

Proceso n.º 36000

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 108

Bogotá D. C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012)

VISTOS:

Corresponde a la Corte emitir el concepto contemplado en el artículo 501 de la Ley 906 de 2004, relativo a la extradición de GUSTAVO MODESTO DEMARCHI, ciudadano argentino requerido por el Gobierno de ese país para que comparezca en juicio por delitos de asociación ilícita, homicidio calificado y privación ilegítima de la libertad agravada por mediar violencia, hechos acaecidos en 1975.

ANTECEDENTES:

1. Mediante Nota Verbal No. MRC No. 10/2011 del 14 de enero del 2011, aclarada con Nota Verbal MRC No. 12/11 del 17 de enero del año en curso, la Embajada de Argentina solicitó la detención provisional con fines de extradición del ciudadano argentino GUSTAVO MODESTO DEMARCHI, identificado con el DNI No. 8.702.463, requerido por el Juzgado Federal No. 3 de Mar del Plata, Secretaría de actuación en Derechos Humanos, dentro de la causa “AV. DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA (CNU)” Incidente de búsqueda de persona Nro. 13793/24, seguida por

los delitos de asociación ilícita, homicidio calificado y privación ilegítima de la libertad agravada por mediar violencia”, según los siguientes hechos:

“Se investiga en los presentes actuados la presunta participación de GUSTAVO MODESTO DEMARCHI en una asociación Ilícita enmascarada en la agrupación CNU (Concentración Nacional Universitaria), valiéndose para ello de una estrecha ligazón con dicho grupo, integrado entre otros por Nicolás Caffarello, Roberto Coronel, Roberto Justel, Juan Carlos Asaro, José Luís Graneletc, quienes se habrían agrupado con anterioridad al 20 de febrero de 1975, con un claro objetivo delictivo destinado a cometer una serie de ilícitos indeterminados, desde homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, como así también robos calificados por el uso de armas, sustitución de chapas patentes de los vehículos que utilizaban para cometer los distintos hechos de persecución política, falsificación de documentos, uso de documentos y/o credenciales falsas; intimidaciones públicas, incendios dolosos, coacciones, robos de automotores y otros injustos, teniendo aquella organización diferentes etapas y diferentes integrantes en cada una de ellas, encontrándose dentro de aquellos hechos que fueran el objeto delictivo de la misma, los hechos investigados en autos: homicidios de Enrique “Pacho” Elizagaray, Guillermo Enrique Videla, Jorge Enrique Videla, Jorge Lisandro Videla y Bernardo Alberto Goldemberg (ocurrido el 21/3/75), homicidios de Daniel Gasparri y Jorge Stoppani (ocurrido el 25/4/75), privación ilegítima de la libertad (ocurrida el 9/5/75) y posterior homicidio de Maria del Carmen Maggi hallándose su cadáver en el mes de marzo de 1976, todo ello con una clara voluntad de persecución hacia los militantes de izquierda”.

2. Con base en esa petición, la Fiscal General de la Nación, mediante resolución del 1 de febrero de 2011 decretó la captura, que se hizo efectiva al día siguiente por miembros del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

3. La Embajada Argentina, con Nota Verbal MRC No. 34 del 15 de febrero de 2011, formalizó la solicitud de extradición, para lo cual allegó la documentación legalizada.

4. El Ministerio de Relaciones Exteriores, en oficio DIAJI.E. No. 0289 del 15 de febrero de 2011, consideró que la documentación se encontraba completa y remitió el expediente a esta Honorable Corporación bajo el concepto que "... el instrumento aplicable al presente caso es la "Convención sobre Extradición" suscrita en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933, aprobada por Ley 74 de 1935 y vigente para los dos Estados"

5. El Gobierno de Argentina para sustentar el pedido de extradición anexó los siguientes documentos:

Exhorto de fecha 4 de febrero de 2011 suscrito por el Juez Federal Subrogante a cargo del Juzgado Federal de lo Criminal y Correccional No. 3 de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, República de Argentina, dirigido al Juez con jurisdicción y competencia en la ciudad de Bogotá actuante en la detención provisoria con fines de extradición de GUSTAVO MODESTO DEMARCHI, en donde le hace saber los hechos que se investigan, partes intervinientes, normativa aplicable, y el razonamiento jurídico respecto de la vinculación del instituto de la prescripción con la comisión de delitos de Lesa Humanidad, además con el escrito relacionó los siguientes documentos que allegó:

"Anexo I: Copia auténtica del requerimiento de instrucción formulado por el Fiscal Federal de Mar del Plata de fs 1215/54 de los autos principales.

