el Estado requerido concedió la extradición.

El presente trabajo intenta describir las distintas posiciones asumidas por los tribunales de la Argentina, como Estado requerido, y los fundamentos asumidos por los tribunales de Italia, como Estado requirente, en la extradición del ciudadano alemán Erich Priebke, quien fuera finalmente procesado y condenado por la justicia italiana.

## II. LOS HECHOS BASE DE LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN

Los acontecimientos conocidos como la matanza de las Fosas Ardeatinas tuvo lugar en marzo de 1944 durante la ocupación alemana de Italia después del Armisticio entre Italia y las potencias aliadas celebrado en Cassibile el 8 de septiembre de 1943.

El 24 de marzo de 1944 un grupo de partisanos que pertenecían a la Resistencia atacó en Roma, en la Via Rasella, a un contingente de combatientes nazis provocando la muerte de 32 soldados.

En represalia, el Comandante de la Policía Militar alemana, el teniente coronel Herbert Kappler, recibió órdenes de la superioridad emanadas directamente de Hitler, de ejecutar a diez italianos por cada soldado muerto.

Se confeccionaron listas por un total de 320 personas, incluyendo soldados y civiles, algunos de origen judío y algunos menores de edad. Al morir otro de los soldados herido en el ataque de la Via Rasella, se incluyeron diez nombres más a la lista original. Finalmente 335 personas fueron ejecutadas, cinco más de las previstas, eventualmente por un error de cálculo. Las víctimas fueron ejecutadas cruelmente dentro de las Fosas Ardeatinas en las afueras de Roma. Las fosas fueron luego dinamitadas para sellar su entrada.

Eric Priebke, como capitán de las SS y a las órdenes de Kappler participó activamente en la organización de la masacre. Formaba los grupos de víctimas, controlaba su arribo y personalmente ejecutó a dos individuos.

El 25 de noviembre de 1946 las autoridades judiciales militares italianas emitieron una orden de arresto contra Kappler y contra otros oficiales alemanes, incluyendo a Priebke con relación a los hechos de las Fosas Ardeatinas. Se les imputaba la comisión de los delitos previstos en los arts. 13 y 185, Código Penal Militar de Guerra de Italia de 1941. El art. 185 es parte del Título IV sobre crímenes contra las leyes y usos de la guerra y se refiere a violencia por parte de soldados italianos contra ciudadanos enemigos. Por su parte el art. 13 (Título I) extiende la aplicación del Título IV a los crímenes perpetrados por soldados enemigos contra ciudadanos italianos.

Las autoridades militares aliadas entregaron a las autoridades judiciales militares italianas a Kappler y a otros oficiales requeridos a efectos de ser procesados por los delitos que se les imputaba. Priebke no pudo ser detenido. La

orden de detención se mantuvo hasta el 14 de febrero de 1962, momento en que las autoridades militares italianas decidieron cerrar el caso.

Por sentencia del 20 de julio de 1948, el Tribunal Militar de Roma condenó a Kappler por los hechos de las Fosas Ardeatinas. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema Militar italiana el 25 de octubre de 1952.

La sentencia de 1948 definió las acciones de los partisanos en la Via Rasella como un acto de guerra ilícito que justificaba la toma de represalias por parte de las fuerzas alemanas. En la opinión del Tribunal, los grupos de partisanos no reunían las condiciones prescriptas por el art. 1, Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexa a la Convención IV de La Haya del 18 de octubre de 1907 para ser considerados como beligerantes. Sin embargo, entendió la Corte que esos grupos eran órganos *de facto* del gobierno de Italia y por lo tanto sus acciones le eran imputables a éste. Italia fue entonces considerada como internacionalmente responsable por los actos ilícitos de los partisanos.

Si bien entendió el Tribunal que Alemania estaba autorizada a tomar represalias, las acciones de las Fosas Ardeatinas no configuraban represalias lícitas para el derecho internacional en razón de que no cumplían con los requisitos de necesidad y proporcionalidad. No hace referencia la sentencia a que las represalias fueron tomadas contra civiles. Si bien la Convención de La Haya incluía la Cláusula Martens <sup>1</sup> y el art. 46, Reglamento de La Haya Anexo al Convenio IV de 1907 exigía el respeto por la vida de la población civil por parte de la potencia ocupante, recién en 1949, se incorporó como norma convencional, la prohibición expresa de las represalias contra civiles <sup>2</sup>.

La sentencia no se refiere directamente a crímenes de guerra sino a homicidio múltiple cometido en estado de guerra. El Tribunal aceptó la defensa de la obediencia debida a las órdenes del superior para justificar la muerte de 320 personas. Kappler fue condenado por la muerte de 15 personas (10 que fueron incluidas a la lista original por Kappler al haber muerto otro de los soldados heridos en la Via Rasella y 5 que fueron ejecutados por error de cálculo aun cuando, según entendió la Corte, se sabía del error). Los demás oficiales fueron absueltos sobre la base de haber actuado bajo órdenes de sus superiores.

El caso de las Fosas Ardeatinas se reaviva a partir de una entrevista realizada a Priebke en mayo de 1994 por un periodista de la ABC Network en San

<sup>1</sup> La Cláusula Martens se expresa en el Preámbulo del Convenio IV relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de La Haya del 18 de octubre de 1907: "Mientras no se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública".

<sup>2</sup> Ver art. 33. Convenio IV de Ginebra de 1949.

Carlos de Bariloche. Inmediatamente Italia presentó vía Interpol, una orden de arresto emanada de la autoridad judicial militar italiana en Roma relativa al homicidio múltiple de ciudadanos italianos de conformidad con el Código Penal Militar de Guerra. El pedido de arresto se fundó en el art. 15 del Tratado Argentino-Italiano de extradición firmado en Roma el 9 de diciembre de 1987. Luego Italia formuló la correspondiente solicitud de extradición.

### III. ARGUMENTOS DE LA FISCALÍA EN LA PRIMERA INSTANCIA

El fiscal de primera instancia <sup>3</sup> del Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche entendió que el pedido de extradición por parte del gobierno de Italia se refería a crímenes de guerra que están regulados por el derecho internacional de conformidad con el art. 118 <sup>4</sup> (antiguo art. 102) de la Constitución Nacional. Consideró que no son de aplicación las normas del derecho de fondo interno ni los tratados de extradición celebrados entre Italia y la Argentina. Existiendo dos tratados, el fiscal entendió que el primero de 1886 fue superado por el derecho consuetudinario sobre la materia, y el segundo de 1987, se refería exclusivamente a la extradición de criminales comunes.

Para la Fiscalía, el delito en Italia por el cual se solicita la extradición, no estaba prescripto. Sostuvo que el fundamento de la prescripción es de oportunidad y no tiene raigambre constitucional y por lo tanto debe privilegiarse la aplicación del derecho de la nación requirente. Alegó asimismo que en derecho internacional no se extingue la acción por operación del transcurso del tiempo, en razón de la existencia de una conciencia universal de repudio y condena a los crímenes de guerra. Por otra parte, el negar la extradición implicaría la directa responsabilidad internacional del Estado argentino.

En este contexto argumentó el fiscal que los procedimientos de extradición podían afectar las relaciones entre Estados y que la soberanía del Estado quedaba preservada al aplicarse el actual art. 118 de la Constitución en razón de que los crímenes de guerra perpetrados fuera del territorio de la República se rigen por el derecho de gentes (en este caso por el derecho internacional consuetudinario) y por el derecho del Estado requirente. En consecuencia de esta argumentación, el instituto de la prescripción al no tener sustento constitucional, quedaba supeditado de conformidad con el Código de Procedimientos, a la legislación del Estado requirente.

<sup>3</sup> Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche, escrito del procurador fiscal federal Jorge Bagur Creta de fecha 12 de agosto de 1994.

<sup>4</sup> El art. 118, CN establece: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

Por su parte, la defensa argumentó que el juicio de extradición violentaba los principios constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio. Sostuvo que el fiscal se encontraba obligado por instrucciones del procurador general a requerir la extradición, y dependiendo el procurador del Poder Ejecutivo, no existiría independencia en el ejercicio de las funciones del propio Poder Judicial.

Al respecto, el fiscal sostuvo que su intervención conllevaba el garantizar la decisión final de la Corte Suprema en causas que por su índole eran susceptibles de afectar las relaciones internacionales<sup>5</sup>. Si se denegaba la extradición, la Fiscalía estaba obligada a apelar para llegar a la Corte Suprema por la vía ordinaria del art. 24, inc. 6º, ap. b), dec.-ley 1285/1958<sup>6</sup>.

La defensa también alegó sobre la obediencia debida en razón de que Priebke era un militar de baja graduación que cumplía órdenes en tiempo de guerra. Consideró la defensa que este hecho fue corroborado respecto de otros imputados en la sentencia recaída contra Herbert Kappler en 1948.

El fiscal afirmó que esa alegación era ajena al procedimiento de extradición. En efecto sostuvo que la defensa de obediencia debida correspondía interponerse frente al juzgador y por lo tanto no era materia a definirse dentro del trámite de extradición por el que no se está juzgando sino asistiendo a la justicia extranjera a incriminar al extraditable.

El fiscal agregó que en el caso de Priebke, el extraditable estaría asimismo protegido por las salvaguardas de la Convención de Roma de 1950 relativas al derecho al debido proceso como una de las garantías básicas de la protección de los derechos humanos en Europa<sup>7</sup>.

En cuanto a otro de los argumentos alegado por la defensa sobre la cosa juzgada con fundamento en que el hecho por el que se reclama la extradición ya había sido juzgado en Italia, el fiscal sostuvo que la circunstancia de que el Tribunal Militar de Roma haya condenado a H. Kappler a cadena perpetua y haya absuelto a otros imputados por la matanza de las Fosas Ardeatinas, no era apta para que se rechazara la extradición considerando que esa defensa debía resolverse en sede judicial del Estado requirente. Aseguró que en el trámite de extradición debía simplemente verificarse, entre otros hechos, la identidad de la persona requerida, las formas extrínsecas de los documentos, el requisito de la doble criminalidad del hecho imputado y si la pena era la correspondiente al delito por el que se solicita la extradición.

<sup>5</sup> Sobre el particular cita el fiscal *Fallos*. 108:181; 157:116; 212:5; 291:195; 293:468.

<sup>6</sup> Ver, *Fallos*, 249:360; 282:259; 301:586. En *Fallos*, 311:1925 la Corte sostuvo a contrario que el resguardo de los intereses referentes al orden público y a la afectación de las relaciones internacionales en la extradición pasiva, no le está necesariamente confiado a ella por voluntad expresa de los constituyentes.

<sup>7</sup> Ver arts. 5, 6 y 7, Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales celebrada en Roma el 4 de noviembre de 1950, en VINUESA, R. E. (comp.), *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, Zavalía, Buenos Aires, 1986.

En conclusión, para el fiscal los alegatos de la defensa estaban relacionados con el fondo del asunto y por lo tanto eran ajenos a la intervención del juez que entendía en el trámite de extradición. Al respecto, el fiscal invocó la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se consideró que lo relativo a la defensa de la cosa juzgada en un proceso de extradición es improcedente por no revestir éste el carácter de un verdadero juicio criminal y su conocimiento corresponde al juez territorial de la causa.

Es importante el destacar que el Gobierno de Italia invocó el Tratado de Extradición de 1987. La defensa argumentó que debía aplicarse el Tratado de Extradición de 1886 sobre la base de que el principio de tipicidad exigía la aplicación de la ley anterior al hecho que motivaba la solicitud de extradición. Para la defensa, los crímenes de guerra no estaban contemplados en ese Tratado, por lo tanto el pedido de extradición debía rechazarse.

