

Proceso No 23446

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No.079

Bogotá D. C., dieciocho (18) de octubre de dos mil cinco (2.005).

VISTOS

Cumplido el trámite previsto en el artículo 518 de la ley 600 de 2.000, entra la Sala a rendir el concepto que en derecho corresponda en relación con la solicitud de extradición de la ciudadana colombiana, DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, elevada por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

ANTECEDENTES

1. Con la Nota Verbal No. 2949, del 30 de noviembre de 2.004, la Embajada de los Estados Unidos de América solicitó la detención provisional con fines de extradición de DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, la cual fue decretada por el Despacho del Fiscal General de la Nación el 24 de diciembre siguiente y hecha efectiva el 27 de los mismos mes y año por miembros del Departamento Administrativo de Seguridad “DAS”.
2. Con la Nota Verbal No. 0433 del 25 de febrero de 2.005, la misma Embajada de los

Estados Unidos de América, formalizó la solicitud de extradición de DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, para comparecer a juicio por los delitos de homicidio y lesiones personales agravadas causadas a un menor y por robo de menores, por ser la sujeto de la causa No. BA255207, dictada el 23 de julio de 2.004, en la Corte Superior de California, Condado de los Angeles.

Sobre los hechos dice que el 15 de mayo de 2.003, o aproximadamente en esa fecha, LEONARDO FAVIO ARCINIEGAS y DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, causaron la muerte de su hija de 7 semanas de nacida, NICOLE ARCINIEGAS, en el Condado de los Angeles, y retiraron ilegalmente de la custodia legal del Estado de California, Condado de los Angeles, a sus otros dos hijos menores LAURA y JONATHAN ARCINIEGAS.

En particular, explica, que el 15 de mayo de 2.003, tras ser admitida en la Sala de Urgencias de un hospital en HOLLYWOOD, California, NICOLE ARCINIEGAS fue trasladada al hospital HUNTINGTON MEMORIAL, y tras ser colocada en un respirador su condición empeoró y murió el 18 de mayo de 2.003.

Agrega, que según los médicos las lesiones que produjeron la muerte fueron causadas por trauma agudo, no accidental, probablemente por haber sido sacudida el día en que fue admitida en el hospital. Que tanto el neurólogo como el médico que practicó la autopsia, concluyeron, que el sangrado severo por los ojos y el reducido flujo de sangre al cerebro eran compatibles con que la víctima fue violentamente sacudida horas antes de ser admitida en el hospital, además, que tenía una costilla lesionada y fracturas en una rodilla y en ambos hombros, causadas varias semanas atrás.

Agrega, que el 17 de mayo de 2.003, el Departamento de Servicios a la Familia y al Menor del Condado de los Angeles, retiró a ARCINIEGAS y POLENTINO CORDOBA la custodia legal de sus otros 2 hijos y los puso al cuidado de una institución de bienestar familiar.

El 30 de agosto de 2.003, precisa, durante una visita legal que ARCINIEGAS y POLENTINO

CORDOBA hicieron a los niños, los empujaron dentro de un vehículo y huyeron.

Por último, describe a la requerida en extradición y anexa los siguientes documentos:

2.1. Declaración jurada rendida por el Procurador Auxiliar de Distrito en el Condado de los Angeles, FRANCO A. BARATA. Señala cómo está conformado un Gran Jurado, cuál es el método que observa para proferir una acusación formal y cuáles son los requisitos formales de esta clase de decisiones, realiza una síntesis de los hechos similar a la contenida en la nota diplomática que formalizó el requerimiento, anunciando que con mayor detenimiento están descritos en el testimonio del detective del Departamento de Policía de los Angeles, JOSE DURAN. Aportó, finalmente los datos que posee sobre la identidad de la reclamada en extradición.

2.2. Resolución de acusación No. BA255207, dictada el 23 de julio de 2.004, en la Corte Superior de California, Condado de los Angeles, por medio de la cual se acusa a DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, de los delitos de lesión personal a un menor causándole la muerte, homicidio, abuso contra un menor y robo de menores.

2.3. En su declaración el Detective de la Unidad de Abuso de Menores del Departamento de Policía de Los Angeles, JOSE DURAN, anexó fotocopia de la fotografía de DIANA POLENTINO que, dice, obtuvo de unos de los oficiales de la policía que participaron en la investigación.

De otro lado, refiere, que la investigación ha revelado que los acusados, LEONARDO ARCINIEGAS y DIANA POLENTINO fueron responsables de la muerte de NICOLE ARCINIEGAS, una bebé de 7 semanas de nacida, en el Condado de Los Angeles el 15 de mayo de 2.003 o alrededor de esa fecha; y de llevarse con custodia lícita del Condado de Los Angeles, Estados de California, a sus 2 hijos menores de edad, LAURA ARCINIEGAS y JONATHAN ARCINIEGAS.

Particularizando, asevera, se evidenció que el 15 de mayo de 2.003, los acusados llevaron a NICOLE ARCINIEGAS al Hospital Presbiteriano CRUCEN OF THE ANGELS/HOLLYWOOD, y que de acuerdo con los registros médicos y las conversaciones sostenidas con los médicos fue admitida en la Sala de Urgencias estando en total paro cardiopulmonar, siendo revivida y puesta en un respirador.

Que el mismo 15 de mayo de 2.003, fue transferida al Hospital HUNTINGTON MEMORIAL, en donde el Dr. DEAKERS observó que tenía grandes hemorragias en la retina de ambos ojos y un sangrado severo en los ojos, concluyendo que dichas lesiones fueron causadas por un trauma.

