

Proceso nº 36255

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No. 21-

Bogotá, D. C., primero (1º) de febrero de dos mil doce (2012).

ASUNTO

La Corte Suprema de Justicia de Colombia emite concepto sobre la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de España, a través de su Embajada en nuestro país, respecto del ciudadano Mexicano RAFAEL FERNÁNDEZ TENA.

ANTECEDENTES

1. Mediante Nota Verbal No. 099/2011 del 16 de febrero de 2011, El Gobierno de España, a través de su Embajada en Colombia, solicitó la extradición del ciudadano mexicano RAFAEL FERNÁNDEZ TENA para que sea juzgado por la Audiencia Nacional Española por el delito de tráfico de drogas.
2. El Ministerio del Interior y de Justicia, previo concepto de su homólogo de Relaciones Exteriores sobre la existencia de la “Convención de Extradición de Reos”, suscrita en Bogotá D.C., el 23 de julio de 1892 y el “Protocolo Modificadorio a la Convención de Extradición entre Colombia y el Reino de España”, adoptado en

Madrid, el 16 de marzo de 1999, y aprobado por la ley 876 del 2 de enero de 2004, mediante oficio OFI11-13876- DVJ-0300 remitió a la Corte la documentación enviada por la Embajada española.

3. Por auto del trece (13) de abril de 2011 se dispuso informar al solicitado que tenía derecho a nombrar un defensor que lo asistiera en el trámite¹, sin embargo, como no ha sido aprehendido, se dispuso oficiar a la Defensoría del Pueblo para que por su intermedio se designara un profesional del derecho que lo asistiera como defensor dentro del mismo², lo cual se concretó³, y a la apoderada se le notificó el contenido del auto de fecha 9 de mayo de 2011, por cuyo medio se ordenó correr traslado a las partes por el término de 10 días para que solicitaran pruebas⁴.

4. Transcurrido dicho término, se pronunció el Procurador Segundo delegado para la Casación Penal, solicitando el decreto y práctica de los siguientes medios de convicción:

“... oficie a la Fiscalía General de la Nación para que informe si contra el ciudadano mexicano RAFAEL FERNÁNDEZ TENA, quien se identifica con pasaporte No. 270.016.136, se adelantó o actualmente se tramita en nuestro país alguna investigación o juicio penal, o ha sido absuelto o condenado por algún delito”.

Fundamentó su petición en la prohibición para conceder la extradición cuando el requerido esté siendo investigado o haya sido juzgado en Colombia por el mismo delito por el que se le solicita, en los Tratados Internacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hace el Código de Procedimiento Penal, e igualmente, en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia expedido el 26 de agosto de 2009, bajo el radicado 31951, según el cual, la petición de pruebas tal como se ha realizado en este proceso es procedente cuando, de la documentación allegada al trámite de extradición “aparezca evidencia que apunte a demostrar la eventual lesión del derecho fundamental al debido proceso por desconocimiento del principio de

cosa juzgada”.

La Sala mediante auto del 17 de noviembre de 2011 decidió:

* NEGAR por improcedente la prueba solicitada por el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal.

En el mismo, se ordenó correr traslado para que los intervinientes presentaran sus estudios previos al concepto de fondo, lapso en el que se pronunció el señor Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal⁵.

DOCUMENTOS ALLEGADOS

Con la nota verbal No. 099 del 16 de febrero de 2011, la Embajada de España aportó los siguientes documentos:

1. Copia del auto de fecha 22 de junio de 2006, emitido por el Juzgado Central de Instrucción No. 002 de Madrid, mediante el cual se declara procesado al señor RAFAEL FERNÁNDEZ TENA por un delito contra la salud pública previsto y penado en los artículos 368 y 369 del Código Penal Español, y se decreta la prisión provisional comunicada e incondicional del mismo⁶.
2. Copia de la orden internacional de detención proferida por el Juzgado Central de Instrucción No. 2 de Madrid el 23 de junio de 2006, contra RAFAEL FERNÁNDEZ TENA, ordenando su búsqueda y captura internacional⁷.
3. Copia del auto proferido por la misma autoridad, el 17 de octubre de 2006, donde se declara rebelde al procesado FERNÁNDEZ TENA⁸.