Para el fiscal no eran de aplicación los tratados de extradición puesto que los hechos en los que se basaba la solicitud debían ser calificados como crímenes de guerra. Crímenes de guerra son para la Fiscalía, toda violación a las leyes y costumbre de la guerra de conformidad con la IV Convención de La Haya de 1907. La definición descriptiva que utiliza el fiscal coincide con la definición de crímenes de guerra contemplada en el Estatuto de Londres para el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>8</sup>. En consecuencia, la matanza de las Fosas Ardeatinas configuraba un crimen de guerra por tratarse del asesinato tanto de población civil de territorio ocupado como de militares prisioneros de guerra.

El Tribunal Militar de Roma que condenó por el mismo hecho a Kappler, sostuvo y probó que se trataba de un crimen de guerra en violación al Convenio IV de La Haya sobre Guerra Terrestre y al Convenio de Prisioneros de Guerra de Ginebra de 1929. Si bien se consideró que el atentado en la calle Rasella justificaba una acción de represalia, ésta no se conformó a las exigencias de las normas consuetudinarias aplicables en razón de la desproporción con que se llevó a cabo y a la inexistencia de nexo entre ejecutados y partisanos sujetos a represalia. Por estas razones, para la Fiscalía, la solicitud de extradición se refería a un crimen de guerra.

Alegó asimismo el fiscal que la doctrina, en aplicación de la Cláusula Martens, consideró a la matanza de las Fosas Ardeatinas como un acto violatorio de principios fundamentales de humanidad. Recordó que esa Cláusula estaba incorporada en el Preámbulo de la IV Convención de La Haya de 1907 y en el art. 48 de su Reglamento. Esta Cláusula limita los efectos del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido al expresar como conductas contrarias a derecho todas aquellas acciones u omisiones repudiadas por la conciencia pública universal.

<sup>8</sup> Ver, art. 6, inc. b), Estatuto de Londres de 1945 en Goering and Others, International Military Tribunal, Nuremberg, en *International Law Reports*, vol. 13, Cambridge University Press, ps. 203 y ss.

En resumen, el fiscal de primera instancia argumentó que los crímenes de guerra son delitos internacionales. La Constitución Nacional en su art. 118 re-cepta el principio universal de validez material de la ley penal al referirse a los delitos cometidos fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes. Entiende que el derecho internacional consuetudinario se incorpora directamente al derecho interno. En este contexto hace referencia al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y a las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, 3 (I) de 1946, 95 (I) de 1946, 170 (II) de 1947, 2583 (XXIV) de 1969, 2712 (XXV) de 1970, 2840 (XXVI) de 1971, 3020 (XXVII) de 1972 y 3074 (XXVIII) de 1973. Asimismo hace referencia a la resolución de la Asamblea General 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 por la que se reconocen como imprescriptibles los crímenes de guerra definidos en el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg.

La República Argentina aprobó por ley 12.837 el Acta de Chapultepec<sup>9</sup> como paso previo a su adhesión. Por ese Acta se obliga a los Estados Parte a castigar o extraditar a los criminales de guerra<sup>10</sup>. Estas obligaciones las hace jugar el fiscal con las declaraciones interpretativas formuladas por la República Argentina al adherirse a los Protocolos de 1977 Adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 al establecer que las disposiciones referentes a combatientes no pueden ser interpretadas "...como consagrando ningún tipo de impunidad para los infractores a las normas del derecho internacional aplicables en los conflictos armados que los sustraiga a la aplicación del régimen de sanciones que corresponda en cada caso..."<sup>11</sup>. Es interesante observar cómo la posición de la Fiscalía se fundamenta en el contenido de declaraciones interpretativas generadas para cumplir otros propósitos vinculados con los alcances de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra.

La Fiscalía hizo también referencia a la posición de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Bohne"<sup>12</sup> y en el caso "Schwammberger"<sup>13</sup> al confirmar su posición sobre crímenes de guerra y de lesa humanidad reconociéndoles el carácter de crímenes internacionales a los que no se debía aplicar el instituto de la prescripción<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Acta Final de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz firmada en México el 8 de marzo de 1945.

<sup>10</sup> Ver Acta de Chapultepec, Punto VI sobre Crímenes de Guerra.

<sup>11</sup> Ver el texto de las declaraciones interpretativas formuladas por la República Argentina a los Protocolos Adicionales de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 en ley 23.379.

<sup>12</sup> *Fallos*, 265:217.

<sup>13</sup> *Fallos*, 315:256.

<sup>14</sup> Caracterización de la eliminación de enfermos mentales en forma masiva como un crimen de lesa humanidad (caso "Bohne") y la caracterización del traslado de judíos a los campos de exterminio como genocidio (caso "Schwammberger").

Para la Fiscalía tanto los crímenes de guerra como la solidaridad en cuanto a su persecución, extradición y castigo, están regidos por la costumbre internacional. La costumbre es una fuente autónoma de derecho. La fuente aplicable es el derecho consuetudinario y no los tratados de extradición que se refieren a los delitos comunes.

Los tratados de extradición al no referirse a los crímenes de guerra no los excluyeron asumiendo que éstos están regidos por el derecho internacional consuetudinario. En el caso del Tratado de 1886, el derecho consuetudinario se desarrolló con posterioridad a su celebración y en el caso del Tratado de 1987 la no-inclusión de los crímenes de guerra, de ninguna manera alteró el derecho consuetudinario generado por ambos Estados en forma independiente de su normativa penal interna.

En cuanto al principio de legalidad, el fiscal, ante la posibilidad o no de aplicar una ley posterior a los hechos por los que se solicitaba la extradición, consideró que si bien los crímenes de guerra habían sido definidos en el Estatuto de Londres de 1945 a propósito de la creación de los Tribunales de Nuremberg, esos crímenes habían sido tipificados con anterioridad al estar plasmados en el Convenio IV de La Haya de 1907. Sin embargo, el fiscal sostuvo erróneamente que el principio de *nullum crimen* no regía en el derecho internacional. Citó el caso "Schwammberger" para justificar la aplicación general de principios aceptados por la conciencia jurídica común vinculando la juridicidad de la legislación posterior en el derecho natural. En este contexto consideramos que la Fiscalía incurrió en un grave e innecesario error al confundir normas del derecho consuetudinario con el derecho natural.

En cuanto a la prescripción de la acción, la defensa invocó lo establecido por los tratados de extradición entre la Argentina e Italia. La Fiscalía sostuvo que estos tratados no son de aplicación para la extradición por crímenes de guerra. Tampoco son de aplicación el art. 62, Código Penal ni los arts. 600 y 601, Código de Justicia Militar.

En consecuencia de la inexistencia de tratados de extradición aplicables al caso de crímenes de guerra, según la argumentación de la Fiscalía, deberá estarse al derecho del Estado requirente que determina que el delito por el que se pide la extradición tiene una pena tal que lo hace imprescriptible. Los delitos a los que se impone como pena una condena de por vida con trabajo forzado (*ergastolo*) no son prescriptibles en el derecho italiano. En cuanto a la prescripción en el derecho argentino, para el fiscal, no teniendo raigambre constitucional, depende de la voluntad del legislador y por lo tanto puede ser dejada de lado por una norma de jerarquía superior, en este caso, por la costumbre internacional. La negativa a extraditar a Priebke implicaría la responsabilidad internacional del Estado cuando aquélla se fundamente en una norma de su derecho interno que vulnere una norma del derecho internacional, de conformidad al art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta asevera-



ción de la Fiscalía provoca cierta confusión a lo sostenido por ella al aseverar la observancia del Código de Procedimientos en Materia Penal que, a falta de normas convencionales aplicables, delega la imprescriptibilidad o no de la acción o de la pena a la aplicación del derecho del Estado requirente, y no necesariamente por aplicación del derecho de gentes.

#### IV. FUNDAMENTOS PARA LA EXTRADICIÓN SEGÚN LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Uno de los argumentos básicos del juez de primera instancia <sup>15</sup> para conceder la extradición de Priebke se relaciona con la jerarquía de los tratados sobre las leyes de la Nación. Sostuvo el juez que a partir de la reforma de la Constitución de 1994 no puede invocarse la no-operatividad de un tratado por falta de reglamentación legislativa para no aplicarlo y dar lugar así a la aplicación del derecho interno que esencialmente contradice al derecho expresado en un tratado. En este contexto, la no-operatividad de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 no puede soslayar los derechos reconocidos en éstos. En este contexto, debe reconocerse la imprescriptibilidad de las acciones que se imputan al extraditabile a los efectos de que proceda su extradición.

Citó el juez los casos “Bohne” <sup>16</sup> y “Schwammberger” <sup>17</sup> resueltos por la Corte Suprema de Justicia en los que las extradiciones las pedía Alemania sin existir tratado sobre la materia que vinculara al Estado requirente con el Estado requerido. En esos casos, se aplicó el Código de Procedimientos Penal que permitía el recurrir al instituto de la prescripción de conformidad con el derecho del Estado requirente. Así es que en ambos casos la Corte Suprema decidió en conformidad con el principio de reciprocidad y con la práctica uniforme de las naciones en materia de extradición. Según el juez de la primera instancia, en el primer caso se trataba de homicidio simple (“Bohne”) y en el segundo de asesinato reiterado (“Schwammberger”) y no de crímenes contra la humanidad como sostuvo la defensa.

A nuestro entender el juez de primera instancia incurre en un error respecto del encuadre que pretendió darle a los precedentes antes citados. En ambos casos la Corte Suprema partió del presupuesto de la existencia de crímenes contra la humanidad a efectos de definir ambas extradiciones.

El juez sostuvo que el delito que se imputaba a Priebke era lisa y llanamente el de homicidio, por lo tanto no pudo invocarse la calificación de delito

<sup>15</sup> Tribunal de Primera Instancia de la ciudad de San Carlos de Bariloche, sentencia de fecha 4 de mayo de 1995.

<sup>16</sup> Ver nota 12.

<sup>17</sup> Ver nota 13.

militar o de guerra para que la conducta quedara excluida de las normas del tratado de extradición.

El juez de primera instancia consideró que era de aplicación el Tratado de Extradición de 1886. En consecuencia, afirmó que el homicidio agravado estaba tipificado en ese Tratado. Se apartó así del criterio de la Fiscalía y aplicó con fundamento en la reforma de la Constitución de 1994 el art. 2, ley 23.379 aprobatoria de los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra, por el que quedaba expresada la voluntad del Estado argentino de oponerse a consagrar algún tipo de impunidad <sup>18</sup>.

En cuanto a la defensa de la cosa juzgada, en razón de la existencia de una sentencia del Tribunal Militar de Roma de 1948 por el que se había condenado a un individuo y absuelto a los otros imputados de rango inferior, el juez de primera instancia, siguiendo los argumentos de la Fiscalía, entendió que estas objeciones era ajenas al proceso de extradición.

Por otra parte, el juez no compartió la posición del fiscal respecto de la no aplicación de los tratados de extradición y su desplazamiento a favor de la aplicación del art. 118 de la Constitución. Sostuvo que no podía dejarse sin efecto el Código de Procedimientos Penal ni la ley 1612 en cuanto a que éstos determinan la aplicación prioritaria de los tratados de extradición y, a falta de tratados, la práctica uniforme entre las naciones de conformidad con el principio de reciprocidad. La determinación de reciprocidad ante la inexistencia de tratado fue considerada como una facultad privativa del Poder Ejecutivo.