Entre los días 15 y 18 de mayo de 2.003, afirma, le fueron practicadas pruebas de tomografía computarizadas, con base en las cuales se concluyó que la víctima tenía muerto el cerebro como resultado del síndrome del bebé sacudido, y que el trauma a la cabeza era agudo y no accidental, siendo infligido el mismo día en que la víctima había sido admitida en el hospital.

Que el 18 de mayo de 2.003, la Dra. SHARON LEE, declaró difunta a NICOLE, además, opinó, que las hemorragias en la retina y el sangrado intraventricular no tuvieron origen en ninguna enfermedad médica sino que podían ser atribuidas a un problema de coágulos de sangre, que el flujo de sangre en el cerebro no provenía de un paro cardíaco, que presentaba conteo de sangre a nivel muy bajo, y que la inexistencia de trauma externo era compatible con una lesión producida por el sacudimiento de la víctima.

El 21 de mayo de 2.003, denota, fue llevada a cabo la autopsia determinando, el Dr. HAMES RIBE, que la causa de la muerte fue un trauma abusivo de cabeza. Opinó que la víctima había sido sacudida violentamente dentro de un lapso de una a dos horas antes de ser llevada al hospital, fundado en las lesiones que presentaba en los ojos, 7 fracturas en las

costillas, una de las cuales mostraba señales de curación de más de 3 semanas, otra en la rodilla derecha y fracturas en ambos hombros.

Complementa, que el 17 de mayo de 2.003, el Departamento de Servicios a Menores y Familias del Condado de los Angeles (en adelante DCFS) removió a los dos niños restantes, LAURA y JONATHAN de la custodia legal de los acusados y los colocó bajo la custodia legal del Condado de los Angeles.

El 30 de agosto de 2.003, los acusados hicieron gestiones para visitar a los niños, al terminar la visita preguntaron si los podían sacar hasta el carro para recoger unos regalos. La persona encargada de proporcionar cuidado adoptivo, dice, acompañó a los niños y a los acusados hasta el vehículo. Una vez llegaron a él, los acusados empujaron a los niños dentro del vehículo y se escaparon con ellos.

Finalmente, suministra los datos sobre la identidad de la requerida en extradición.

2.4. Fueron traducidos y anexados los tipos penales imputados como transgredidos por la reclamada en extradición.

3. El Ministerio del Interior y de Justicia, al encontrar perfeccionado envió el expediente a la Sala incluyendo el concepto de su homólogo de Relaciones Exteriores atinente a que por no existir tratado de extradición aplicable entre los dos países es procedente obrar de conformidad con el ordenamiento procesal penal colombiano.

4. Con providencia del 17 de agosto pasado la Sala negó la práctica e incorporación de pruebas elevada por el defensor contractual de la requerida en extradición, ordenando el traslado a los intervinientes para que presentaran alegatos de conclusión, habiéndolo hecho la defensa y el Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal.

4.1. El defensor de DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, solicita se emita concepto

desfavorable a la entrega porque en su criterio no se agota el principio de la doble incriminación, apoyado en los siguientes argumentos:

Estima que el primer cargo no tiene equivalente en el Código Penal colombiano debido a que las lesiones personales se encuadran en el delito de homicidio.

Tampoco lo tienen, afirma, los cargos 3,4 y 5 ya que la menor NICOLE es hija de la solicitada en extradición, quien ejerce por derecho propio tanto la custodia como la patria potestad de la menor junto con su cónyuge LEONARDO FABIO ARCINIEGAS, también solicitado en extradición.

Ni el delito de homicidio imputado en el cargo 2, por cuanto que la sección 187 del Código Penal de California define el tipo penal como la muerte ilícita de un ser humano con premeditación, y no se demostró la predeterminación ejercida por la requerida con el objeto de causar la muerte a la menor, para que se muestre razonable su adecuación en los artículos 103 y 104 del Código Penal patrio.

4.2. El agente del Ministerio Público, solicita a la Sala rinda concepto favorable a la extradición, apoyado en los siguientes argumentos:

Como asunto preliminar, considera, innecesario condicionar la entrega por estar demostrado que las conductas imputadas ocurrieron con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 1.997; además, descarta la presencia de reparos al lugar de su ejecución por estimar acreditado que ocurrieron totalmente en el Condado de Los Angeles.

Da por satisfecho el requisito de la validez formal de la documentación, por encontrar que el Estado requirente suministró copias auténticas de la resolución de acusación y de las declaraciones rendidas en apoyo del requerimiento, documentos en los que, dice, se especifican las conductas que motivaron la solicitud de extradición, el lugar y fecha de

su comisión, los datos necesarios para establecer la plena identidad de la persona reclamada, y el texto de las normas que describen las conductas delictivas referidas en la acusación.

La demostración plena de la identidad de la requerida, se logra, considera, con la comparación de la información suministrada por las autoridades extranjeras y la plasmada en los documentos que formalizaron la captura y el resultado del estudio técnico realizado por el DAS a las huellas dactilares de la aprehendida, de donde infiere se trata de la misma persona.

El principio de la doble incriminación se cumple, en su sentir, solo en lo que atañe al segundo cargo por adecuarse a los artículos 103 y 104 del Código Penal colombiano que describen y sancionan el delito de homicidio agravado con prisión superior a 4 años en su extremo inferior; sin que ocurra lo mismo con los demás cargos, para cuyo apoyo evoca las razones expuestas por la Sala en el concepto emitido en el trámite de extradición de LEONARDO FAVIO ARCINEGAS.

Y, la equivalencia de la providencia dictada en el exterior, al detectar notas de semejanzas entre el acta de cargos proferida por el Tribunal Superior del Estado de California, Condado de Los Angeles, y la resolución de acusación de la legislación procedimental colombiana.