Anexo II: Copia auténtica del llamado a prestar declaración indagatoria y orden de detención de fs. 1822/44 de los autos principales; Fotocopia certificada del decreto de rebeldía y captura nacional de fs 1913/94 y Fotocopia certificada de la orden de

captura internacional de fs.1929.

Anexo III: Copia auténtica de resoluciones de primera instancia y Cámara que rechazan el pedido de exención de prisión formulado por DEMARCHI obrantes en el incidente No. 13793/1.

Anexo IV: Copia auténtica de resolución de primera instancia que rechaza el planteo de prescripción obrante en incidente No. 13793/2.

Anexo V: Copia auténtica de las resoluciones de primera instancia y Cámara que rechazan los planteos de recusación con causa y nulidad obrantes en incidentes No. 1373/3, 13793/17 y 13793/21: fotocopia certificada de resolución de primera instancia que dispone la medida cautelar de prohibición de salida del país de Demarchi, entre otros, obrante en incidente No. 13793/10 y resolución Superior que confirma dicha medida.

Anexo VI: Copia auténtica de las declaraciones testimoniales de Susana Salerno, Selva Navarro y Mirta Masid obrantes en los autos principales y anexo documental, y del incidente de protección de testigo No. 13793/22 en el que se dispone develar su identidad.

Anexo VII: Copia auténtica de la designación de Gustavo Demarchi en calidad de Procurador Fiscal Federal y cese en el cargo; Fotocopia certificada de la causa No. 260 caratulada "Maggi, María del Carmen s/ privación ilegal de libertad", causa No. 108, caratulada "Elizagaray, Enrique- Videla, Guillermo- Videla, Jorge Enrique- Videla Jorge Lisandro s/,muertes" y No. 109, caratulada "Goldemberg, Bernardo Alberto s/ muerte".

Anexo VIII: Copia auténtica de las leyes penales aplicables al caso (Constitución Nacional de la República Argentina, leyes de fondo, leyes de forma, tratados internacionales sobre la materia, competencia e imprescriptibilidad de

la acción penal)”.

6. La Corte asumió conocimiento del trámite mediante auto del 7 de marzo de 2011 y requirió al señor GUSTAVO MODESTO DEMARCHI para que nombrara defensor que lo asistiera en el curso de la presente actuación.

7. Mediante auto del 8 de noviembre siguiente, la Sala negó las pretensiones probatorias solicitadas por la defensa, decisión que confirmó el 22 de febrero de 2012.

ALEGATOS FINALES

1. Del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, solicita emitir concepto favorable a la extradición de GUSTAVO MODESTO DEMARCHI, para ello, realiza un análisis de los requisitos previstos en la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el 25 de diciembre de 1933, aprobada por la Ley 74 de 1935, tratado por el cual se rige este trámite.

Luego de hacer un recuento del procedimiento realizado, de la normatividad aplicable, de la prescripción de la acción en el caso concreto, para lo cual cita la decisión 30.380 de esta Corporación, considera que la identidad de la persona requerida se ha constatado plenamente, concluye se encuentran reunidos los condicionamientos consignados en el Tratado suscrito por los dos países para conceder la extradición.

Pide a la Corte, en caso de que el concepto sea favorable se considere las obligaciones contenidas en el artículo 17 de la Convención de Montevideo y los condicionamientos ya decantados por la Sala, relativos a la protección de los derechos fundamentales del requerido.

2. De la Defensa

Solicita se emita concepto desfavorable a la extradición por las siguientes razones:

- a) La extradición no procede por delitos políticos, por tanto aunque el Juez Federal de Mar de Plata indica que los delitos por los que se investiga a DEMARCHI son de carácter común, lo cierto es que son indicativos de móviles políticos, situación a definir por el Estado requerido de conformidad con el artículo 4º de la Convención de Montevideo.
- b) La extradición no procede cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación del acto legislativo 01 de 1997 que reformó el artículo 35 de la Constitución Política, en consecuencia no se puede conceptuar de manera favorable la extradición del señor DEMARCHI por hechos ocurridos en 1975.
- c) La extradición no procede cuando está prescrita la acción penal o la pena según las leyes del Estado requirente y del requerido, siempre que haya ocurrido con anterioridad a la detención del inculpado, por tanto como los delitos atribuidos a DEMARCHI corresponden en nuestro país a conductas cuya prescripción tiene un límite de 20 años, la acción penal se encuentra prescrita.