Para el juez, el pedido de extradición se refería a homicidio voluntario, por lo tanto lo encuadró dentro del art. 6, Tratado de 1886 como delito extraditable en conformidad a la tipificación del homicidio contemplada en el art. 79, Código Penal

En cuanto a la prescripción de la acción penal consideró el juez de primera instancia que esa institución no ostentaba jerarquía constitucional en el derecho positivo argentino, sino meramente legal y por lo tanto su no aplicación no afectaba el principio del debido proceso <sup>19</sup>. Se explayó sobre la jerarquía de los tratados a partir tanto del caso "Ekmekdjian" <sup>20</sup> como de la reforma de la Constitución de 1994 para asegurar que la no aplicación de un tratado implicaba su denuncia afectándose de esta forma la responsabilidad internacional del Estado. Luego se refirió a los protocolos de 1977 en relación a la prescripción de la acción determinada por el Tratado de Extradición de 1886. Hizo referencia al art. 2, ley aprobatoria 23.379 que expresaba declaraciones interpretativas en cuanto a los alcances del art. 44, incs. 2, 3 y 4, Protocolo I y cotejando el contenido de esta norma con el capítulo X del Código Penal sobre prescripción, de-

<sup>18</sup> El art. 2, ley 23.379, expresa declaraciones interpretativas a ser presentadas en el acto de depósito del instrumento de adhesión a los arts. 43, inc. 1, y 44, incs. 1, 2, 3 y 4, Protocolo I y al art. 1, Protocolo II.

<sup>19</sup> Citó en apoyo de su posición lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en *Fallos*, 211:1648.

<sup>20</sup> "Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo". 7 de julio de 1992, *Fallos*, 315:1494.

ció, de conformidad a la jerarquía de los tratados sobre las leyes, aplicar los Protocolos.

En nuestra opinión, esta decisión parte de un presupuesto falso puesto que no se basó en la aplicación de los Protocolos sino en la observancia de las declaraciones interpretativas a esos Protocolos que emanaban de una ley aprobatoria y no de un tratado.

Si bien el art. 2, ley 23.379 expresa categóricamente la voluntad del Estado argentino de aplicar los Protocolos en todos los casos de sanción individual que pudiera corresponder, descartando de plano algún tipo de exención de responsabilidad a favor de quienes violasen los Protocolos, debe recordarse que las declaraciones interpretativas de la Argentina en su conjunto, respondieron a intereses circunstanciales del Gobierno argentino influenciado por las posiciones asumidas por los gobiernos *de facto* respecto de los alcances del Protocolo I frente a presuntas pretensiones de grupos armados irregulares (guerrilleros) y a la eventual extensión de ciertos derechos a favor de esos grupos durante conflictos armados internos (Protocolo II).

En conclusión, el juez de primera instancia concedió la extradición solicitada encontrando que el delito por el que se requería al extraditable, es decir el homicidio múltiple agravado, figuraba entre los delitos contemplados en el Tratado de Extradición aplicable entre la República Argentina e Italia, es decir el Tratado de 1886<sup>21</sup>. En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos por los que procedía la extradición, el juez aplicó los Protocolos Adicionales alegando que los tratados programáticos, a partir de la reforma de la Constitución Nacional, daban posibilidad al Poder Judicial de hacerlos operativos para un caso particular en razón de que tenían jerarquía sobre leyes que contradecían sus preceptos. Sostuvo asimismo que la Corte Suprema había ya expresado que la garantía constitucional de la defensa en juicio no requería que se asegurase al acusado la exención de responsabilidad por el solo transcurso del tiempo<sup>22</sup>.

## V. FUNDAMENTOS PARA DENEGAR LA EXTRADICIÓN SEGÚN LA CÁMARA DE APELACIONES<sup>23</sup>

Frente a la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la extradición, la defensa presentó recursos de apelación y nulidad contra el fallo.

<sup>21</sup> Consideró a contrario que en los casos "Bohne" y "Schwammberger", no existía tratado con Alemania por lo tanto se concedieron las extradiciones sobre la base de la reciprocidad y la práctica general de las naciones, regulándose la prescripción por el derecho del Estado requirente de conformidad con el Código de Procedimientos Penal argentino; conf. art. 655, inc. 5.

<sup>22</sup> Citó sobre el particular lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso de *Fallos*, 211:1684.

<sup>23</sup> Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, 23 de agosto de 1995, "Prierke, Erich s/extradición".

La solicitud de nulidad se fundó en el hecho de que durante la sustanciación del proceso en primera instancia no se comprobó que Priebke poseía la condición de refugiado de acuerdo con el dec. 231/1990.

Asimismo sostuvo la defensa que el pedido de extradición había sido formulado por homicidio culposo de cinco personas fusiladas por error de contabilidad y la extradición se concedió por la muerte de 335 personas. Según la defensa, esta afirmación colocó a Priebke en situación de indefensión que justificaba por sí misma la nulidad absoluta del fallo.

La defensa sostuvo también que son de aplicación al caso los tratados firmados por la República Argentina con Italia sobre extradición, es decir los Tratados de 1886 y 1987. Alegaron que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 vigente desde 1980 no era retroactiva, por lo tanto no debía aplicarse el Tratado de 1886 a pesar de que la defensa consideró como relevante para el caso durante la primera instancia.

Para la defensa no eran tampoco de aplicación los Protocolos de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra, porque existía entre la Argentina e Italia tratados específicos de extradición que establecían que los delitos que se imputaban como base de la extradición no debían haber prescrito para el derecho del Estado requirente o para el del Estado requerido. En resumen, como el pedido era por homicidio y el homicidio prescribía a los quince años, no era factible la extradición en aplicación de los tratados de extradición entre los Estados involucrados.

El fiscal de Cámara, por su parte, reiteró lo alegado por el fiscal en primera instancia respecto de la no-aplicación de los tratados de extradición en razón de que los hechos atribuidos a Priebke constituían crímenes de guerra. Los tratados de extradición sólo regulan delitos comunes por lo que la extradición por crímenes de guerra se encontraba regulada por el derecho internacional consuetudinario aplicable en función al art. 118, CN <sup>24</sup>.

En cuanto a la nulidad articulada respecto de la no-aplicación del dec. 251/1990, la defensa constató que el Ministerio de Relaciones Exteriores en ninguna de sus comunicaciones con el Tribunal reveló si la persona requerida poseía la condición de refugiado conforme lo establece el art. 1 del dec. 251/1990; en consecuencia, dicha omisión permite descalificar como acto jurisdiccional el fallo apelado.

Sobre el particular, el voto del Dr. Carlos A. Muller, al que se adhiere en líneas generales el Dr. Pérez Petit <sup>25</sup> (en adelante referido como voto de la ma-

<sup>24</sup> El fiscal expresó que "Acudiendo a las normas del derecho de gentes que se refiere el art. 118, CN, aplicable a los crímenes de guerra como el que motiva este pedido de extradición y que derivan de la práctica uniforme de las naciones y de convenciones multilaterales que son de aplicación obligatoria para los Estados que forman la comunidad internacional no es posible acceder al requerimiento efectuado por la defensa"; consid. 1.2, fs. 939.

<sup>25</sup> El voto del Dr. Pérez Petit coincide con el voto de Muller respecto de que el pedido de extradición se basó en la comisión de delitos comunes. Rechaza la aplicación de la definición de crímenes

yoría de la Cámara), entendió que la omisión del Ministerio debía interpretarse como que la condición de refugiado o no refugiado se había tenido en cuenta, o que como no se encontraba dentro de esa categoría, se procedió sin más trámite a formular el pedido de extradición. La mayoría reconoció la existencia de una omisión, pero presumió que el análisis de la situación de Priebke como refugiado o no, se había tenido en cuenta <sup>26</sup>.

En cuanto a la alegación de la defensa sobre el hecho de que el tribunal de primera instancia se había excedido en la definición de los términos en que quedó trabada la *litis*, la mayoría de la Cámara cuestionó el que la defensa haya introducido este tema en la alzada y en ocasión de expresar agravios. No habiéndolo hecho durante el trámite sustanciado en primera instancia, la mayoría rechazó el fundamento de esa aducida nulidad. En ese contexto, la mayoría de la Cámara también rechazó ese argumento en razón de que la solicitud de extradición de Priebke fue requerida para juzgarlo con relación al delito de participación en violencia con homicidio continuado y agravado por haber provocado la muerte de 335 personas actuando en concurso con otras personas y mediante el uso de armas de fuego <sup>27</sup>.

Por otra parte, la mayoría de la Cámara expresó que por nota verbal de la Embajada de Italia a pedido del Ministerio de Gracia y Justicia de Italia se solicitó el arresto provisorio en el marco del art. 15, Convención sobre Extradición de 1987 por los delitos de concurso en violencia con homicidio agravado y continuado por haber, en concurso con otros, causado a tiros de arma de fuego la muerte de 335 personas.

La mayoría de la Cámara tomó nota de que del examen de las actuaciones en el juicio a Herbert Kappler y a otros militares alemanes se evidenciaban graves indicios de culpabilidad contra Priebke. Ante todos estos antecedentes, la

---

de guerra de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de conformidad con las declaraciones interpretativas realizadas por la Argentina al momento de adherirse a los protocolos (art. 2, ley 23.379). Opinó que no resultaba posible considerar que no se había operado la extinción de la acción penal por prescripción. La solicitud de extradición se basaba en el "reato" delito de "participación en violencia con homicidio continuado y agravado, actuado en concurso con otras personas y mediante el uso de armas de tiro". Sostuvo que quedó claramente demostrado que el principio del *nullum crimen* se aceptó en los tratados que tipifican delitos internacionales sujetos a extradición (genocidio, tortura), incorporados con rango constitucional por el art. 75, inc. 22, CN.

<sup>26</sup> "Ello significa que si, por el contrario, dieron curso a la solicitud de extradición, formulada por la República de Italia, el ciudadano requerido no posee la condición de refugiado", voto del Dr. Muller, consid. 2.1.

<sup>27</sup> La nota remitida por Interpol hace referencia a que juntamente con Herbert Kappler y otros militares alemanes ocasionaron la muerte de 335 ciudadanos italianos, militares y civiles que no participaban de las operaciones de guerra, voto del Dr. Muller, consid. 2.2. Por otra parte el encarcelamiento cautelar se dictó por el delito de concurso en violencia con homicidio continuado y agravado, por haber en fecha 24 de marzo de 1944, con otros, causado la muerte a 335 personas; *idem* ant. consid. 2.2.2. Asimismo, el juez para las Investigaciones Preliminares del Tribunal Militar de Roma expresó que el requerido debe ser juzgado en orden al delito de concurso en violencia con homicidio continuado con daño de ciudadanos italianos.

mayoría reconoció que la solicitud de extradición no se refería al homicidio culposo de cinco personas, sino que para el tribunal requirente se refería a la muerte de 335 ciudadanos italianos entre militares y civiles imputándose al requerido la participación en violencia con homicidio continuado y agravado, actuando en concurso con otras personas y mediante el uso de armas de tiro.

En cuanto a lo alegado por la defensa sobre la falta de cumplimiento de la audiencia prevista por el art. 41, Código Penal, la mayoría de la Cámara reiteró la doctrina de la Corte Suprema en cuanto a que el trámite de extradición no importa el conocimiento de las cuestiones de fondo en el proceso, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo en los hechos que dan lugar al reclamo. En este contexto la Corte Suprema sostuvo reiteradamente que no son admisibles en el trámite de extradición aquellas defensas que se vinculan con cuestiones que deberán ser interpuestas en la causa que motiva la solicitud y resueltas por la autoridad judicial extranjera con competencia <sup>28</sup>.