Finalmente, pide a la Corte de conceptuar a favor de la extradición, exhorte al Gobierno Nacional para que advierta al Gobierno requirente que la entrega queda restringida a que el juzgamiento tenga por objeto solo la conducta que origina la extradición, que no sean impuestas penas irredimibles, ni sometida a pena de muerte, desaparición forzada, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni a penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, de conformidad con lo estipulado por los artículos 11, 12 y 34 de nuestra Carta Política.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Con arreglo a lo conceptuado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por no existir tratado de extradición aplicable entre los dos países y ocurrir las conductas endilgadas antes del 1º de enero de 2.005, son las normas de la ley 600 de 2.000 las llamadas a regular el concepto que le corresponde emitir a la Sala en este trámite de extradición pasiva.

2. Ahora bien, al tenor de lo preceptuado por el artículo 520 del Código Procesal Penal, la Sala fundamentará su concepto en la validez formal de la documentación presentada, en la plena identidad de la persona requerida, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia dictada en el exterior y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

Presupuestos que como lo reclama el Ministerio Público, se reúnen en este caso.

1.1. VALIDEZ FORMAL DE LA DOCUMENTACION PRESENTADA.

Acorde con lo normado por el artículo 513 del Código Procesal Penal, para conceder u ofrecer la extradición de una persona la solicitud se debe presentar por vía diplomática o en casos excepcionales por la consular o de gobierno a gobierno, anexando copia o transcripción auténtica de la sentencia, de la resolución de acusación o su equivalente, indicando con exactitud los actos que fundamentan la reclamación y el lugar y la fecha de su ejecución; debiendo aportar, adicionalmente, la información que posea y que sirva para acreditar la plena identidad de la persona requerida, y copia auténtica de las disposiciones penales aplicables al caso.

Documentos que han de ser expedidos acorde a la forma prevista por la legislación del Estado reclamante y traducidos al castellano, de ser ello necesario.

Desde esa óptica, el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 118 del Decreto 2282 de 1.989, reglamenta que los documentos públicos otorgados en el país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el Cónsul colombiano.

Exigencias en este caso observadas cabalmente por el Gobierno de los Estados Unidos de América, como quiera que presentó la solicitud a través de su Embajada en nuestro país al Ministerio de Relaciones Exteriores, es decir, por vía diplomática; anexó copia de la resolución de acusación No. BA255207, dictada el 23 de julio de 2.004, en la Corte Superior de California, Condado de Los Angeles, con la cual se acusa a DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA de los delitos de lesión personal a un menor causándole la muerte, homicidio, abuso de un menor, y robo de menores.

Con las notas diplomáticas a través de las cuales se instó la detención provisional y después se formalizó el requerimiento de extradición, y las declaraciones rendidas en apoyo por el Procurador Auxiliar de Distrito, FRANCO A BARATA, de la Procuraduría de Distrito del Condado de Los Angeles del Estado de California, y del Detective del Departamento de Policía de los Angeles, JOSE DURAN; determina las conductas punibles que sostienen la reclamación, particularizando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fueron ejecutados los actos con los que se pretende evidenciar su comisión.

Ciertamente, demuestran que el 15 de mayo de 2.003 o aproximadamente en esa fecha, los esposos LEONARDO FABIO ARCINIEGAS y DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA causaron la muerte de su hija de 7 semanas de nacida, NICOLE ARCINIEGAS, en el Condado de los Angeles, y retiraron ilegalmente de la custodia del Estado de California, Condado de Los Angeles a sus otros dos hijos menores LAURA y JONATHAN ARCINIEGAS.

En particular, acreditan que el 15 de mayo de 2.003, en el Hospital HUNTINGTON MEMORIAL, se concluyó que las lesiones que causaron las hemorragias en las retinas de los ojos y el sangrado en los ojos de NICOLE ARCINIEGAS, fueron causadas por un trauma.

Que con base en las pruebas efectuadas entre el 15 y 18 de mayo de 2.003, se determinó que la víctima tenía muerto el cerebro como resultado del síndrome del bebé sacudido, y que el trauma a la cabeza era agudo y no accidental, siendo infligido el mismo día en que fue admitida en el hospital.

El 18 de mayo de 2.003, fue declarada muerta conceptuando la Dra. SHARON LEE, que las hemorragias y el sangrado, y la ausencia de trauma externo eran compatibles con una lesión producida por el sacudimiento de la menor.

Que acorde con la autopsia realizada el 21 de mayo de 2.003, la causa de la muerte fue un trauma abusivo de cabeza por haber sido sacudida violentamente dentro de un lapso de una a dos horas antes de ser conducida al hospital. Conclusión que derivó de valorar las lesiones en los ojos, las 7 fracturas en las costillas, una de ellas con curaciones de más de 3 semanas, otra en la rodilla derecha, y las fracturas en ambos hombros.

El 17 de mayo de 2.003, el Departamento de Servicios a Menores y Familias del Condado de los Angeles (en adelante DCFS) removió a los dos niños restantes, LAURA y JONATHAN de la custodia legal de los acusados y los colocó bajo la custodia legal del Condado de los Angeles.

El 30 de agosto de 2.003, los procesados hicieron gestiones para visitar a los niños, circunstancia que aprovecharon para desaparecer con ellos.

Información que no solo pone de manifiesto la exactitud de las conductas endilgadas y del lugar y la fecha en que fueron ejecutados los actos que las constituyen, sino, además, que los hechos con los cuales se pretenden comprobar ocurrieron completamente en territorio del país solicitante, cumpliendo de este modo la exigencia del artículo 35 de la Carta Política, relativa a que la extradición de colombianos de nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior.