En forma subsidiaria solicita, de llegar a emitirse concepto favorable, se tengan en cuenta los condicionamientos establecidos por la jurisprudencia de la Corte relativos a la protección de los derechos fundamentales del requerido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Previa

1. El artículo 35 de la Carta Política establece el orden de prelación de la normatividad aplicable en asuntos de extradición, precisando en primer lugar los tratados

públicos y en segundo, la Ley.

Establecido el orden de las fuentes normativas así, y habiendo conceptualizado el Ministerio de Relaciones Exteriores que en este asunto la normatividad por la que se debe regir es la prevista por la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, aprobada por la República de Colombia mediante la Ley 74 de 1935, sobre los requisitos allí establecidos se ocupará el concepto que en estos eventos se requiere de la Corte.

La anterior precisión con el fin de aclarar la confusión que se aprecia en el alegato del defensor del solicitado, quien pareciera entender que no obstante la existencia de tratado que regula el caso, deben observarse los requisitos indicados en el Código de Procedimiento Penal, cuando evidentemente no es así. En materia de extradición la ley nacional sólo se aplica en cuanto al procedimiento interno para resolver las peticiones de esta naturaleza, pues nuestro sistema mixto implica la intervención de tres autoridades (Ministerio de Relaciones Exteriores- Corte Suprema de Justicia- Ministerio del Interior y de Justicia) que tienen claramente delimitadas sus funciones en la ley.

En ese orden, cuando entre el país requirente y Colombia existe tratado de extradición, la ley nacional sólo se aplica para efectos del trámite interno relacionado con la decisión correspondiente, es decir, para el ejercicio de las competencias que le conciernen al Ministerio de Relaciones Exteriores de emitir concepto sobre la normatividad aplicable (art. 496 de la Ley 906 de 2004), del Ministerio de Justicia de examinar la documentación con el fin de verificar si faltan piezas sustanciales (art. 497 ibídem); de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la emisión de un concepto (arts. 499, 500 ibídem) y finalmente del Gobierno Nacional de emitir la resolución mediante la cual concede o niega la extradición (art. 491), es este el sentido que se le debe dar al artículo 8º de la Convención que dice:

Art. 8.- El pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido; y, ya corresponda, según ésta, al poder judicial o al poder administrativo. El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice.

En consecuencia, a todas las autoridades intervinientes les corresponde observar los requisitos y fundamentos que según el tratado aplicable, rige la extradición en el caso concreto.

2. Cuestión De Fondo

2.1 Cumplimiento De La Convención De Montevideo

En relación con los requisitos a verificar por parte del Estado requerido, el artículo 5º de la Convención de Montevideo sobre Extradición aplicable en este caso, precisa:

“El pedido de extradición debe formularse por el respectivo representante diplomático, y a falta de éste por los agentes consulares o directamente de gobierno a gobierno, y debe acompañarse de los siguientes documentos, en el idioma del país requerido:

- a) Cuando el individuo ha sido juzgado y condenado por los tribunales del Estado requirente, una copia auténtica de la sentencia ejecutoriada.
- b) Cuando el individuo es solamente un acusado, una copia auténtica de la orden de detención, emanada de juez competente; una relación precisa del hecho imputado, una copia de las leyes aplicables a ésta, así como de las leyes referentes a la prescripción de la acción o de la pena.
- c) Ya se trate de condenado o de acusado, y siempre que fuera posible, se remitirá la

filiación y demás datos personales que permitan identificar al individuo reclamado.”
(negrilla fuera de texto).

A continuación se desarrollará una a una tales exigencias:

2.1.1 De las formalidades exigidas para presentar la solicitud de extradición.

Están previstas en el inciso 1º del artículo 5 de la Convención las cuales se cumplieron en el presente evento, pues el requerimiento se hizo por la vía diplomática cuando el Gobierno de la República Argentina a través de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal MRC No. 34 del 15 de febrero de 2011 presentó la documentación correspondiente, en orden a formalizar el pedido de extradición de GUSTAVO MODESTO DEMARCHI.