Respecto de la aplicación o no de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra, la mayoría de la Cámara afirmó que la ausencia de invocación de determinadas normas por las partes no impide al juzgador, siempre que respete las bases fácticas de las cuestiones sometidas a su consideración, a que aplique correctamente el derecho y subsane toda posible imprecisión legal. La doctrina de la Corte Suprema es coherente en cuanto a que entre las potestades propias de los tribunales de la causa, se halla la de encuadrar el litigio dentro de las normas que sean aplicables, aunque hubiesen sido en todo o en parte, ajenas a los planteos de los litigantes. Esta aplicación del principio procesal *iura curia novit* no implica para la mayoría de la Cámara agravio constitucional <sup>29</sup>.

En cuanto a la calificación de los hechos por los que se requiere la extradición y frente a la posición del fiscal que consideró que se trataba de crímenes de guerra regulados por el derecho de gentes, la mayoría de la Cámara, encontró que el juez de primera instancia había acertadamente resuelto que el requerimiento era por homicidio, y que no correspondía por lo tanto al Estado requerido caracterizar los hechos imputados como crímenes de guerra. La conducta por la que se requirió la extradición estaba contemplada en el tratado de extradición como materia de extradición y al no apelar el fiscal, la calificación de los hechos materia de extradición como homicidio, quedó firme. La mayoría de la Cámara expresó que la Corte Suprema había sostenido al diferenciar entre los procesos penales y la tramitación de una extradición pasiva, que esas diferencias no pueden llevar a la conclusión de que el sujeto requerido no se encuentre amparado por la garantía constitucional de la defensa en juicio, dentro de la

<sup>28</sup> Voto del Dr. Muller, consid. 2.3.

<sup>29</sup> Consid. 2.4, *Fallos*, 297:485, 300:1074.

cual se incluye la prohibición de realizar caracterizaciones independientes de las realizadas por el Estado requirente <sup>30</sup>.

Asimismo la mayoría sostuvo que el propio Ministerio de Gracia y Justicia del Estado requirente calificó al delito por el que se requería la extradición como un *reato* (delito de derecho común) al que se aplicaba el art. 6, Tratado de Extradición de 1987 que prevé la posibilidad de conceder la extradición también por delitos militares siempre y cuando éstos tengan uno equiparable en los casos previstos por la legislación penal ordinaria.

La mayoría de la Cámara admitió que el Estado requirente consideraba que el delito atribuido a efectos de la extradición no prescribía por encontrarse reprimido con cadena perpetua (*"ergastolo"*). Consideró que el requirente había hecho apreciaciones meramente personales al sostener la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, al mencionar la res. 3074 del 3 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y al afirmar que, de las pruebas recogidas, la conducta criminal de Priebke encuadraba dentro de crímenes contra la humanidad.

La Cámara encontró que esas consideraciones de tipo general o político no habilitaban al juez del requerido a calificar el hecho como un crimen de guerra en razón de que las resoluciones de la Asamblea General no son obligatorias <sup>31</sup>.

En segundo lugar, consideró la mayoría de la Cámara que el juzgador debía sujetarse a la regla del *"nullum crimen, nulla pena, sine lege"*, cuya jerarquía fue expresamente ratificada por la República Argentina cuando se adhirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual en virtud del art. 75, inc. 22, CN, y en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional.

Debe recordarse que la República Argentina realizó una reserva a la parte final del art. 15 de ese Pacto <sup>32</sup>. La reserva Argentina se refiere a que la aplicación del apartado segundo del art. 15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18, CN. Al respecto, la mayoría sostuvo que aun cuando fuera opinable si los crímenes de guerra integran el catálogo de delitos del ordenamiento sustantivo vigente, "resulta claro que no lo eran con anterioridad a los hechos atribuidos al *extraditurus*, motivo por el que no es factible subsumir tales episodios, con riesgo de vulnerar el mencionado precepto constitucional, en dicha calificación" <sup>33</sup>.

<sup>30</sup> ED, 131-608, en voto del Dr. Muller, consid. 3.2.

<sup>31</sup> Para avalar su posición, la mayoría citó erróneamente a MONCAYO - VINUESA - GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho internacional público*, t. I, Zavalía, 1977, quienes en el mismo texto a su vez sostienen que las resoluciones de la Asamblea General pueden, según los casos, ser consideradas como prueba de una costumbre internacional.

<sup>32</sup> La segunda parte del art. 15, Pacto de Derechos Civiles y Políticos se refiere a que nada de lo que el tratado dispone se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

<sup>33</sup> Voto del Dr. Muller, consid. 3.2.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta la existencia tanto de normas convencionales como consuetudinarias que vinculan a la República Argentina en materia de crímenes de guerra, la mayoría de la Cámara desconoció la vigencia y los alcances de las normas del derecho internacional que tipificaron a los crímenes de guerra como delitos punibles con anterioridad a la fecha en que se cometieron los hechos que se le imputaban al extraditable. En este contexto, es grave el haber ignorado el contenido y alcances de las normas expresadas en el Convenio IV de La Haya de 1907, como así también de las obligaciones asumidas por los Estados Parte del Acta de Chapultepec, y las definiciones del Estatuto del Tribunal de Nuremberg respecto de crímenes de guerra, que cristalizaron el contenido de normas consuetudinarias precedentes.

En cuanto a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas a crímenes de guerra es evidente que las resoluciones de la Asamblea General no son obligatorias *per se*, pero sus contenidos relativos a crímenes de guerra son una clara confirmación de la existencia de una tipificación de los crímenes de guerra a través de las prácticas de los Estados, es decir de la costumbre internacional.

En este contexto es inválida la referencia que la mayoría de la Cámara hizo a la reserva que la República Argentina formulara a la segunda parte del art. 15, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en razón de que la tipificación de los crímenes de guerra se encontraba ya incorporada al derecho internacional vinculante para la Argentina al momento de la comisión de los hechos imputados al requerido en extradición.

Cabe asimismo destacar que, coherente con la posición que asumió la mayoría de la Cámara respecto del delito por el que se solicitó la extradición, en ningún momento hizo referencia a que dicha solicitud fue encuadrada como homicidio múltiple agravado por haberse cometido durante un conflicto armado internacional, presupuesto este último indispensable para configurar la tipología de los crímenes de guerra.

Para la mayoría de la Cámara tampoco fue posible, dentro de los términos de la rogatoria, encuadrar los hechos imputados como genocidio toda vez que en los procedimientos sobre extradición las autoridades del Estado requerido sólo deben examinar el cumplimiento de los recaudos formales a más de sí el ilícito por el cual se efectúa el requerimiento se encuentra dentro de los delitos que componen el Código Penal.

En cuanto al análisis del régimen legal aplicable, la mayoría de la Cámara se concentró en el tema de la prescripción de la acción penal. El Tratado de 1886, en su art. 6 enumera al homicidio voluntario y al asesinato como infracciones por las cuales corresponde proceder a la extradición. El Tratado de 1987 prescribe que la extradición se admitirá exclusivamente por los delitos punibles, según las leyes de ambas partes entre los cuales figura en homicidio.



En cuanto a la prescripción, la mayoría de la Cámara sostuvo que coincidían ambos tratados en cuanto a que no correspondía la extradición si de acuerdo con la legislación del Estado requirente o requerido, la acción penal o la pena se encontraban prescriptas<sup>34</sup>. Como para la Argentina el homicidio prescribe a los 15 años, si bien en Italia los delitos con penas que implican cadena perpetua no prescriben, se daban los condicionamientos para considerar que el requerimiento no prosperase.

Tanto el juez de primera instancia como la defensa sostuvieron que el Tratado de 1886 era el que regía el proceso de extradición, con fundamento en que ningún habitante de la Nación podía ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Según la mayoría de la Cámara, la reserva formulada por la Argentina al art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>35</sup> dejó de lado la posibilidad de enjuiciar a culpables de actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. Esto es un grave error de la mayoría. La reserva formulada por la Argentina solamente reafirma la vigencia del art. 18 de la Constitución, y no prejuzga sobre el contenido de los actos u omisiones considerados como delictivos por el derecho internacional a una fecha crítica determinada.

La mayoría encontró que eran compatibles los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra con la institución de la prescripción del Código Penal. Descalificó a las declaraciones interpretativas efectuadas al momento de adherirse la Argentina a dichos protocolos al considerar que las declaraciones interpretativas difieren de las reservas en cuanto a sus efectos jurídicos. Es éste otro grave error en el que incurre la mayoría de la Cámara en cuanto a desconocer los alcances de la definición de reservas contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que considera

<sup>34</sup> Art. 8, Tratado de 1886 y art. 7, inc. b), Tratado de 1987.

<sup>35</sup> Ver el instrumento de ratificación del gobierno argentino del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su Protocolo Facultativo, aprobado por ley 23.313 de 1986 y promulgada por dec. 673/1986...”. Formuló la siguiente reserva: “El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional”. El art. 15, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que: “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. El art. 18, CN expresa que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”.

como reservas a todas aquellas declaraciones que tengan por objeto dejar sin efecto normas del tratado, cualquiera sea su denominación <sup>36</sup>.

La Argentina expresó al adherirse a los protocolos que los incs. 2, 3, y 4 del art. 44, Protocolo I de 1977 no pueden entenderse “como consagrando ningún tipo de impunidad para los infractores del derecho internacional aplicables a los conflictos armados, que los sustraiga a la aplicación del régimen de sanciones que corresponda en cada caso”, ni “como favoreciendo específicamente a quienes violan las normas cuyo objeto es la diferenciación entre combatientes y población civil” y tampoco “como debilitando la observancia del principio fundamental del derecho internacional de guerra que impone distinguir entre combatientes y población civil”. Atento al texto de las declaraciones interpretativas de la Argentina es notorio que la mayoría de la Cámara no se detuvo a comprender los alcances de las reservas formuladas que evidentemente tendían a limitar los alcances de los derechos de los grupos armados irregulares contemplados por los arts. 43 y 44, Protocolo I.

En la sentencia de Primera Instancia se sostuvo que los protocolos primaban sobre las normas del Código Penal sobre prescripción. La mayoría de la Cámara determinó que los protocolos tienen una naturaleza totalmente distinta de las que componen el ordenamiento represivo argentino. Sostuvo la mayoría que los mismos protocolos en materia de asistencia mutua judicial penal prescriben la aplicación de la ley de la Alta Parte contratante requerida. Así es que en el Protocolo I se expresa que “...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...” <sup>37</sup>. En el caso de la Argentina el derecho aplicable es entonces, para la mayoría de la Cámara, el del Estado requerido que contempla la observancia de los tratados de extradición.

La mayoría no encontró, en contradicción con la sentencia de la Primera Instancia que las normas de los protocolos, con sus declaraciones interpretativas, eran incompatibles con el Título X del Código Penal y por lo tanto aquéllas no prevalecían sobre éstas.

La mayoría de la Cámara revocó la sentencia sobre la base de que la acción prescribió y de que el principio básico del derecho penal aplicable se relacionaba con la existencia de una previa definición de conductas como delictivas en resguardo del principio del *nullun crimen nulla pena sine lege*.

<sup>36</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2, “Términos empleados... d) Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado...”.

<sup>37</sup> Ver art. 88, inc. 3, Protocolo I de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

La mayoría hizo referencia a que el instituto de la extradición no sólo procuraba asegurar la represión de los delitos sino que también consagraba determinadas garantías a los sujetos sometidos a procesos de extradición. Por lo tanto se asegura a toda persona requerida de extradición el derecho a exponer los motivos por los que considera improcedente su entrega. Esos motivos encuentran sustento en los tratados de extradición aplicables en cuanto a la calificación del delito por el cual es requerido el extraditable. En este sentido, la mayoría entendió que el delito por el que se tramita la extradición es el de homicidio y que de acuerdo con los tratados bilaterales vigentes, al estar la acción prescripta, es improcedente la extradición y en consecuencia se revocó la sentencia de primera instancia <sup>38</sup>.