De otro lado, los anexos comportan la información suficiente para establecer la identidad plena de la reclamada, como se demostrará más adelante, y la transcripción de las disposiciones supuestamente transgredidas.

Además, fueron autenticados con arreglo a las previsiones hechas por el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, que los cubre con la presunción de ser otorgados conforme con el ordenamiento jurídico de ese país; en consecuencia, deben ser valorados como medios de prueba en este trámite.

En efecto, el Consejero Principal, Oficina de Asuntos Internacionales, División de lo Penal, Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, REX YOUNG, certificó que copias fieles de los testimonios rendidos en apoyo de la solicitud de extradición por el Procurador Auxiliar de Distrito FRANCO A. BARATA de la Procuraduría de Distrito del Condado de Los Angeles del Estado de California, y el Detective del Departamento de Policía de Los Angeles, JOSE DURAN, permanecen en los archivos oficiales del Departamento de Justicia de Washington.

El Procurador de los Estados Unidos, ALBERTO R. GONZALEZ, hizo constar que REX YOUNG, para ese entonces desempeñaba el cargo de Consejero Principal, Oficina de Asuntos Internacionales, División de lo Penal, Departamento de Justicia de los Estados

Unidos de América, quien para ello hizo estampar el sello del Departamento de Justicia y que el Director Adjunto de la Oficina de Asuntos Internacionales diera fe de su firma.

La Secretaria de Estado, CONDOLEEZZA RICE, atestó que al documento anexo se le fijó el sello del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, en testimonio de lo cual hizo fijar el sello del Departamento de Estado y que el Funcionario Auxiliar de Autenticaciones de dicho Departamento en Washington, PATRICK O. HATCHETT, suscribiera su nombre.

A su turno, la Cónsul de Colombia en Washington, MARIA DE LOS ANGELES BARRAZA, autenticó la firma de PATRICK O. HATCHETT, al paso que la suya fue abonada por el Jefe de Autenticaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Documentos que fueron traducidos al castellano por una traductora e interprete oficial.

Reunidas como están las exigencias del artículo 513 del Código de Procedimiento Penal, se da por satisfecho este requisito.

1.1. DE LA PLENA IDENTIDAD DE LA PERSONA REQUERIDA.

De la ponderación conjunta de los datos suministrados por las notas diplomáticas y los testimonios rendidos en apoyo de la solicitud de extradición, de la información proporcionada por la capturada a las autoridades que la realizaron, del resultado de la prueba técnica a que fueron sometidas sus huellas, y de la actitud asumida en el curso del trámite; la Sala deduce que la persona requerida es la misma que fue privada de la libertad y que permanece en esas condiciones por razón de este trámite.

La nota verbal con la cual fue solicitada la detención provisional informó que la requerida en extradición se llama DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, también conocida como DIANA

MILENA POLENTINO CORDOVA y LILIA MERCEDES FLOREZ DE COVA, ciudadana colombiana, nacida el 4 de julio de 1.981 en Bogotá, portadora de la cédula de ciudadanía No. 52.836.167; datos reiterados en la nota diplomática que formalizó la extradición y las declaraciones rendidas en apoyo por FRANCO A. BARATA y JOSE DURAN; los mismos que reprodujo el Despacho del Fiscal General de la Nación en la resolución que dispuso su captura, y que obviamente fueron verificados por los agentes del DAS que la hicieron efectiva.

Además, su identidad fue comprobada por el DAS con el cotejo técnico dactiloscópico de las huellas que le fueron tomadas en el instante de la captura y las suministradas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, concluyendo que se trata de la misma persona.

Pero como si ello no bastara, en las actas levantadas por motivo de la captura y de los derechos del capturado, dijo llamarse DIANA MILENA POLENTINO CORDOBA, y en el curso del trámite de extradición se ha identificado con ese nombre y número de cédula, sin que por demás, haya cuestionado la presencia de este requisito.

Es evidente, pues, que la persona reclamada en extradición es la misma que fue aprehendida y que permanece privada de la libertad por virtud de este trámite.

2.3. PRINCIPIO DE LA DOBLE INCRIMINACION.

Al tenor de lo estipulado por el artículo 511-1 del Código de Procedimiento Penal, para conceder u ofrecer la extradición es necesario que el hecho que la motive también esté previsto en Colombia como delito y sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años, supuesto que se cumple solo en relación con el segundo cargo pero no en punto a los demás, como pasa a verse.

En la resolución de acusación No. BA255207, dictada el 23 de julio de 2.004, en la Corte Superior de California, Condado de los Angeles, se acusa a la requerida en extradición del:

“CARGO 2

“Para tener el derecho a iniciar una acción mayor y por separado, puesto que éste es un delito diferente de la misma categoría de delitos y ofensas que el cargo establecido en el antes mencionado cargo del mismo, mediante esta acusación formal el Gran Jurado del Condado de los Angeles, Estado de California, acusa al mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como..... y a DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores De Cova, del delito de HOMICIDIO, por violar la Sección 187 (a) del Código Penal, a decir un delito mayor que fue cometido antes de radicar esta acusación formal y que ocurriera de la siguiente manera:

“El 15 de mayo de 2.003, o alrededor de esa fecha, en el Condado de los Angeles, el mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como Fabián Pinzón..... y DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores De Cova, ilícitamente y con premeditación mataron a Nicole A, un ser humano.

El delito de homicidio atribuido a la requerida en extradición es definido por la Sección 187 (a) del Código Penal de California como la muerte ilícita de un ser humano, siendo sancionado con arreglo a las previsiones de la sección 190 (a) a la pena de muerte, con encarcelamiento a cadena perpetua en la penitenciaría estatal sin tener posibilidad de obtener libertad condicional o encarcelamiento en la penitenciaría estatal por un período de 25 años hasta cadena perpetua.