En razón de lo anterior, la Corte tendrá los documentos allegados como aptos para servir de prueba de los hechos a que se refieren.

2.1.2. De la copia auténtica de la Orden de Detención,

Referente al literal b) del artículo 5º de la Convención, como se trata de acusado, el país requirente cumplió con la exigencia, esto es, copia auténtica de la orden de detención emanada del Juez competente. En este caso dicho documento lo constituye el auto fechado el 12 de noviembre de 2010 en Mar del Plata (Argentina), suscrito por el Juez Federal Subrogante Rodolfo A. Pradas, en donde decreta la rebeldía de GUSTAVO MODESTO DEMARCHI y ordena su detención, al igual que la captura internacional (ver anexo II).

Es necesario precisar que al ser la Convención de Montevideo la que rige esta

extradición, la expresión “acusado” utilizada tanto en el artículo 1º como en el 5º literal b), no está referida a persona contra quien se haya proferido una decisión de las características o equivalente a la resolución acusatoria que regula nuestro ordenamiento interno, sino a quien está siendo objeto de investigación y se ha dispuesto su comparecencia para interrogarla “cuando hubiere motivo para sospechar” que ha participado en la comisión de un delito.

En este sentido, ya ha tenido la Corte la oportunidad de pronunciarse:

“Las estipulaciones a que aluden los tratados públicos surgen preponderantes en materia de extradición y sólo a falta de ellas se remite a lo que establezca la ley interna, de manera que si en este caso, como quedó visto, es aplicable la Convención de Montevideo, se anteponen los requisitos allí establecidos, en lo que debe acompañarse a la petición de extradición; entre ellos no está el aporte de la resolución de acusación o su equivalente, lo que, sin razón ha insistido la defensa debió acompañarse en este asunto.

“Si la Convención no establece ese requisito, no le es dado a la Sala exigirlo, pues en tal caso resultaría desconociendo la voluntad expresa de los países signatarios del acuerdo internacional, y esa no es su función en la tarea que le es encomendada en el trámite de extradición

“...”.

“La extradición es un instrumento de cooperación internacional, concebido para evitar que quien ha delinquido en territorio de un determinado país, se pueda refugiar en otro, evadiendo los llamados de la justicia. Si la Convención de Montevideo tiene establecido, en el artículo 5º, literal b), que tratándose de quien es requerido para que comparezca al proceso, para solicitar su extradición basta con una copia auténtica de la orden de

detención emanada del juez competente, una relación de los hechos y la copia de las leyes aplicables al caso, resulta improcedente exigir otros requisitos". 1

2.1.3. De la relación de hechos imputados al acusado

El literal b) de la norma en cita, igualmente exige una relación precisa de los hechos imputados, lo cual, en este caso también se cumple, porque el auto que ordenó la detención de GUSTAVO MODESTO DEMARCHI así los expuso:

"..Las constancias arrimadas a la causa permiten afirmar, con la precariedad propia de esta instancia procesal que, Ernesto Piantoni, Eduardo Cincotta, Gustavo Demarchi, Raúl Viglizzo, Juan Carlos Gómez, Carlos González, Eduardo Salvador Ullúa, Oscar Corres....y Fernando Otero, entre otros, habrían conformado una asociación ilícita enmascarada en la agrupación C.N.U. (Concentración Nacional Universitaria) valiéndose para ello de su pertenencia activa a la misma, o en algunos casos a una estrecha ligazón con dicho grupo. Es así que se habrían agrupado con un claro objetivo delictivo destinado a cometer una serie de ilícitos indeterminados (desde homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, como así también robos calificados por el uso de armas, sustituciones de chapas patentes de los vehículos que utilizaban para cometer los distintos hechos de persecución política, falsificación de documentos, uso de documentos y /o credenciales falsas; intimidaciones públicas, incendios dolosos, coacciones, robos de automotores y otros injustos) con una clara voluntad de persecución hacia los militantes de izquierda.

...

Dentro de los ideólogos de la asociación pueden mencionarse a Gustavo Demarchi, Raúl Viglizzo, Eduardo Cincotta, Piero Assaro, José Luis Granel, Roberto Coronel. De igual forma puede afirmarse que el grupo de los "operativos" lo integraban Mario Durquet, Eduardo Ullúa,...