4. Copia de las disposiciones legales aplicables al caso⁹.

ESTUDIO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Propone el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal conceptuar de manera favorable la petición de extradición presentada por el Gobierno de España, en contra del ciudadano Mexicano de nacimiento, RAFAEL FERNÁNDEZ TENA, por los cargos atribuidos, al considerar satisfechas las exigencias legales para proceder en esa dirección.

CONSIDERACIONES.

La Sala emitirá concepto favorable para la extradición del ciudadano colombiano RAFAEL FERNÁNDEZ TENA, pues se reúnen los requisitos legales exigidos para ello.

De acuerdo con el artículo 35 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 1997, la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

En tal sentido, el Ministerio de Relaciones Exteriores precisó que el Convenio aplicable es la “Convención de Extradición de Reos suscrita en Bogotá el 23 de Junio de 1892 y aprobada por Ley 35 de 1892 y el Protocolo modificativo del Convenio de Extradición, hecho en Madrid el 16 de Marzo de 1999 y aprobada por la Ley 876 del 2 de Enero de 2004¹⁰”.

El concepto de la Corte versará sobre las condiciones regladas en esa legislación, que determinan:

1. El artículo I de la Convención de Extradición celebrada entre la República de

Colombia y el Reino de España establece que los dos gobiernos “se comprometen a entregarse recíprocamente los individuos condenados o acusados por los tribunales o autoridades competentes de uno de los dos Estados contratantes, como autores o cómplices de los delitos o crímenes enumerados en el Artículo 3º y que se hubieren refugiado en el territorio del otro”.

2. El artículo II dispone que “ninguna de las Partes contratantes queda obligada a entregar sus propios ciudadanos o nacionales, ni los individuos que en ella se hubieren naturalizado antes de la perpetración del crimen”, y que “ambas partes se comprometen, sin embargo, a perseguir y juzgar, conforme a sus respectivas leyes, los crímenes o delitos cometidos por nacionales de la una Parte contra las leyes de la otra, mediante la oportuna demanda de esta última y con tal que dichos delitos o crímenes se hallen comprendidos en la enumeración del Artículo 3º” y que “La solicitud será acompañada, en ese caso, de los objetos, documentos, antecedentes, declaraciones y demás informes necesarios”.

3. En el artículo III, que fue reformado por el artículo 1º del Protocolo Modificatorio, se establece que la extradición “procederá con respecto a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena privativa de libertad no inferior a un (1) año. A este efecto, será indiferente el que las leyes de las Partes clasifiquen o no al delito en la misma categoría de delitos o usen la misma o distinta terminología para designarlo”.

4. El artículo IV de la Convención dispone que no habrá lugar a la extradición “cuando se pida por un crimen o delito por el cual el individuo reclamado sufre o ha sufrido ya la pena, o que ha sido juzgado y absuelto en el territorio de la otra Parte contratante”, o “si se ha cumplido la prescripción de la acción o de la pena, según las leyes del país a quien el reo sea reclamado”.

5. Se aclara, en el artículo V, que no habrá lugar a la extradición por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. Igual se dice que el individuo cuya extradición se haya concedido no podrá ser perseguido por delito político anterior a la extradición. En el artículo VI también se ordena negar la entrega de la persona si se está ante crimen o delito perpetrado con anterioridad a la ratificación del convenio o diverso del que haya motivado el pedido.

6. El artículo VIII regla que la solicitud de extradición debe ser presentada por la vía diplomática y se impone que se anexen: (i) copia autorizada de la sentencia, si se trata de un criminal condenado y evadido; (ii) copia autorizada del mandamiento de prisión o auto de proceder o de cualquier otro documento que tenga la misma fuerza de dicho auto y que especifique los hechos denunciados y la disposiciones aplicables al caso, cuando se trate de un individuo acusado o perseguido, así como las señas personales del reo o encausado, hasta donde sea posible, para facilitar su búsqueda y arresto.

7. El artículo XV del Convenio, con la modificación que le introdujo el artículo 1º del Protocolo, regula que “cuando el delito por el que se solicita la extradición sea punible con pena de muerte con arreglo a las leyes del Estado requirente y las leyes del Estado requerido no permitan la imposición de tal sanción, se rehusará la extradición, a menos que, antes de concederse la extradición, el Estado requirente garantice a satisfacción del Estado requerido que no impondrá tal pena”.