Conducta que en nuestro ordenamiento jurídico penal se encasilla en los artículos 103 y 104-1, que sanciona al que matare a otra persona con prisión que oscila entre 13 y 25 años, pena que oscilará entre 25 y 40 años si la conducta se cometiere contra la persona de un ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

Para que concurra el principio de la doble incriminación solo se requiere que la conducta

atribuida en Colombia también sea considerada delictiva y esté sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años, sin que por tanto, sea necesario demostrar que la acusada realmente haya actuado con dolo, pues esa materia es objeto de debate en el proceso penal fuente de la reclamación.

Es decir, que la conducta relativa a matar a un hijo además de ser delictiva en Colombia es sancionada con prisión superior a cuatro años en su mínimo, concurriendo de este modo el principio de la doble incriminación.

No ocurre lo mismo con el primero y tercer cargo. Veamos.

“CARGO 1

“Mediante esta acusación formal el Gran Jurado del Condado de los Angeles, Estado de California, acusa al mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como Fabián Pinzón,..... y a DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores de Cova, del delito de AGRESION A UN (a) MENOR CAUSÁNDOLE LA MUERTE, en violación de la Sección 273 ab del Código Penal, un Delito Mayor, que fue cometido antes de radicarse esta acusación formal y que ocurriera de la siguiente manera:

“El 15 de mayo de 2.003, o alrededor de esa fecha, en el Condado de los Angeles, el mencionado LEONARDO ARINIEGAS, también conocido como Fabián Pinzón, también conocido como.....y DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores de Cova, quienes estaban a cargo del cuidado y tenían la custodia de Nicole A., una niña menor de 8 años, ilícitamente atacaron a dicha menor por medio del uso de fuerza física, que si se le hubiese aplicado a una persona de tamaño normal, sería muy probable que le hubiera producido lesiones corporales, que resultó en la muerte de la menor.....

El punible de agresión que resulta en la muerte de un niño menor de 8 años de edad, descrito por el artículo 273 ab del Código Penal de California, como cuando una persona,

que estando a cargo del cuidado o teniendo la custodia de un (a) niño (a) es menor de ocho años de edad, ataca al (a la) niño (a) utilizando fuerza física, que si se aplicará a una persona de tamaño normal sería probable que le produjera una lesión corporal seria, que resulta en la muerte (de la) niño (a); recoge la conducta que en particular es atribuida a la requerida como la causa del deceso de la menor, propinarle un sacudón violento, que como atrás se vio tipifica el delito de homicidio en un descendiente que le fue imputado en el segundo cargo, circunstancia que imposibilita tener por concurrente el principio de la doble incriminación para este cargo, puesto que constituyendo un hecho previo copenado en el homicidio de endilgarse como un nuevo delito soslayaría el principio de consunción como regla para resolver el concurso aparente de delitos, y de paso el principio del non bis in ídem que prohíbe incriminar dos veces por el mismo comportamiento.

Sentido en el cual la Sala se pronunció en el concepto favorable a la entrega del coacusado, LEONARDO FAVIO ARCINIEGAS, emitido el 10 de agosto de 2.005, dentro del radicado No. 23447, con ponencia de la H. Mg. Dra. MARINA PULIDO DE BARON.

“Si la Sala consideró al analizar el cargo segundo de la acusación que la muerte de la menor Nicole A., hija del requerido en extradición, se adecua al delito de homicidio en descendiente que establece el Código Penal colombiano en sus artículos 103 y 104, se violaría el principio del non bis in ídem –el cual reclama que una persona no puede ser investigada o acusada dos veces por el mismo comportamiento fáctico con independencia de la diversa denominación jurídica que al mismo se le otorgue -, si al estudiar el cargo estimara que se cumple con la exigencia de la doble incriminación respecto de un comportamiento cuyo nomen iuris en la acusación del Gran Jurado ante la Corte de California es distinto del formulado en el cargo segundo, pero que de hecho corresponde al mismo suceso, esto es, que “El 15 de mayo de 2.003, o alrededor de esa fecha, en el Condado de los Angeles, el mencionado LEONARDO ARCINIEGAS (....) y DIANA POLENTINO (....) ilícitamente y con premeditación mataron a Nicole A”.

“(iii) Que para evitar la violación del non bis in ídem se encuentra el principio de consunción, mas exactamente en una de sus especies, cual es la figura de los actos previos copenados, como ocurre en este asunto, pues la misma conducta -muerte de la menor Nicole -, en el cargo primero es evaluada desde otra óptica pero no es diversa de la que sustenta el cargo segundo, en cuanto no puede la Corte asumir que se satisface el requisito de la doble incriminación respecto de dos cargos fundados aparentemente en dos conductas con el mismo resultado, esto es, la muerte de la hija de LEONARDO FAVIO ARCINIEGAS.

Así las cosas, como la Sala encuentra satisfecha la exigencia de la doble incriminación en cuanto atañe al cargo segundo de la acusación, por cuyo medio se imputa a LEONARDO FAVIO ARCINIEGAS la comisión del delito de homicidio en su hija Nicole, no queda camino diverso a seguir que el de declarar que tal requisito no se puede tener por cumplido en cuanto al cargo primero, por cuanto el supuesto fáctico en que se sustenta es a la par incluido (acto previo copenado) como fundamento del cargo segundo”.