De esta forma dichos “miembros” habrían tomado parte en la asociación de las mas diversas formas, existían grupos operativos que se encargaban de los hechos mas violentos y en algunos casos, también de la inteligencia previa; los encargados de llevar adelante el diseño de las estrategias de intervención, las vinculaciones con los grupos de poder y los manejos de prensa; los que otorgaban la cobertura “legal” a los cuadros operativos (ya sea en el marco de la Universidad Nacional de Mar del Plata o en la Fiscalía Federal), y por otra parte los que, al menos, prestaron alguna colaboración con la actividad de la asociación ilícita como por ejemplo mediante la individualización de las víctimas. Esto a su vez, demuestra la permanencia en el acuerdo de voluntades de los integrantes de esta asociación en llevar adelante la serie de actos delictivos, advirtiéndose la existencia de un nexo funcional entre cada hecho cometido y la estabilidad de la estructura delictiva conformada, donde a través de los testimonios prestados en el marco de la presente, se diferenciaría con claridad al menos, dos sectores dentro de este grupo: el de los “ideológicos o pensantes” y de los “operativos”. Estas personas debían actuar de consuno para asegurarse que lo decidido previamente podía llevarse adelante. Debían coordinarse horarios, intervenciones, acompañamientos o liberación de zonas, desplazamientos y a la vez contar con gente suficiente para evitar sorpresas. También necesitaba los espacios para las ejecuciones debiendo necesariamente interactuar con las autoridades de otros ámbitos para la coordinación de sus tareas, y sobre todo manejarse con un grado de impunidad otorgado por la cobertura que desde el ámbito de los organismos del Estado (Universidad, -fiscalía, juzgado Federal, fuerzas policiales, sindicatos) se otorgaba.

Adunan esta pretensión las declaraciones testimoniales y los informes de inteligencia que dan cuenta del grado de organización estructurada que tenía esta asociación ilícita dentro de la CNU, lo que también se desprende la voluntad de los partícipes de cometer delitos en general dirigidos a una finalidad en particular, la existencia de una

relación de reciprocidad y uniformidad que denota la pertenencia de sus integrantes, así como aquellas vinculaciones que la organización tenía con la policía de la provincia de Buenos Aires, la policía federal, el poder judicial (juzgado federal o fiscalía federal) las fuerzas armadas y la Triple A.

...

Finalmente, y dando un marco concreto a la investigación, refiere el ministerio fiscal que “esta asociación contaba también con directas relaciones en la Fiscalía federal, a cargo por entonces del Dr. Gustavo Demarchi, quien como queda dicho, a la misma fecha era además coordinador docente de la Universidad Provincial”, continuando que “ sin perjuicio de que el propio Demarchi ha sido sindicado por numerosos testigos como integrante de la CNU (Uv. Testimoniales de Alfredo Bataglia, Julio D’auro, Julio Víctor Lencina, Eduardo Soarez, Isabel Carmen Eckerl, Laura Chino....), y de que su actuación universitaria esta ligada a la del grupo anteriormente referenciado, corresponde valorar aquí especialmente la propuesta que el propio Demarchi efectúa para la designación de Eduardo Ullúa –quien había sido procesado por el crimen de Silvia Filler –.” como empleado de la fiscalía federal.

Así, refiere que “ la pertenencia de Ullúa a este grupo de “ contratados” que, bajo el amparo de las autoridades universitarias- entre quienes recontaba el propio Demarchi-, emprendían violentas acciones contra los militantes del peronismo de izquierda, se revela en numerosas declaraciones testimoniales.). Siendo estas las testimoniales de Julio Däuro, Julio Víctor Lencina y otros...”

Es así que merced al reproche que formula el procurador fiscal, el doble rol que habría ejercido Gustavo Demarchi- como coordinador docente de la universidad y como procurador fiscal federal-, hace imposible suponer que desconociera los antecedentes de

Ullúa al momento de ponerlo como agente de la dependencia a su cargo...”

2.1.4. De las leyes penales aplicables y la doble incriminación.

En cumplimiento de los requisitos exigidos por la Convención, el Estado requirente anexó copias de la normatividad aplicable que son los artículos 210 para el delito de asociación ilícita, 80-6 para el delito de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más partícipes, y 142-1 para el delito de privación ileal de la libertad agravada por mediar violencia según el Código Penal (Ley 20642).