Confirma su posición la mayoría al afirmar que el art. 4, Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra el principio del *nullum crimen*, por lo tanto tampoco resulta posible asignar jerarquía a los protocolos respecto del Título X del Código Penal <sup>39</sup>. Consideró que tampoco colisionaba el Código Penal en materia de prescripción con la Convención sobre Tortura en cuanto ésta determina la procedencia de la extradición sujeta a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. El hecho de no haber dado rango constitucional a los protocolos significó, a entender de la mayoría, que no existía colisión entre sus normas y las normas del derecho penal interno. En nuestra opinión es éste otro grave error de la mayoría de la Cámara puesto que en los presupuestos antes referidos, no existe en principio colisión normativa alguna en razón de que los tratados de extradición se integran a los tratados que incluyen nuevas tipificaciones y viceversa.

En cuanto a la posibilidad de haber otorgado la extradición de conformidad al Tratado de extradición de 1987 la mayoría afirmó que esta materia quedó firme en primera instancia. Sin embargo, de haberse aplicado como lo solicitó el Estado requirente se hubiese llegado a igual resultado en razón de que el tratado de 1987 no realiza ningún tipo de distinción entre delitos comunes y de guerra o de lesa humanidad, pese a la existencia de innumerables pactos sobre la materia. Cabe recordar que el art. 7, inc. b) del Tratado de 1987 recepta la prescripción de la acción o de la pena como una excepción a la extradición.

Finalmente se fundamentó el voto de la mayoría en la imposibilidad del juzgador de completar la tarea del legislador y de efectuar interpretaciones extensivas en perjuicio del extraditable <sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Invoca luego la mayoría de la Cámara un viejo fallo de la Corte Suprema en el que se estableció que de acuerdo con el art. 8 del Tratado con Italia no procede la extradición si la acción penal está prescripta, según la ley del país requirente o según la ley argentina, *Fallos*, 109:214. La Corte Suprema sostuvo en el caso "Ventura, Giovanni Battista" que es necesario respetar los tratados de extradición que establecen las condiciones bajo las cuales se otorgará ayuda; *Fallos*, 311:1925.

<sup>39</sup> Voto del Dr. Muller, consid. 3.6.

<sup>40</sup> Agrega la mayoría que de acuerdo con la Corte Suprema "no es posible sobre la base de principios de equidad, conciencia o íntima convicción completar los vacíos normativos porque esa tarea compete, exclusivamente al legislador...", consid. 3.7, ver, *Fallos*, 302:973; 304:1007, 1733; 305:538.

La Cámara por sentencia del 23 de agosto de 1995 revocó, por mayoría, el fallo de primera instancia que había concedido la extradición solicitada por el gobierno de Italia.

Por nuestra parte consideramos que los criterios adoptados por la mayoría no le permitió el reconocer la existencia de una costumbre internacional vinculante para la Argentina al momento de la comisión de los hechos imputados al extraditable. Tampoco reconoció la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra como expresión de la evolución del derecho consuetudinario internacional. Desconoció asimismo el complejo contenido de la solicitud de extradición, limitándose a realizar una interpretación parcial y no abarcativa de las circunstancias relativas al estado de guerra que indefectiblemente condicionaron la caracterización del tipo delictivo descrito en esa solicitud como crímenes de guerra.

#### VI. FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA PARCIAL A LA SENTENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES

El Dr. Miguel Ángel Vilar, tercer integrante de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, coincidió en su voto con los fundamentos del voto del Dr. Muller en cuanto a las causales de nulidad pero disintió en cuanto al resto del pronunciamiento del preopinante. Sobre el tema de si el pronunciamiento no debe ser modificado en disfavor del inculpado, ello no impediría según el Dr. Vilar a que la Cámara confirme el fallo de primera instancia, aunque lo haga con fundamentos distintos a los empleados en dicha sentencia. Al respecto el Dr. Vilar recordó que la Corte Suprema había sostenido que siempre que se mantenga dentro del mismo sustento fáctico, la calificación hecha sobre la base de un pedido de extradición puede ser diferente a la efectuada en primera instancia <sup>41</sup>.

En cuanto al delito por el que se solicitaba la extradición, el Dr. Vilar sostuvo que a Priebke se lo acusaba por crímenes de guerra. Entendió que los crímenes de guerra se distinguen de los crímenes comunes porque se realizan durante un conflicto armado y bajo condiciones que acrecientan la responsabilidad de quienes los cometen. Por lo tanto los crímenes de guerra no pueden ser apreciados bajo la óptica del derecho común. Afirmó el Dr. Vilar que el crimen de guerra está fuera de la ley positiva y pertenece al ámbito del derecho natural. Sostuvo que en la decisión judicial no puede estar ausente todo aquello que hace a la convivencia social, ni la justicia como valor. La Constitución Nacional consagra estos principios en su preámbulo al promover el bienestar ge-

<sup>41</sup> Los tribunales penales de apelación “no se encuentran sujetos a la calificación que, de los hechos de la causa, hayan hecho las partes o los jueces inferiores, ya que su jurisdicción sólo encuentra límites en los hechos que han sido objeto de debate”. Conf. *Fallos*, 242:277; 274:402. Ver caso “Calalillo”, *Fallos*, 238:550.

neral y afianzar la justicia, que deben considerarse como cláusulas operativas de la Constitución. Estos valores son preexistentes a la ley positiva ya que hacen a la esencia del derecho natural y se plasman en convenios, resoluciones y normas del derecho consuetudinario. El Dr. Vilar reconoció el haber tomado en consideración la "teoría triológica" del Dr. Goldshmidt a efectos de fundamentar su posición <sup>42</sup>.

En este contexto el Dr. Vilar recalcó que no tenía sentido el hacer prevalecer el principio de *nullun crimen* que pertenece a los ordenamientos internos pero no al derecho internacional. Tampoco podía entenderse que los crímenes de guerra fueran prescriptibles, si se tiene en cuenta que dicho instituto es privativo del derecho interno.

A nuestro entender, son estos errores conceptuales graves a efectos de fundamentar su voto tanto en el derecho natural como en el derecho de gentes. El Dr. Vilar parece confundir el contenido del derecho consuetudinario internacional con el derecho natural.

Concluyó el Dr. Vilar asegurando que la extradición es un acto de asistencia jurídica internacional que se identifica con un servicio o esquema de cooperación judicial. Los tratados de extradición sólo se refieren a delitos del derecho común, por lo tanto no son de aplicación respecto de los crímenes de guerra. Por lo tanto debe resolverse la extradición por crímenes de guerra en conformidad con el derecho de gentes y con la costumbre internacional. La costumbre es una fuente autónoma y se manifiesta en normas vinculantes como el Acta de Chapultepec por el que la Argentina se obligó a que los responsables de crímenes de guerra sean entregados a los efectos de ser juzgados <sup>43</sup>.

## VII. FUNDAMENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN PARA OTORGAR LA EXTRADICIÓN

El caso Priebke llega a la Corte Suprema en virtud del recurso ordinario de apelaciones interpuesto por el fiscal de la Cámara Federal de Apelaciones de la Provincia de Río Negro.

Los criterios definidos por el procurador general para fundamentar la extradición de Priebke no son seguidos por la mayoría de la Corte Suprema en su sentencia del 2 de noviembre de 1995 <sup>44</sup>. La decisión de la mayoría provocó disidencias y votos separados que expresan opiniones claramente irreconciliables.

<sup>42</sup> El Dr. Vilar cita en su voto a GOLDSHMIDT, W., *Introducción filosófica del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 513.

<sup>43</sup> Conf. caso "Bohne", *Fallos*, 265:217 y "Schwammberger", *Fallos*, 315:256. "La extradición es un acto de contribución a la justicia", del voto de Vilar (*in fine*).

<sup>44</sup> *Fallos*, 318:2148, 2 de noviembre de 1995.

## 1. Dictamen del procurador general de la Nación

El procurador general en su Dictamen <sup>45</sup> califica los hechos imputados a Priebke en el pedido de extradición como crímenes de guerra. Parte de la definición de crimen de guerra utilizada por los Tribunales de Nuremberg al sostener que un crimen de guerra es aquel que se comete en violación de las leyes o costumbre de la guerra. El asesinato de poblaciones civiles en los territorios ocupados, el asesinato de prisioneros de guerra y la matanza de rehenes son crímenes de guerra en conformidad con el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg <sup>46</sup>. Los crímenes de guerra son crímenes cometidos contra la humanidad y regulados por el derecho internacional. Por lo tanto, los hechos que motivan el pedido de extradición encuadran en la universalmente aceptada definición de crímenes contra la humanidad.

El procurador hace luego referencia al criterio sostenido en casos anteriores por la Corte Suprema por el cual no resulta óbice para el encuadramiento jurídico que efectúa el Estado requerido, el *nomen juris* adoptado por el requirente en razón de que la calificación de los hechos no es abstracta sino que depende de un hecho concreto circunstanciado en el tiempo y en el espacio <sup>47</sup>.

Por su parte la defensa del extraditable asumió que los crímenes de lesa humanidad eran imprescriptibles. En este sentido justificó la extradición de Schwammberger en el hecho de que el pedido de extradición se fundamentó en la imputación de crímenes contra la humanidad a diferencia de lo que aconteció con el pedido de extradición de Priebke que no involucró a esos crímenes en la caracterización del delito motivo de la solicitud de extradición.

En el razonamiento del procurador todo crimen de lesa humanidad, como lo son los crímenes de guerra, involucra al principio de inexorabilidad en su juzgamiento, del que se deriva el de imprescriptibilidad. Por tal motivo, consideró que no eran de aplicación los tratados de extradición que no contemplaban el supuesto de los crímenes de guerra que estaban regulados por otros principios del derecho no convencional del derecho de gentes.

El procurador invocó los argumentos sostenidos por el juez federal de Bariloche para conceder la extradición. En esa sentencia, el juez sostuvo la supremacía de la ley 23.379, aprobatoria de los Protocolos de 1977 Adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, respecto de las disposiciones del Código Penal referidas a la prescripción de la acción <sup>48</sup>.

<sup>45</sup> *Fallos*, 318:2148. 2 de noviembre de 1995, dictamen del procurador Ángel Nicolás Agüero Iturbe, 31 de agosto de 1995.

<sup>46</sup> Ver Título II, art. 6, inc. b). Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg; Considerando II, Dictamen del Sr. procurador.

<sup>47</sup> Conf. *Fallos*, 297:485, 300:1074.

<sup>48</sup> Ver, Título X, Libro Primero del Código Penal.

Así es que, el art. 2 de la ley aprobatoria establece que las disposiciones del art. 44 incs. 2, 3 y 4, Protocolo I, 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.

Como ya fuera discutido, la antedicha declaración interpretativa se limita a los alcances del art. 44, Protocolo I que se refiere: al mantenimiento del estatuto de combatiente y de prisionero de guerra aun a favor de aquellos que hayan violado las normas de derecho internacional aplicables a los conflictos armados (inc. 2); a la obligación de distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque (inc. 3); y a la continuación, aun frente a la pérdida del estatuto de prisionero de guerra, de la protección equivalente a la otorgada a los prisioneros de guerra (inc. 4).