Sobre el tercer cargo que es del siguiente tenor:

“Para tener el derecho de iniciar una acción mayor y por separado, puesto que éste es un delito diferente de la misma categoría de delitos y ofensas que el cargo establecido en el antes mencionado Cargo del mismo, mediante esta acusación formal el Gran Jurado del Condado de los Angeles, Estado de California, acusa al mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como..... y a DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores Cova, del delito de ABUSO DE MENORES, en violación de la Sección 273^a (a) del Código Penal, un delito mayor, que fue cometido antes de radicar esta acusación formal y que ocurriera de la siguiente manera:

“El 15 de mayo de 2.003, o alrededor de esa fecha, en el Condado de los Angeles, el mencionado LEONARDO ARCINIEGAS.....y DIANA POLENTINO, también conocida como

Lilia Mercedes Flores De Cova, intencional e ilícitamente, bajo circunstancias que probablemente le produjeron gran daño corporal y la muerte, lesionaron, fueron los causantes del sufrimiento y permitieron que sufriera la menor, Nicole A., y que a la misma se le infligiera dolor físico y sufrimiento mental injustificable, y que, estando encargados del cuidado de la menor y teniendo la custodia de dicha menor, lesionaron, fueron los causantes y permitieron que la persona y la salud de dicha menor fueran lesionadas y que intencionalmente fueron los causantes y permitieron que a dicha menor se le pusiera en una situación tal en la que se pusieran en peligro su persona y su salud.

“Se alega además, de conformidad con la Sección 12022, que los mencionados acusados LEONARDO ARCINIEGAS..... y DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores De Cova, bajo circunstancias y condiciones que probablemente produjeron gran daño corporal y la muerte, intencionalmente fueron los causantes del sufrimiento y permitieron que un(a) menor sufriera y que le infligieron a la misma dolor físico y lesiones injustificables que resultaron en la muerte de la menor, y que, estando a cargo del cuidado y teniendo la custodia de un (a) menor, bajo circunstancias que probablemente produjeron gran daño corporal y la muerte, intencionalmente fueron los causantes de las lesiones y permitieron que se lesionara y dañara a ese menor y que las lesiones y el daño que le causaron resultaron en la muerte de la menor, en violación de la Sección 273 (a) del Código Penal de California.

El delito de “daño o lesión intencional a un (a) menor, persona en peligro a una persona o a su salud”, atribuido en este cargo igualmente recoge el acto copenado en el delito de homicidio atribuido en el cargo segundo dándole un nombre jurídico diferente, lo que imposibilita dar por agotado el principio de la doble incriminación, porque de hacerlo se vulneraría el principio del non bis in ídem.

Y, en lo que concierne a los demás cargos:

“CARGO 4

“Para tener el derecho de iniciar una acción mayor y por separado, puesto que éste es un delito diferente de la misma categoría de delitos y ofensas que el cargo establecido en el antes mencionado cargo del mismo, mediante esta acusación formal el Gran Jurado del Condado de los Angeles, Estado de California, acusa al mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como Fabián Pinzón, también conocido como.....y a DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores De Cova, del delito de ROBO DE UN (A) MENOR, en violación de la Sección 278 del Código Penal, un delito mayor, que fue cometido antes de radicar esta acusación formal y que ocurriera de la siguiente manera:

“El 30 de agosto de 2.003, o alrededor de esa fecha, en el Condado de Los Angeles, el mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como Fabián Pinzón, también conocido como.... y DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores De Cova, ilícita y maliciosamente, y sin tener el derecho de la custodia del menor, se llevaron consigo, sedujero, estuvieron y ocultaron a una menor, a saber, Laura A., de 6 (seis) años de edad, con la intención misma y específica de ocultar a dicha menor de manos del Departamento de Servicios a Menores y Familias del Condado de los Angeles, la entidad que tenía el cuidado legítimo de tal menor.

“CARGO 5

“Para tener el derecho de iniciar una acción mayor y por separado, puesto que éste es un delito diferente de la misma categoría de delitos y ofensas que el cargo establecido en el antes mencionado Cargo del mismo, mediante esta acusación formal el Gran Jurado del Condado de los Angeles, Estado de California, acusa al mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como Fabián Pinzón, también conocido como y a DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores de Cova, del delito de

ROBO DE UN (A) MENOR, en violación de la Sección 278 del Código Penal, un delito mayor, que fue cometido antes de radicar esta acusación formal y que ocurriera de la siguiente manera:

“El 30 de agosto de 2.003, o alrededor de esa fecha, en el Condado de Los Angeles, el mencionado LEONARDO ARCINIEGAS, también conocido como..... y DIANA POLENTINO, también conocida como Lilia Mercedes Flores De Cova, ilícita y maliciosamente, y sin tener el derecho de la custodia del menor, se llevaron consigo, sedujeron, detuvieron y ocultaron a una menor, a saber Jonathan A., de 2 (dos) años de edad, con la intención misma y específica de ocultar a dicho menor de manos del Departamento de Servicios a Menores y Familias del Condado de los Angeles, la entidad que tenía el cuidado legítimo de tal menor.”.

El delito de robo de menores en el país requirente no encuentra equivalente en nuestro ordenamiento jurídico penal, ya que no existe un tipo penal que describa y sancione a quien no teniendo la custodia de un menor lo sustraiga del que la tiene legalmente, de suerte que este elemento no se satisface.

En suma, la Sala da por acreditado el principio de la doble incriminación solo en lo que atañe al segundo cargo, como atrás se vio.