Tales disposiciones son del siguiente tenor:

Artículo 210: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres (3) a diez (10) años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o mas personas destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco (5) años de prisión o reclusión”.

Artículo 80. “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º) a su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que los son;

2º) con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;

3º) Por precio o promesa remuneratoria;

4º) Por placer, codicia odio racial o religioso;

5º) Por un medio idóneo para crear un peligro común;

6º) Con el concurso premeditado de dos o mas personas

.....”

Artículo 142. “Se aplicará prisión o reclusión de dos (2) a seis (6) años al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º Si el hecho se cometiere con violencia o amenazas o fines religiosos o de venganza;

2º) si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, hermano del otro cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;

3º) Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor..”

En términos del literal b) del artículo 1º de la Convención, se trata de delitos sancionables con pena superior a un año, que igualmente están previstos como punibles en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 340 del Código Penal, bajo el nomen iuris de “Concierto para delinquir”, en el artículo 103 en concordancia con el 58-10 respecto del “homicidio con coparticipación criminal” y en el artículo 168 del “secuestro simple” los cuales también se reprimen con pena de prisión superior a un año. Es decir, este requisito se encuentra satisfecho.

2.1.5 De las leyes referentes a la prescripción en Argentina y en la Convención de Montevideo

Sobre este tópico el juez del país requirente ha sido enfático en afirmar que los

delitos por los que es solicitado DEMARCHI son de los denominados de lesa humanidad, por tanto, no se hallan prescritos según la interpretación que de los artículos 75 inc 222 y 118 C.N3.: arts 339 inc 2º, 340, 341 y ccdtes del CPPN hace en la “resolución de primera instancia que rechaza el planteo de la prescripción obrante en el incidente No. 13793/2” de fecha 4 de noviembre de 2010, la cual fue confirmada (anexo IV), por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, suscrita por los jueces de cámara doctores Jorge Ferro, Martín Bava, y Cesar Álvarez el 13 de abril de 2011 quienes señalaron:

“En orden a analizar la cuestión central de este incidente corresponde en primer lugar realizar un análisis general respecto de la existencia o no de crímenes imprescriptibles y en segundo lugar si en el presente caso se hacen presentes las condiciones que se identifiquen como esenciales y caracterizadores.

En orden a la primera cuestión la respuesta debe ser afirmativa, en virtud de una serie de argumentos que se han ido volcando en diversas causas por parte de distintos tribunales inferiores y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios precedentes entre los que corresponde recordar especialmente “Arancibia Clavel” (fallos 328:341) y “Simón” (Fallos 328:2059).

En todos estos casos hay un hilo conductor, cual es la referencia al derecho de gentes como fundamento jurídico constitucionalmente aceptado y receptado como base de nuestro ordenamiento jurídico de donde resulta que los delitos de lesa humanidad no prescriben.

Es este sentido me pronuncié en ocasión de tratar la cuestión en las causas “Langoni” (expíe. 5507-reg. Sala II C.F.A.L.P., resolución de fecha 16 de diciembre de 2010) y “Manacorda” (expíe 5634 -reg, Sala II C.F.A.L.P., Sala II C.F.A.L.P., resolución de 16 de diciembre de 2010) donde tuve la oportunidad de explayarme acerca de la

imprescriptibilidad.

Tal como lo hice en aquellas oportunidades considero adecuado realizar algunas consideraciones respecto de la caracterización del derecho de gentes. A partir de la consagración del principio de soberanía popular, la legitimidad del derecho sólo puede descansar en un proceso democrático de formación jurídica. Solamente el derecho formado con procedimientos internos que aseguren el más amplio debate y la posibilidad de obtener un resultado que goce de asentimiento general permite que tanto la autonomía privada de las personas como la autonomía pública de la comunidad puedan alcanzar su máximo rendimiento.

El derecho de gentes no escapa a esta regla. Se lo debe caracterizar, al igual de los ordenamientos jurídicos internos, por ser producido comunicativamente por los propios destinatarios, y, por ende, no dado o impuesto, con una sustancial diferencia, respecto del derecho interno, residente en el carácter difuso y laxo de los ámbitos de intercambio discursivo en los que se lo elabora.