En nuestra opinión consideramos que las declaraciones interpretativas expresadas en la ley aprobatoria de los protocolos adicionales, no adquieren la jerarquía que la reforma de la Constitución le otorga a los tratados internacionales. Por otra parte, si estas declaraciones interpretativas fueran consideradas como reservas a los protocolos adicionales, al incluirse éstas en la manifestación del consentimiento del Estado argentino en obligarse por esos protocolos, los alcances de esas declaraciones o reservas quedarían limitados de todas maneras a los objetivos perseguidos en esas declaraciones o reservas. Esos objetivos se identifican con el interés de limitar o restringir potenciales abusos de la invocación del estatuto del combatiente o del prisionero de guerra, situaciones ambas fuera de contexto en el presente caso de extradición.

Debe recordarse que la República Argentina se adhirió a los Protocolos Adicionales de 1977, recién en 1986. En este contexto la aplicación de sus normas o de las reservas a sus normas a hechos acontecidos en 1944 debió inexorablemente relacionarse con el contenido de normas consuetudinarias vigentes en esa época y codificadas en los Protocolos. Por lo tanto, la invocación lisa y llana de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 a hechos acontecidos en 1944 es, en principio, cuestionable.

## **2. Fundamentos de la mayoría**

La Corte Suprema por sentencia del 2 de noviembre de 1995, revocó la sentencia apelada e hizo lugar a la solicitud de Extradición de Erich Priebke por la muerte de trescientas treinta y cinco personas.

En sus fundamentos, la Corte Suprema sostuvo que el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos de entre los trescientos treinta y cinco muertos, configura *prima facie* y ante las particulares circunstancias del caso, delito de genocidio<sup>49</sup>. Asume la Corte Suprema que, frente a la índole de tal calificación (genocidio), el país requirente ha solicitado la extradición sin perjuicio de que los tribunales del lugar en donde se ha cometido el delito, juzguen en definitiva sobre su naturaleza<sup>50</sup>.

Esta afirmación posibilitaría al Estado requirente el redefinir la naturaleza del delito por el que se solicitó la extradición, a la vez que le permitiría redefinir aún la naturaleza del delito por el que se concedió la extradición.

Agrega luego la Corte 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 de *ius cogens* del derecho internacional<sup>51</sup>.

En nuestra opinión esta aseveración de la Corte es sorprendente puesto que no define cuál es el contenido de la norma de *ius cogens* que invocó para calificar los hechos imputados como delitos contra la humanidad.

La Corte concluyó que los delitos contra la humanidad no prescriben y por lo tanto corresponde hacer lugar a la extradición solicitada<sup>52</sup>.

La Corte en sus fundamentos calificó la muerte de setenta y cinco judíos en las Fosas Ardeatinas como delito de genocidio. Es posible presumir que la Corte al sostener que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requerido o requirente, asume que el genocidio es un delito contra la humanidad, para luego concluir que “no hay prescripción de los delitos de esa laya”<sup>53</sup>. La lógica que se pretende intuir en el razonamiento de la Corte choca con la decisión de extraditar por la muerte de trescientos treinta y cinco personas, cuando la Corte sólo constata la configuración del delito de genocidio contra setenta y cinco judíos.

Es evidente que la mayoría de la Corte intenta evitar la calificación de los hechos imputados a Priebke como crímenes de guerra. Tal vez en forma inconsciente dejó la Corte en sus consids. 3º y 4º la posibilidad para que el tribunal requirente, independientemente de haberse fundado la extradición en la presunción de la comisión del delito de genocidio, califique las conductas imputadas a Priebke como crímenes de guerra. Recobra así importancia lo expresado por la Corte en cuanto a que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el

<sup>49</sup> Ver. consid. 2º.

<sup>50</sup> Conf. arts. 75, inc. 22, y 118, CN y arts. II, III, V, VI y VII. Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, consid. 3º.

<sup>51</sup> Consid. 4º.

<sup>52</sup> Ver consid. 5º.

<sup>53</sup> Ver consids. 4º y 5º.



proceso de extradición sino de los principios de *ius cogens* del derecho internacional. En este sentido, el Estado requirente estaría autorizado por el Estado requerido a calificar a los delitos imputados a Priebke como crímenes de guerra que se subsumen dentro de los crímenes de lesa humanidad según como entendiere el Estado requirente el contenido de una norma definida por la Corte Suprema argentina como de *ius cogens*.

### **3. Primera variante sobre lo decidido por la mayoría: Posición asumida por dos jueces de la Corte**

Los doctores Julio Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, en sus respectivas condiciones de presidente y vicepresidente de la Corte sostuvieron que el Tratado de Extradición de 1987 entre la Argentina e Italia era de aplicación en la tramitación del pedido de extradición de Priebke. Asimismo sostuvieron que ese tratado no puede ser aplicado en abstracto sino dentro del contexto general de las normas del derecho internacional vinculantes entre el Estado requirente y el Estado requerido.

Reconocen la vigencia de normas del derecho internacional consuetudinario relativas a la definición de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Sin embargo llegan a la conclusión de que no existe una norma general del derecho internacional consuetudinario, oponible a toda la comunidad internacional que determine la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

En realidad Nazareno y Moliné O'Connor debieron precisar si la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra era, como norma consuetudinaria, oponible a la República Argentina independientemente de que esa norma fuera oponible o no a toda la comunidad internacional en su conjunto.

A esos efectos debieron basarse en las actitudes del Estado argentino, es decir en sus actos concluyentes tendientes a receptar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra. En este contexto, llaman sin embargo la atención sobre el hecho de que si bien la Argentina no ha manifestado aún su consentimiento en obligarse por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de 1968, consideran que no puede soslayarse el hecho de que las dos Cámaras del Congreso Nacional hayan sancionado la ley que aprueba dicha Convención. Son a nuestro entender estos hechos que deben computarse como actos concluyentes de los órganos del Estado relevantes en la determinación de prácticas conducentes a la formulación o aceptación de normas consuetudinarias internacionales <sup>54</sup>.

Sin embargo los jueces en su voto separado sostienen que esa limitación relativa a la prescriptibilidad de los crímenes de guerra no alcanza a los hechos

<sup>54</sup> Ver consid. 77 del voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor.

que motivan el pedido de extradición puesto que entre los derechos inalienables reconocidos por la comunidad internacional se encuentran la prohibición del genocidio, el principio de no-discriminación racial y los crímenes de lesa humanidad. Reconocen a estas normas el carácter de *ius cogens* sin detenerse a analizar o describir la práctica internacional de los Estados en la que supuestamente basan su conclusión.

Nazareno y Moliné O'Connor simplemente sostienen que las conductas imputadas a Priebke encuadran dentro de las características típicas de los crímenes contra la humanidad cometidos contra población civil y prisioneros de guerra durante un conflicto armado.

Al reconocer que la represión de los crímenes contra la humanidad deriva de principios de *ius cogens* del derecho internacional, concluyen que esos delitos son imprescriptibles y por lo tanto corresponde hacer lugar a la extradición solicitada <sup>55</sup>.

Nazareno y Moliné O'Connor, en su voto separado reafirman el contexto político del voto de la mayoría al redefinir a los crímenes de guerra imputados a Priebke como crímenes contra la humanidad. Como estos últimos atentan contra principios derivados del *ius cogens* internacional, son imprescriptibles. Es ésta una manera elíptica para evitar el aceptar que los crímenes de guerra son imprescriptibles *per se*, sino a través de su identificación con los crímenes de lesa humanidad. Tal vez la justificación del voto separado pero concurrente con la mayoría es para avalar la idea de que los crímenes de guerra al asimilarse a los crímenes contra la humanidad, son imprescriptibles. Es ésta una posición distinta a la sostenida en el fallo de la Corte respecto de que la extradición procede en razón de que las conductas imputadas a Priebke encuadran dentro de la tipología del genocidio, que a su vez es reconocido como un crimen contra la humanidad.

#### **4. Segunda variante respecto del voto de la mayoría: la posición de otro de los jueces**

El Dr. Gustavo Bossert sostuvo por su parte que los hechos invocados como fundamento para la extradición encuadran dentro de la definición de crímenes de guerra contemplados por el derecho de gentes. Esa calificación legal de los hechos para el ordenamiento jurídico argentino se incluye dentro de los términos del Tratado de Extradición entre la Argentina e Italia de 1987.

<sup>55</sup> “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” (consid. 75).

Para Italia la acción penal relativa al delito imputado a Priebke no estaba prescripta en razón de que por su derecho interno correspondía aplicar la pena de “*ergastolo*” (perpetua) declarada imprescriptible. El problema que resta definir es el de si la acción penal está prescripta para el derecho argentino.

Bossert sostiene que ni los Convenios de Ginebra de 1949 ni sus Protocolos Adicionales contienen normas específicas sobre el particular. Por su parte, el Código Penal y el Código de Justicia Militar argentino no contemplan en toda su dimensión los hechos por los que Priebke es requerido. Por lo tanto, Bossert recurre al derecho internacional consuetudinario y a los principios generales del derecho internacional que al formar parte del derecho interno argentino, las considera como fuentes válidas para la constatación de la existencia de normas aplicables a la extradición por crímenes de guerra.

Llega a la conclusión de que los crímenes de guerra son imprescriptibles como consecuencia del desarrollo del derecho internacional consuetudinario desde fines del siglo XIX. Menciona la definición de crímenes de guerra del Convenio IV de La Haya sobre la guerra terrestre y la sistematización realizada por el Estatuto del tribunal militar internacional de Nuremberg. Esas normas consuetudinarias se fueron cristalizando en distintas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y finalmente se plasmaron en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968. Esta última Convención es codificadora del derecho preexistente, por lo tanto la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra no es consecuencia de su adopción sino de la evolución de una norma consuetudinaria anterior en el tiempo a su entrada en vigor.

En cuanto a la actitud asumida por la República Argentina al abstenerse de votar al momento de la adopción de esa Convención en el seno de la Asamblea General, Bossert sostuvo que la Argentina no adoptó nunca una posición contraria a esa norma y que aún más, el Congreso de la Nación se manifestó a favor de su aprobación. Esta posición es coherente con el contenido de las Convenciones de La Haya de 1907 vinculantes para la República Argentina como con el contenido de la obligación que asumió a través del Capítulo relativo a la persecución y condena de los criminales de guerra del Acta Final de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz de Chapultepec<sup>56</sup>.

Bossert consideró acertadamente a nuestro entender, que la Argentina con anterioridad a la fecha de los hechos que se le imputan al extraditado, ya había prestado su aquiescencia y por lo tanto estaba obligada por la norma del derecho internacional que definía la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

Una clara expresión del argumento esgrimido por Bossert se destila de su afirmación relativa a “...que a la luz de estos antecedentes cabe concluir que en

<sup>56</sup> Ver dec. 6945/1945.

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”<sup>57</sup>. Esta presunción no aparece desvirtuada por el hecho de que la Argentina se abstuviera de votar la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra dado que “...en el orden interno ni en el internacional adoptó una conducta contraria a la del desarrollo progresivo a favor de la imprescriptibilidad”<sup>58</sup>.

En este sentido Bossert independiza los alcances de los crímenes de guerra en el derecho internacional de los alcances y efectos de los crímenes de lesa humanidad. Nazareno y Moliné O'Connor parten de la base de que los hechos por los que se reclama la extradición de Priebke, constituyen crímenes de lesa humanidad pero no avanzan en cuanto a distinguirlos de los crímenes de guerra sino que los identifican a los efectos de poder considerarlos como imprescriptibles. Por su lado, Bossert se aparta sustancialmente del trauma que genera en la mayoría de los miembros de la Corte el reconocer que los crímenes de guerra son, para la República Argentina, imprescriptibles.