2.4. EQUIVALENCIA DE LA PROVIDENCIA DICTADA EN EL EXTERIOR.

A la luz del artículo 511-2 del Código de Procedimiento Penal, es necesario que el país reclamante haya proferido en contra del requerido resolución de acusación o su equivalente, presupuesto que es cumplido por el Gobierno de los Estados Unidos de América, en razón a que la resolución de acusación No. BA255207, dictada el 23 de julio de 2.004, en la Corte de California, Condado de Los Angeles, es equiparable a la acusación estatuida en el artículo 398 del Código de Procedimiento Penal, por contener una relato sintetizado de las conductas endilgadas a la requerida, describir las circunstancias

de modo, tiempo y lugar en que fueron ejecutadas, realizar su calificación jurídica e individualizar las disposiciones penales sustantivas transgredidas, y constituir el inicio de la fase del juicio en donde el procesado tiene la oportunidad de defenderse de los cargos a él atribuidos, y que culmina con la sentencia que pone fin al proceso.

En fin, convergiendo los requisitos contenidos en el capítulo III, del Título 1º, Libro V del Código de Procedimiento Penal, procederá la Corte a emitir concepto favorable a la solicitud de extradición, precisando al Gobierno Nacional, que de acoger el concepto deberá condicionar la entrega a que la requerida no sea juzgada por hechos anteriores o distintos a los que motivaron la solicitud de extradición, ni sometida a penas de muerte, destierro, prisión perpetua o confiscación, ni desaparición forzada, por el país solicitante, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 12 y 34 de la Carta Política.

Además, la Sala ha de indicar que en virtud de lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde al Gobierno Nacional, encabezado por el señor Presidente como supremo director de la política exterior y de las relaciones internacionales, realizar el respectivo seguimiento a los condicionamientos que le impongan a la concesión de la extradición y determinar las consecuencias que se derivarían de su eventual incumplimiento (Decisión del 16 de febrero de 2.003, dentro del radicado No. 22375, con ponencia del H. Mg. Dr. HERMAN GALAN CASTELLANOS).

Como también, advertir a su homólogo Estado requirente, que la solicitada ha permanecido privada de la libertad en detención provisional por razón de este trámite.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

CONCEPTUA FAVORABLEMENTE a la extradición de DIANA MILENA POLETINO CORDOBA, también conocida como DIANA MILENA POLENTINO CODOVA, o LILIA MERCEDES FLORES DE COVA, de anotaciones conocidas en el curso del proceso, por el delito de homicidio, a ella imputado en la resolución de acusación No. BA255207, dictada

el 23 de julio de 2.004, en la Corte Superior de California, Condado de Los Angeles y,

CONCEPTUAR DESFAVORABLEMENTE en cuanto a los cargos 1, 3, 4 y 5 de la misma resolución de acusación.

Devuélvase el expediente al Ministerio del Interior y de Justicia, para lo de su competencia.

MARINA PULIDO DE BARON

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Aclaración de voto

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PEREZ PINZON

Comisión de servicio

JORGE L. QUINTERO MILANES YESID RAMIREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre profeso por las decisiones de la Sala, expongo a continuación los aspectos que, en mi sentir, deben incluirse en los conceptos de extradición que emite la Corte frente a trámites que involucran ciudadanos colombianos por nacimiento,

particularmente cuando se desarrollan en ausencia de cláusulas pactadas en instrumentos internacionales de carácter bilateral o multilateral, en la forma de condicionamientos que el Gobierno Nacional debería exigir al momento de acceder a la entrega de un connacional, además de los que se le vienen sugiriendo de manera común.

La posición que he venido sustentando en Sala y que no ha tenido acogida, descansa en que la Corte al asumir la función de conceptuar, no sólo ha de tener como guía los parámetros que sobre la materia están fijados en el ordenamiento procesal penal patrio, sino que, además, su misión también debe estar influida por la regla del artículo 2º de la Constitución, pues en cuanto órgano máximo de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, componente esencial en la estructura del Estado Social de Derecho, también debe velar por la efectividad de los principios –entre ellos el fundante de la dignidad humana-, derechos y deberes consagrados en la Carta; defender la independencia nacional y proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades.

En ese orden de cosas, estimo que es preciso advertir en el concepto sobre la necesidad de plantear otras condiciones a la entrega del reclamado, derivadas del hecho de que el acto de extradición no implica que el extraditado pierda la nacionalidad colombiana, lo cual sólo ocurre frente a los presupuestos señalados en el artículo 98 de la Constitución.

En tales condiciones, cuando la entrega en extradición de un nacional colombiano se tramita y agota, en ausencia de un convenio multilateral o bilateral sobre la materia, con arreglo a la Constitución y a la ley, debe tenerse en cuenta que a diferencia de lo que ocurre si se hubiera adelantado conforme a un instrumento internacional en el cual las partes acuerdan condiciones que pueden significar la restricción de ciertos derechos, en virtud a la configuración del Estado colombiano como social y democrático de

derecho, en el cual es base fundamental el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Carta), las condiciones que se deben exigir al país reclamante tienen que estar ligadas con la observancia allí de los derechos y garantías que cobijarían al solicitado de ser juzgado en Colombia.

Eso es así, porque al acceder a la extradición de un colombiano por nacimiento el Estado, a través del Gobierno Nacional, renuncia a la potestad de ejercer su propia jurisdicción, pero no a la obligación de proteger al extraditado, pues en tanto siga siendo súbdito de Colombia, tiene derecho a todas las prerrogativas, garantías y derechos que emanan de la Constitución y la ley, en particular, aquellos que se relacionan con su calidad de procesado y que tienen que ver con la dignidad humana.

Así las cosas, siendo el marco esencial de la figura de la extradición lo señalado en el artículo 35 de la Constitución, que fija un sistema de fuentes¹ para que se solicite, conceda u ofrezca, que son los tratados públicos y, en su defecto, la ley, es preciso comentar que como no hay un instrumento vigente de esa naturaleza que ligue a Colombia con Estados Unidos en el tema de extradición, el ámbito para evaluar la procedencia de una solicitud, concesión u ofrecimiento de extradición entre los dos países es el Código de Procedimiento Penal.