Viene a resultar entonces la necesidad de articular ese derecho de gentes universal con los derechos internos de cada organización estatal. El ordenamiento jurídico estatal, producto de la decisión soberana de cada estado, y que tiene como punto de partida y principio de autoorganización a la constitución, ha quedado a través de la evolución de las previsiones jurídicas sucesivamente incorporadas, limitado en orden al respeto de los derechos humanos fundamentales que no pueden ser transgredidos, pero que resultan cooriginales con el establecimiento del propio orden jurídico, ya interno ya de gentes.

La articulación referida se da en nuestro sistema constitucional en el principio consagrado en el artículo 118 de la Constitución (102 en su numeración original). Las razones en las que me baso para aplicare la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, en último término, como ha quedado expuesto, del principio

de soberanía popular.

...”

De conformidad con las anteriores precisiones es claro que los delitos por los que se acusa a DEMARCHI no se encuentran prescritos, en el país requirente.

En relación con el análisis que sobre la prescripción debe hacer Colombia como país requerido, se acudirá al artículo 3º de la Convención de Montevideo que dice:

“El Estado requerido no está obligado a conceder la extradición:

“a) Cuando estén prescritas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculpado.

b) Cuando el individuo inculpado haya cumplido su condena en el país del delito o cuando haya sido amnistiado o indultado.

c) Cuando el individuo inculpado haya sido o esté siendo juzgado en el Estado requerido por el hecho que se le imputa y en el cual se funda el pedido de extradición.

d) Cuando el individuo inculpado hubiere de comparecer ante Tribunal o Juzgado de excepción del Estado requirente, no considerándose así a los tribunales del fuero militar.

e) Cuando se trate de delito político o de los que le son conexos. No se reputará delito político el tentado contra la persona del jefe del Estado o de sus familiares.

f) Cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión.”

Seguidamente el artículo 4º señala:

“La apreciación del carácter de las excepciones a que se refiere el artículo anterior corresponde exclusivamente al Estado requerido.

Por tanto el estudio sobre la prescripción de los delitos imputados a DEMARCHI en el marco de la extradición, se rige por el literal a) del artículo 3º de la Convención según el cual: “El Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición cuando estén prescritas la acción penal o la pena, según las leyes del estado requirente y requerido, con anterioridad a la detención del individuo inculpado”, es decir que para negar la extradición de una persona se hace necesario que se encuentre prescrita la acción penal o la pena al mismo tiempo tanto en el país requirente como en el requerido, por manera que si no se encuentra prescrita en uno de los dos países la extradición se concede.

Toda vez que es claro que en el país requirente no se encuentra prescrita la acción penal, es procedente la extradición de DEMARCHI.

En este sentido la Sala penal de la Corte se pronunció en el radicado 8317 del 9 de febrero de 1994:

“La redacción del artículo 3º de la Ley 74 de 1935 se debe interpretar en el sentido de que la extradición no será posible si la prescripción de la acción o de la pena se ha producido simultáneamente en los dos países, por cuanto la preceptiva utiliza la conjunción copulativa “y” en lugar de la disyuntiva “o”.

2.1.6. De La Filiación y demás Datos Personales que permiten identificar al Individuo Reclamado.

Este requisito, a que se contrae el literal c) de la Convención, también se halla cumplido, pues la documentación aportada como prueba para este trámite, refiere a GUSTAVO MODESTO DEMARCHI, ciudadano argentino nacido el 31 de julio de 1946 en

Bolívar, Provincia Buenos Aires, con número de identificación DNI 8'702.463 de Argentina, pasaporte No. 0870246, hijo de Héctor Adolfo y Obdulia Alicia Vecchirelli (fallecidos), misma persona que fue detenida el 2 de febrero de 2011 en el Hotel del Parque de Bogotá por miembros del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Importa tener en cuenta que en ningún momento el señor defensor ni el requerido han cuestionado la identidad de la persona que se encuentra detenida.

Por lo anterior, se considera plenamente identificado el ciudadano requerido y por ende cumplido el requisito exigido en la Convención.

2.1.7. Finalmente, no se observa que la autoridad que eventualmente habrá de juzgar a GUSTAVO MODESTO DEMARCHI tenga la calidad de Tribunal de excepción o Penal Militar, ni se trata en este evento de delitos militares o de religión, ni de connotación política, o conexos con éstos (art. 3º Convención).