En el caso de especie, Bossert sostuvo que si bien los atentados contra la vida se encuentran principalmente contemplados en el Código Penal y el Código de Justicia Militar, esta sistematización no es excluyente de otras figuras penales que protegen el bien jurídico de la vida en circunstancias vinculadas a conflictos armados. En esas situaciones son relevantes normas provenientes de tratados internacionales que vinculan a la República Argentina como son los Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 129 y 130, Convenio III y 146 y 147, Convenio IV); sus Protocolos Adicionales de 1977 (arts. 72, 75, 85, ap. 5 —infracciones graves— del Protocolo I) y el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Sobre el particular, Bossert expresó que “Sin embargo toda vez que la calificación como ‘crimen de guerra’ abarca la totalidad de atentados contra la vida por la que fue pedida la presente extradición, deviene innecesario examinar la entrega a la luz de aquel encuadre legal y, en consecuencia, el Tribunal adopta —al solo 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”<sup>59</sup>.

Para Bossert, la típica descripción de crímenes de guerra contenida en instrumentos internacionales no establece la naturaleza de la pena ni su monto. A

<sup>57</sup> Voto del Dr. Bossert, consid. 89.

<sup>58</sup> Consid. 91.

<sup>59</sup> Voto del Dr. Bossert, consid. 27.

esto se suma el hecho de que el legislador nacional no haya implementado sanciones penales adecuadas para este tipo de delitos, pero esta realidad no altera la vigencia de los restantes compromisos asumidos en el ámbito internacional en materia de extradición toda vez que esos procedimientos no tienen por objetivo determinar la culpabilidad del requerido sino sólo establecer si su derecho a permanecer en el país debe ceder ante la solicitud de cooperación internacional <sup>60</sup>.

Por lo tanto, el alcance válido que cabe asignar a la exigencia de pena mínima prescripta por el art. 2, Tratado de Extradición de 1987 —pena mínima de dos años privativa de la libertad— es el de fijar un umbral mínimo por debajo del cual los Estados Parte carecen de interés, en razón de la escasa gravedad de los delitos así sancionados, como para activar los mecanismos de la extradición <sup>61</sup>. De esta forma, según Bossert, se sustituyó el criterio de la enunciación taxativa de los delitos extraditables —contenida en el Tratado de 1886— como un desarrollo progresivo de los principios que rigen la cooperación internacional en materia penal a efectos de precisar los delitos sujetos a extradición <sup>62</sup>. En este contexto, concluye Bossert, deben incluirse los delitos contra el derecho de gentes (en el caso de especie, los crímenes de guerra) entre aquellos considerados por los tratados de extradición como extraditables.

## 5. Los fundamentos de las disidencias

### 5.1. Primera variante

Para los doctores Belluscio y Levene (h) los delitos imputados a Priebke eran “obviamente” homicidios y por lo tanto el plazo para la prescripción de la acción se había cumplido en exceso <sup>63</sup>. Los disidentes consideraron como “promiscua” la calificación que hizo el procurador general respecto de los hechos que motivaban la solicitud de extradición como delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Para arribar a estas conclusiones, los disidentes no se detuvieron a evaluar la existencia de normas del derecho internacional consuetudinario que, al ser parte del derecho interno argentino, debieron aplicar.

Simplemente hacen referencia al art. 51 parág. 6, Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 para expresar que las represalias prohibidas son crímenes de guerra. Pero no existiendo una norma convencional que establezca una pena a esos crímenes, ni existiendo normas internas en el de-

<sup>60</sup> Voto del Dr. Bossert, consid. 56.

<sup>61</sup> La intención es “...excluir la posibilidad de reclamos para aquellos delitos de menor gravedad que no justifican trámites internacionales de este tipo”, *Fallos*, 300:996).

<sup>62</sup> Voto del Dr. Bossert, consid. 59.

<sup>63</sup> Voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Levene (h), consid. 5°.

recho argentino o italiano que prevea una pena diferente de la reservada para el homicidio, o que regule el carácter prescriptible o no de la acción o de la pena, consideraron que debía rechazarse el pedido de extradición.

Por otra parte, sostuvieron los disidentes que si fueran considerados los hechos imputados como crímenes de lesa humanidad, sería aún más difícil asegurar la existencia de una pena o su carácter de imprescriptible, invocando principios indefinidos supuestamente derivados del derecho de gentes<sup>64</sup>. Avalan finalmente su posición mencionando que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, no había entrado aún en vigor para la República Argentina. Los disidentes desconocen una vez más la existencia de la costumbre como fuente generadora de obligaciones para los Estados al ignorar las prácticas reiteradas de Estados que cristalizaron una norma positiva de derecho internacional cuyo contenido coincide con el contenido de una convención que en este sentido adquiere el carácter de codificadora del derecho consuetudinario preexistente. En nuestra opinión, la actitud del Estado argentino frente al proceso de gestación de esa norma desde 1907 en adelante, ha comprometido su aquiescencia y por lo tanto su responsabilidad internacional respecto de su observancia.

Belluscio y Levene (h) finalmente sostuvieron que el principio del *nulla poena sine lege* no puede dejarse de lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo. Lo grave de esta afirmación es que se fundamenta en la ignorancia de los efectos y alcances de las normas consuetudinarias internacionales que vinculan a la Argentina. Si al decir de los disidentes, “muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el de *nulla poena sine lege*”, no deja de tener un sentido cínicamente peyorativo el considerar —como lo expresan los mismos disidentes— que dejar de lado este principio “...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”<sup>65</sup>. La distorsión que implica esta aseveración se constata, no en la presunción de la inexistencia de una costumbre que exceptúa la aplicación de aquel principio sino en la incapacidad de comprender que el contenido de la “ley previa” pueda exprese en una costumbre internacional.

## 5.2. Segunda variante

Petracchi en su disidencia no cuestiona la posibilidad de considerar los hechos imputados a Priebke como crímenes de guerra, sino que sus diferencias

<sup>64</sup> Voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Levene (h), consid. 6°.

<sup>65</sup> Voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Levene (h), consid. 8°.

con la mayoría se centran en la inexistencia de una pena prevista por el derecho interno de ambos Estados. Sostiene que conductas configurativas de crímenes de guerra y de lesa humanidad son contrarias a derecho pero no autónomamente punibles (consid. 6º).

#### VIII. TRATAMIENTO DEL CASO "PRIEBKE" POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS

La justicia italiana consideró, en última instancia, la calificación de los hechos imputados a Priebke en el pedido de extradición como crímenes de guerra y a su vez determinó la no-aplicación del instituto de la prescripción a los crímenes de guerra <sup>66</sup>.

La entrega de Priebke a las autoridades italianas generó un primer incidente judicial relativo a la competencia militar o penal común para entender en el correspondiente procesamiento. Si bien el pedido de extradición lo había formulado el Tribunal Penal Militar, el fiscal público entendió que debía intervenir en razón de que los delitos que se imputaban a Priebke eran delitos comunes. Antes de que se pronunciara la Corte de Casación, el juez penal ordinario se declaró incompetente al entender que los delitos que se imputaban a Priebke no encuadraban dentro del Código Penal sino dentro del Código Penal Militar de Guerra.

En un primer juicio ante el Tribunal Militar de Roma, Priebke fue encontrado culpable de los crímenes de violencia con homicidios múltiples contra ciudadanos italianos, con circunstancias agravantes descritas en los arts. 13 y 185, Código Penal Militar de Guerra de 1941. No obstante el Tribunal decidió en su sentencia del primero de agosto de 1996 que las acciones promovidas en los cargos efectuados en 1966 habían prescrito. La decisión del Tribunal asumió parte de los argumentos de la sentencia condenatoria de Kappler en cuanto a que el ataque perpetrado por partisanos en Via Rasella era un acto de guerra ilícito atribuible al Estado italiano. Consideró la matanza de las Fosas Ardeatinas como un crimen de guerra, pero a diferencia de los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra prescriben. El art. 157, Código Penal italiano establece que la prescripción no se aplica a los crímenes a los que corresponde prisión perpetua. Sin embargo, el Tribunal, al comparar las circunstancias agravantes con las atenuantes, tuvo en cuenta la defensa de la obediencia debida y decidió atenuar la pena invocando la prescripción de la acción.

Si bien Priebke fue liberado al momento de pronunciarse la sentencia del Tribunal Militar de Roma, fue inmediatamente detenido a instancias de un pe-

<sup>66</sup> MARCHINO, Sergio, "The Priebke Extradition Case before the Italian Military Tribunals: A Re-affirmation of the Principle of Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, TMC Asser Press, ps. 344 y ss.

dido de captura de un tribunal alemán a efectos de proceder a la tramitación de ese pedido de extradición pendiente.

Concomitante con la nueva detención de Priebke, se inició ante la Corte de Casación de Roma la sustanciación de un recurso de nulidad de la sentencia recaída con fundamento en la recusación de su presidente.

En noviembre de 1996, la primera sentencia del Tribunal Militar fue declarada nula y sin efectos por la Corte de Casación de Roma al aceptar el pedido de recusación del presidente del Tribunal Militar. Los argumentos de la Corte se referían al hecho de que el presidente del Tribunal había públicamente prejuzgado sobre la calificación de los hechos imputados a Priebke. La Corte de Casación ordenó la iniciación de un segundo juicio en el que se procesó junto a Priebke a otro ex agente nazi.

Por decisión de fecha 22 de julio de 1997, el Tribunal encontró que en razón de la existencia de circunstancias agravantes de premeditación y alevosía, la prescripción de las acciones no era operativa. Sostuvo el Tribunal que los hechos imputados constituían crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Si bien los crímenes previstos en los arts. 13 y 185 implican la pena de prisión perpetua, el Tribunal consideró ciertas circunstancias atenuantes a efectos de reducir a 15 años la pena impuesta a Priebke <sup>67</sup>.

Cabe destacar que la defensa había presentado objeciones preliminares relativas a la indeclinable jurisdicción penal ordinaria en razón de que la extradición se había concedido por genocidio. En ambos juicios la objeción fue denegada con fundamento en que el genocidio había sido incorporado en la legislación italiana en 1967 y la Constitución italiana, por su parte, receptaba el principio de *nulla poena sine lege* <sup>68</sup>.

Tanto el fiscal como la defensa apelaron la sentencia del 22 de julio de 1997 ante el Tribunal Militar de Apelaciones. En su sentencia del 7 de marzo de 1998, el Tribunal de Apelaciones consideró la existencia de circunstancias agravantes que fundamentaban la imposición de prisión perpetua.

El Tribunal de Apelaciones finalmente sostuvo que los crímenes de guerra debían ser penalizados de acuerdo con los sistemas jurídicos establecidos por los códigos penales militares vigentes al momento de la comisión del delito. Esta determinación provocó la necesaria ponderación de la prevalencia de las circunstancias agravantes sobre las atenuantes. En consecuencia, el Tribunal decidió el imponer la condena de prisión perpetua y por lo tanto, en aplicación del art. 157, Código Penal, no hizo lugar a la prescripción de la acción.

<sup>67</sup> MARTINES, Francesca, "The Defenses of Reprisals, Superior Orders and Duress in the Priebke Case before the Italian Military Tribunal", *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, TMC Asser Press, ps. 354 y ss.

<sup>68</sup> MARTINES, Francesca, "The Defenses...", cit.