Obsérvese que los preceptos que desarrollan la extradición en la Ley 600 de 2000, además de reiterar las reglas constitucionales (improcedencia por delitos políticos, o la de colombianos por nacimiento por hechos cometidos con anterioridad al 16 de diciembre de 1997 –artículo 508-); fijan el organismo al que le corresponde ofrecer o conceder la extradición de una persona y las facultades sobre la materia –el gobierno-, el ámbito de competencia de cada ente gubernamental, y el que le corresponde en el trámite a la Corte; señalan requisitos adicionales (doble incriminación, acto procesal mínimo en el exterior –artículo 510-); estructuran la forma como se desarrolla el trámite mixto, así como los fundamentos del concepto (artículo 520);

determinan cuándo se decide sobre la solicitud, en qué momento se hace la entrega y regula la orden de prelación en caso de varias solicitudes (artículos 522, 523 y 524); consagran el derecho a la defensa y los eventos en que hay lugar a la libertad (artículos 529 y 530).

Además, el artículo 512 ibídem le impone de modo imperativo al gobierno la obligación de exigir que el solicitado no vaya a ser juzgado por un hecho anterior diverso del que motiva la extradición, ni sometido a sanciones distintas de las que se le hubieran impuesto en la condena, y a que se le conmute la pena de muerte en caso de que la legislación del país reclamante la prevea como sanción del delito que motiva la solicitud de extradición.

Recuérdese que las condiciones arriba señaladas fueron extendidas, con el mismo carácter imperativo, por la Corte Constitucional a otras situaciones, al señalar que:

“...no sólo habrá de entenderse que en caso de que exista en el Estado requirente la pena de muerte, la entrega se hará bajo la condición de la conmutación de ésta, sino, también bajo el entendido de que al extraditado no se le podrá someter ni a torturas, ni a tratos o penas crueles, ni a desaparición forzada, ni a tratamiento degradante e inhumano, razón por la cual así habrá de condicionarse la constitucionalidad que se declara del artículo 550 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, se observa por la Corte, que la Constitución colombiana, prohíbe en su artículo 34 ‘las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación’, a las cuales, por las mismas razones anteriormente expuestas, no podrá someterse al extraditado por el país que lo juzgue, lo que implica que igualmente en ese sentido habrá de condicionarse la exequibilidad del artículo 550 del Código de Procedimiento Penal.”²

Sin embargo, esas no son las únicas condiciones susceptibles de formularse, pues al fin y al cabo el artículo 512 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que “El

gobierno podrá subordinar el ofrecimiento o la concesión de la extradición a las condiciones que considere oportunas”.

Esa facultad, debe señalarse, no es discrecional, pues al momento de decidir sobre la entrega de un nacional colombiano el gobierno está en el deber de armonizar los criterios de conveniencia nacional o de cooperación internacional, con la premisa según la cual al concederse la extradición no se renuncia a la soberanía, sino que se ejerce³, y con los derechos y garantías que están consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en pro de un justiciable, así como en protección de su dignidad humana.

Así, con arreglo al artículo 29 de la Carta; a los artículos 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5-3.6, 7-2.5, 8-1.2(a)(b)(c)(d)(e)(f)(g)(h).3.4.5, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9-2.3, 10-1.2.3, 14-1.2.3,5, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Gobierno Nacional debe condicionar la entrega de un compatriota, si concede la extradición, a que se le respeten al extraditado –como a cualquier otro nacional en las mismas condiciones- todas las garantías debidas a su condición de justiciable, en particular, a que tenga acceso a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a que se presuma su inocencia, a que cuente con un intérprete, a que tenga un defensor designado por él o por el Estado, a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para que prepare la defensa, a presentar pruebas y controvertir las que se aduzcan en contra, a que su situación de privación de la libertad se desarrolle en condiciones dignas, a que la eventual pena que se le imponga no trascienda de su persona, a que la sanción pueda ser apelada ante un tribunal superior, a que la pena privativa de la libertad tenga la finalidad esencial de reforma y readaptación social.

Igualmente, el gobierno debe condicionar la entrega a que el país reclamante, conforme a sus políticas internas sobre la materia, le ofrezca posibilidades racionales y reales para que

el extraditado pueda tener contacto regular con sus familiares más cercanos, habida cuenta que la Constitución de 1991, en su artículo 42, reconoce a la familia como núcleo esencial de la sociedad, garantiza su protección y reconoce su honra, dignidad e intimidad, lo cual se refuerza con la protección adicional que a ese núcleo le otorgan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23).

En cumplimiento de su deber de protección a las garantías y derechos del nacional colombiano entregado en extradición, es misión del Estado, por medio del ámbito de competencias de los órganos respectivos, vigilar que en el país reclamante se respeten las mencionadas condiciones (artículo 9 y 226 de la Carta). Así, en primer orden, a través del cuerpo diplomático, en concreto, por las diferentes oficinas consulares, con apoyo de la Procuraduría General de la Nación (artículo 277 de la Constitución) y de la Defensoría del Pueblo (artículo 282 ibídem), de lo cual, además, habrá de darse informes periódicos a la Corte, en virtud del principio de colaboración armónica entre los diferentes Poderes Públicos (artículo 113 de la Carta), con el fin de que todos los estamentos con injerencia en el tema tengan elementos de juicio que les permitan sopesar la conveniencia de privilegiar jurisdicciones foráneas frente a la interna.

De esa manera, dejo sentado mi criterio.

Señores Magistrados,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Corte Constitucional, sentencia C-740/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Sentencia C-1106/00, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-621/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.