8. Finalmente, el artículo 2º del Protocolo Modificatorio determina que “los documentos presentados con las solicitudes de extradición que por vía diplomática se tramiten, en virtud de la Convención de Extradición suscrita entre los dos países, estarán exentos del requisito de legalización”.

La solicitud de extradición elevada por el Gobierno Español cumple con las exigencias previstas en el tratado:

1. Validez formal de la documentación presentada.

De acuerdo con el artículo VIII de la Convención de Extradición, se tiene que:

- i) La solicitud fue presentada por la Embajada de España en Colombia; formalizándola ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia -cumpliendo con el requisito de la vía diplomática-.
- ii) De esos documentos se establece con claridad que en contra de RAFAEL FERNÁNDEZ TENA se emitió auto de procesamiento y prisión provisional comunicada e incondicional, por el Juzgado Central de Instrucción No. 002, el día 22 de junio de 2010 en el que señaló: "...PRIMERO. Los hechos relatados anteriormente, revisten por ahora, y salvo ulterior calificación los caracteres de; un delito Contra la Salud Pública previsto y penado en los artículos 368 y 369 del Código Penal, apareciendo en las actuaciones indicios racionales de criminalidad contra Rafael FERNÁNDEZ TENA [y otros], por lo que procede decretar el procesamiento de todos ellos, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. SEGUNDO. ... Procede decretar la prisión provisional comunicada e incondicional de los procesados que se encuentran en ignorado paradero, Rafael FERNÁNDEZ TENA [y otros], una vez los mismos sean habidos."11.

En consecuencia, se verifica como legítima la orden de detención internacional del 23 de junio de 2006, resultante de las actuaciones llevadas a cabo en la fecha señalada anteriormente dentro del sumario 19/2006-I, donde se decretó el procesamiento, la prisión provisional, comunicada e incondicional y se ordenó la búsqueda y captura nacional e internacional del requerido.

- iii) Así mismo, de tal documentación se establece que el solicitado se llama RAFAEL FERNÁNDEZ TENA, (a) "Tio (sic) R", nacido en México el 30 de noviembre de 1958, provisto del pasaporte mexicano 270.016.136 con lo que de modo suficiente se

acredita el requisito contenido en el numeral 3º del precitado artículo VIII de la Convención, más aún cuando la exigencia allí contenida se limita a que el Estado requirente entregue “las señas personales del reo o encausado, hasta donde sea posible, para facilitar su busca y arresto”.

Y aunque la captura del requerido no se ha hecho efectiva por parte de las autoridades colombianas, dicha circunstancia no limita a la Sala para emitir concepto. La privación de la libertad del requerido puede ocurrir antes de iniciado el trámite, durante el transcurso del mismo o después de otorgada la extradición por parte del Gobierno Nacional, y resulta pertinente anotar que la misma no se considera un requisito de validez para el procedimiento¹².

En las anotadas condiciones, se concluye que los requisitos formales de legalización que sirven de sustento a esta solicitud de extradición, y que son exigidos por el artículo VIII de la Convención existente entre el Estado requirente y el Estado Colombiano se cumplieron a cabalidad; cada uno de ellos, fue estrictamente acatado y desde esta perspectiva, los documentos aportados con tal fin, se tornan aptos para ser considerados en el presente estudio de la Sala.

La anterior documentación presentada por vía diplomática, está exenta del requisito de legalización, conforme lo preceptúa el artículo segundo del Protocolo Modificador de la Convención de Extradición suscrita entre la República de Colombia y el Reino de España.

2. Plena identidad de la persona reclamada en extradición.

El Gobierno del Reino de España informó en su petición que el requerido responde al nombre de RAFAEL FERNÁNDEZ TENA, alias “TIO R”, ciudadano mexicano, nacido el treinta (30) de noviembre de 1958 en México, provisto de pasaporte mexicano No. 270.016.136, hechos que generan plena certeza sobre su identidad.

3. Principio de la doble incriminación.

De conformidad con el Convenio aplicable al caso -artículo III, modificado por el 1º del Protocolo- la extradición pedida es procedente cuando la persona requerida es perseguida por algún delito o buscada para la ejecución de una pena privativa de la libertad no inferior a un año para cuyo efecto “será indiferente el que las leyes de las Partes clasifiquen o no al delito en la misma categoría de delitos o usen la misma o distinta terminología para designarlo”.