Lo trascendente de esta sentencia es que el Tribunal de Apelaciones, independientemente de definir la imprescriptibilidad de los crímenes imputados a Priebke en conformidad con el derecho interno, llegó a la conclusión de que asimismo el crimen de las Fosas Ardeatinas no prescribía en razón de ser un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad en conformidad con el derecho internacional <sup>69</sup>.

El Tribunal reconoció que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es un principio que deviene de una lenta evolución del derecho internacional consuetudinario que se plasmó finalmente en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad del 16 de diciembre de 1968. Consideró asimismo a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad como normas imperativas (*ius cogens*) del derecho internacional.

## IX. CONCLUSIONES

De la precedente descripción de los fundamentos y opiniones de los distintos tribunales que intervinieron en el proceso de extradición y luego en el enjuiciamiento y condena de la persona sujeta a extradición en el presente caso, surge una primera conclusión relativa a la falta de criterios homogéneos en la definición de los delitos por los que se pidió la extradición.

Esas incongruencias se deben, en gran medida, a la manera particular en que se formuló el pedido de extradición por parte del Tribunal Militar de Roma. En principio, parecería existir cierta ambigüedad en la definición del delito por el cual se pide la extradición de Erich Priebke.

El hecho de que la solicitud se fundara en la aplicación del Tratado de Extradición de 1987, y que se mencionaran artículos específicos del Código de Justicia Militar italiano de 1941 que se refieren a homicidios agravados, dio lugar a presuponer que la solicitud se relacionaba con el delito de homicidio múltiple agravado.

Éste es el criterio que siguieron tanto la mayoría de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca como los votos en disidencia de dos de los magistrados de la Corte Suprema argentina.

Por su parte, el primer Tribunal Militar que enjuició a Priebke en Italia, también consideró que los delitos por los que se lo procesaba, encuadraban dentro de la categoría de homicidio múltiple agravado.

Sin embargo, la solicitud de extradición, si bien se refirió al homicidio múltiple agravado, lo hizo en el contexto de una situación particular de guerra por la que se afectaba el derecho a la vida de la población civil en territorio ocu-

<sup>69</sup> MARTINES, Francesca, "The Defenses...", cit.

pado, al igual que se afectaban los derechos de los prisioneros de guerra. También en la solicitud de extradición el Tribunal requirente hizo una ponderación de la gravedad de los delitos imputados, relacionándolos a los crímenes de lesa humanidad.

Por lo tanto fue posible entender que la solicitud de extradición se dirigía a delitos cometidos durante conflictos armados internacionales que quedaban de esta forma, comprendidos dentro de la definición de crímenes de guerra.

Este último fue el criterio seguido por los fiscales de Primera Instancia y de la Cámara de Apelaciones y por el procurador de la Nación. Ese mismo criterio fue tenido en cuenta por el voto disidente en la Cámara de Apelaciones y quedó también reflejado en el voto separado de uno de los jueces de la Corte Suprema de Justicia argentina.

Asimismo, el Tribunal italiano que finalmente condenó a Priebke lo hizo por entender que éste había cometido un crimen de guerra.

Por su lado, la Corte Suprema de Justicia argentina, apartándose radicalmente del contenido de la solicitud de extradición, finalmente la concedió sobre la base de entender que a Priebke se le imputaba el haber participado en la comisión del delito de genocidio.

Como quedara ya expresado, a Priebke se lo condenó en Italia por crímenes de guerra, no por genocidio. La defensa argumentó en reiteradas ocasiones frente a los tribunales italianos y sin éxito alguno, que no se lo podía juzgar por un crimen distinto del delito por el que se lo había extraditado.

El silencio de la República Argentina frente al hecho de haber concedido la Corte Suprema de Justicia una extradición por genocidio, cuando en definitiva se condenó al extraditado en Italia por crímenes de guerra, comprometió su aquiescencia y reconocimiento sobre la naturaleza de los crímenes —como crímenes de guerra— que los tribunales del Estado requirente le imputaron a Priebke.

Cabe recordar que cuando la Corte Suprema de Justicia definió los hechos imputados al extraditable como genocidio contra setenta y cinco judíos, entendió que la naturaleza de los hechos sobre los que recaía esa calificación, podía ser redefinidos por el Estado requirente. Esto es lo que en definitiva hizo el Tribunal con jurisdicción para condenar a Priebke en Italia, no por genocidio sino por crímenes de guerra.

Otra conclusión que podría extraerse del proceso de extradición de referencia se vincula a ciertas confusiones y contradicciones en que incurren los tribunales argentinos en cuanto al contenido y alcances de las normas tanto del derecho internacional general como del DIH aplicables al caso.

Sobre el particular, es alarmante el constatar el desconocimiento que evidencian algunos jueces sobre el valor de las normas consuetudinarias dentro del derecho interno argentino. Asimismo preocupa el manejo discrecional de instituciones básicas relativas al derecho de los tratados, en especial al valor y alcances de las reservas a los tratados.

En cuanto a las normas del DIH, salvo en contadas excepciones, parecería que la justicia tanto de la Argentina como de Italia intentan a veces redefinir sus contenidos sin detenerse a probar en precedentes consuetudinarios, potenciales nuevas tendencias vinculantes para determinados Estados ignorando las bases mismas de las obligaciones emanadas de la costumbre internacional, ya sea general o particular.

En otro orden de cosas, es a nuestro entender evidente que la Corte Suprema de Justicia evitó el calificar los hechos imputados a Priebke como crímenes de guerra. Tal vez la Corte actuó condicionada por posiciones asumidas desde distintos órganos del Estado reticentes a considerar a los crímenes de guerra como imprescriptibles.

El tema de la imprescriptibilidad o no de los crímenes de guerra se fue transformando en la Argentina en un tema políticamente sensible en el contexto de las consecuencias de las violaciones a los derechos humanos provocadas durante los últimos gobiernos militares. Los compromisos políticos relativos a “paz social *versus* justicia” en el contexto de las leyes de obediencia debida y punto final, juntamente con la concesión de amnistías y conmutaciones de penas, podrían, para ciertos órganos del Estado, quedar vulnerados al considerarse las acciones derivadas de la llamada “guerra sucia” como crímenes de guerra en violación del DIH. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra constituirían en sí misma un desafío permanente para la continuidad de aquellas políticas.

No en vano la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968, a pesar de haber sido aprobada por el Congreso de la Nación, aún hoy día no ha sido ratificada por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, debe recordarse que esa Convención cristaliza una norma consuetudinaria del derecho internacional vinculante por de pronto para la Argentina, por lo tanto, independientemente de su ratificación o adhesión la Argentina se encuentra obligada a las normas consuetudinarias expresadas en su contenido.

Como balance final del presente caso es posible asegurar que la República Argentina, aunque en forma elíptica y a través de omisiones, aceptó la calificación de crímenes de guerra efectuada por los tribunales de Italia, asumiendo su imprescriptibilidad.

Esta actitud, que en principio parecería reñida con lo decidido por los tribunales argentinos y especialmente de su Corte Suprema, no es aislada en el contexto del comportamiento de las naciones. Del análisis de la práctica de los Estados rescatada tanto de la jurisprudencia interna e internacional <sup>70</sup>, es posi-

<sup>70</sup> PAUST, Jordan J. *et al.*, *International Criminal Law*, especialmente el cap. 5, “Obtaining Persons Abroad”, ps. 281 y ss. y el cap. 6, “Other Aspects of International Cooperative Enforcement”, ps. 497 y ss., Carolina Academic Press, 1996. RATNER, S. R. - ABRAMS, J. S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, 2ª ed., Oxford University

ble para nosotros el reconocer que los crímenes de guerra —como categoría de crímenes internacionales— coinciden y se superponen con tipologías propias de los derechos penales internos. Así es que los hechos imputados a Priebke en la solicitud de su extradición, deben considerarse tanto como homicidios para el derecho interno como crímenes de guerra para el derecho internacional. La diferencia sustancial es que los homicidios para el derecho interno son en general prescriptibles y los crímenes de guerra para el derecho internacional general, son imprescriptibles. Las fuentes de uno y otro derecho son obviamente distintas. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra se manifiesta en una norma consuetudinaria que tiene sus bases en el desarrollo progresivo de normas convencionales <sup>71</sup>. La recepción de esta norma consuetudinaria como parte del contenido de una convención —la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968 <sup>72</sup>— no modifica los alcances de la norma consuetudinaria respecto de los Estados que participaron activamente en su formulación o que, por omisión de actos concluyentes de protesta, quedaron vinculados a ella. Si bien la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es considerada como una norma general del derecho internacional, no es ésta una norma aplicable a todos los Estados. Existen Estados que, en forma sistemática y a partir de actos concluyentes propios, manifestaron su intención de oponerse, no a la gestación de la norma —puesto que su gestación no depende de la voluntad o actitud de un solo Estado— sino a quedar vinculados a ella.

Tanto las Convenciones de Ginebra de 1949 como sus Protocolos Adicionales de 1977, reenvían a los efectos de la imposición de penas, al derecho interno de los Estados Parte. Es una realidad palpable que en la práctica los Estados Parte no necesariamente impusieron penas específicas a los crímenes de guerra, sino que de hecho asimilaron las penas para los crímenes de guerra a las penas de los delitos correlativos a éstos, contemplados en su normativa penal interna.

En el derecho interno argentino, las normas consuetudinarias internacionales que vinculan al Estado argentino, tienen igual jerarquía que los tratados, por ende a partir de la reforma constitucional de 1994, deben ser consideradas como superiores a las leyes de la Nación. Si fuera posible, como de hecho lo es, el detectar la existencia de una norma consuetudinaria general sobre la impres-

---

Press, 2001; BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity in International Law*, 1992; MERON, Th., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989; SANDOZ, Y., "Penal Aspects of International Humanitarian Law", en BASSIOUNI, M. Ch. (ed.), *International Criminal Law*, 2ª ed., 1992; PAUST, J. - BLAUSTEIN, A., "War Crimes Jurisdiction and Due Process: The Bangladesh Experience", en *Vanderbilt Journal of International Law*, L. 1, 1978.

<sup>71</sup> Ver la evolución de esas normas a partir de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907.

<sup>72</sup> Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968.

criptibilidad de los crímenes de guerra que obviamente vinculara a la Argentina, esa norma dejaría sin efecto la legislación penal interna relativa a la prescripción de la acción o de la pena. Por otra parte, como lo sostuvo reiteradamente la Corte Suprema, el instituto de la prescripción no tiene raigambre constitucional, por lo tanto es factible que una norma del derecho internacional prevea la imprescriptibilidad de acciones relativas a crímenes de guerra cuya pena está contemplada, por reenvío de la propia norma consuetudinaria, en el derecho interno para el delito al que se asimila el crimen de guerra.

Éstos debieron ser los presupuestos a partir de los cuales debió trabajar la Corte Suprema en el caso “Priebke” a efectos de determinar si debía o no prosperar la extradición sobre la base de una interpretación de la solicitud de extradición coherente con las circunstancias que condicionaban la aplicación del derecho vigente.

Es imposible apartarse dentro del esquema descrito en el propio pedido de extradición del reconocimiento de que los hechos por los que se solicitó a Priebke se subsumían dentro de la tipología de los crímenes de guerra. Fue éste en definitiva el encuadre que el Tribunal de Apelaciones italiano reconoció para condenar a Priebke. Esa categorización realizada por los tribunales italianos es oponible hoy día a la Argentina en razón de que en ningún momento intentó exigir de Italia la estricta observancia de la calificación de genocidio —y alternativamente de los crímenes de lesa humanidad— que la Corte Suprema argentina había reconocido a efectos de conceder la extradición sobre la base de su interpretación parcial de los hechos descriptos de la correspondiente solicitud.