3. Respuesta a las alegaciones

3.1. Relativo al cuestionamiento de la defensa en el sentido que no se puede conceptualizar de manera favorable la extradición del señor DEMARCHI por cuanto los hechos fueron cometidos en 1975, es decir antes del acto legislativo 01 de 1997 que reformó el artículo 35 de la Constitución según el cual “ no procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma”, es del caso señalar que tal normativa se aplica únicamente para los colombianos por nacimiento conforme lo precisa el artículo 490 de la Ley 906 de 2004, razón por la cual el señor DEMARCHI no está cobijado de tal exceptiva, siendo procedente su extradición.

3.2 Referente al Delito Político se advierte que la discusión promovida ante el Juez Federal de la causa, no es entre delitos políticos y delitos comunes, como lo ha afirmado a lo largo de este trámite el defensor, sino entre “delitos comunes prescriptibles y delitos de lesa humanidad imprescriptibles⁵”, tipificación esta última que fue la atribuida en primera instancia por el Funcionario Federal dentro del “incidente de prescripción” propuesto entre otros por el defensor de DEMARCHI en Argentina, y confirmada en segunda instancia el 13 de abril de 2011 por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata⁶ como crímenes de lesa humanidad imprescriptibles, evidenciándose así que el delito político no está sometido a discusión.

Además, en la normatividad colombiana, los delitos destacados en la solicitud de extradición no son considerados como políticos.

Valga la pena recordar la invariable jurisprudencia de la Corte según la cual la extradición es un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre los Estados, en donde no se asume una labor de carácter jurisdiccional. Por tanto, su función se restringe a la confrontación objetivo formal de la documentación presentada frente a los elementos del concepto.

No corresponde a la Corte, en consecuencia, realizar juicios sobre la validez y el mérito de las pruebas; tampoco verificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia y ejecución de los hechos investigados; no debe decidir sobre la tipicidad o antijuridicidad de la conducta del requerido; ni debe opinar acerca de la responsabilidad penal, a riesgo de desbordar el objeto del concepto y abrogarse una jurisdicción que no le compete, en contravía de la soberanía del país requirente y por tanto se despachará por improcedente la pretensión del defensor del requerido.

3.3. La inconformidad referida a la prescripción de la acción penal, ha de tenerse como

resuelta dentro del acápite sobre el tema.

4. Condicionamientos

El Estado colombiano deberá advertir de los compromisos a que se obliga el Estado requirente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención, además de los referidos a la prohibición de infligir penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, prisión perpetua, destierro, y confiscación.

Asimismo, el Gobierno Nacional debe advertir a su homólogo del Estado requirente, que la persona solicitada en extradición ha permanecido privada de la libertad en detención preventiva por razón de este trámite desde el dos (2) de febrero de dos mil once (2011).

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

1. CONCEPTÚA FAVORABLEMENTE a la solicitud de extradición elevada por la República de Argentina, con respecto del ciudadano argentino GUSTAVO MODESTO DEMARCHI, por los cargos contenidos en el requerimiento de instrucción proferido el 23 de noviembre de 2009 dentro de la Causa No. 13.793 que adelanta el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional No. 3 de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, por los delitos de asociación ilícita, homicidio calificado y privación ilegítima de la libertad agravada por mediar violencia,

2. En caso de acoger el presente concepto, el Gobierno Nacional deberá indicar los compromisos a que se obliga el Estado requirente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Convención.

3. El Gobierno Nacional debe advertir a su homólogo del Estado requirente, que la persona solicitada en extradición ha permanecido privada de la libertad en detención

preventiva por razón de este trámite desde el dos (2) de febrero de dos mil once (2011).

4. Comuníquese esta determinación al requerido, a su defensor, al representante del Ministerio Público y al Fiscal General de la Nación, para lo de su cargo.

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

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Cita medica

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Permiso

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
OTERO

LUIS GUILLERMO SALAZAR

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ORTIZ

JAVIER ZAPATA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Concepto 16379 del 22 de mayo de 2001.

2 Art. 75 inciso 22: “Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de >Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados en su caso por el poder ejecutivo nacional,...

3 Art. 118. Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación contenido 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 hubiere cometido el delito; pero cuando este 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.

4 En igual sentido Concepto 34187 de 2010

5 Cuadernillo de Incidente de Prescripción anexo IV folios 1 a 10.

6 Folio 30 a 35 cuaderno 2 principal.