RAFAEL FERNÁNDEZ TENA es solicitado en extradición por el Gobierno de España, para que comparezca en juicio por violación a los 368 y 369 del Código Penal Español según lo establece el contenido del auto de procesamiento del 22 de junio de 2006 dentro de la causa No. 19/2006-I13. Los cargos formulados en su contra son del siguiente tenor:

“ I. HECHOS

PRIMERO.- De lo actuado se desprende que Rafael FERNÁNDEZ TENA, (a) “Tio (sic) R”, n/ México el 30-11-1958, provisto del pasaporte mexicano 270.016.136 (en ignorado paradero); ..., constituían un grupo organizado dedicado al tráfico internacional de estupefacientes, concretamente cocaína, desempeñando cada uno de ellos diversas gestiones y actividades encaminadas a la organización del transporte, recepción, almacenamiento y posterior distribución de dicha sustancia, conforme se desprende del contenido de las conversaciones telefónicas, vigilancias y seguimientos a que fueron sometidos y demás diligencias practicadas que obran en las actuaciones, que culminó el pasado 21 de febrero del año en curso con el abordaje en aguas internacionales del Océano Atlántico, concretamente en la intersección de las coordenadas 15° 15´N y 26° 13´W, de la embarcación BAIA (SIC) AZUL y la incautación de un total de unos 2750 kg de cocaína.

SEGUNDO.- Del contenido de las referidas diligencias practicadas y que obran en la causa,

se infiere que:

1. Rafael FERNÁNDEZ TENA, aparece como el máximo responsable de la organización y de la importación de la sustancia estupefaciente aprehendida, controlando cuantas operaciones y actividades se llevan a cabo por los diferentes miembros de la organización para materializar dicha importación de sustancia estupefaciente, manteniendo con aquellos continuos contactos personales y telefónicos a tal fin e impartiendo al efecto las instrucciones oportunas. En unión de Miguel MENDOZA SÁNCHEZ ha controlado y coordinado cuanto se refiere a todas las actividades que han tenido lugar en relación a los hechos que culminaron con la aprehensión de los referidos 2750 kg de cocaína al borde del buque BAIA (SIC) AZUL.

(...)

Las conductas atribuidas por el Juzgado Central de instrucción no. 002 de Madrid, se recogen en la legislación penal colombiana, (Ley 599 de 2000) así:

Artículo 376. Modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 11. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200)

gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tras confrontarse las normas invocadas por el estado requirente, se observa que la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se encuentra penalizada por las legislaciones española y colombiana.

En razón al principio de la doble incriminación, la procedencia de la extradición no se satisface únicamente con el hecho que en ambos países las conductas imputadas sean delitos, pues en este caso el Protocolo Modificativo, adicionalmente, condiciona el mecanismo a que ellas tengan sanción mínima de un año de prisión, aspecto que ha de contemplarse desde el ordenamiento del Estado requirente por indicar el artículo 3 de aquel convenio que la extradición “procederá con respecto a las personas a quienes las autoridades judiciales de la Parte requirente persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena privativa de libertad no inferior a un (1) año”.

Este último precepto implica que las penas a tener en cuenta para verificar la

procedencia de la extradición son las establecidas en el Estado requirente. En dicho contexto, se observa que en el auto de procesamiento proferido por el Juzgado Central de Instrucción No. 002 de Madrid, RAFAEL FERNÁNDEZ TENA fue declarado procesado como responsable del delito de “tráfico de estupefacientes”, previsto en el artículo 368 del Código Penal Español, que prevé una pena de 3 a 9 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, agravado por los numerales 2 y 6 del artículo 369 que establece que se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el primer artículo cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional o fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior, por tanto, la exigencia se satisface plenamente.

La solicitud resulta procedente, porque la pena impuesta se deriva de la comisión del delito de tráfico de estupefacientes previsto en las dos legislaciones y no por delitos políticos o conexos con éstos, cumpliendo con lo establecido en el artículo V de la Convención “No se concederá la extradición por delitos políticos ó por hechos que tengan conexión con ellos, (...)”. Tampoco existe constancia en la actuación de que el requerido en extradición haya cumplido o esté cumpliendo pena en Colombia por los delitos que motivan la solicitud, o haya sido juzgado y absuelto en este país por dichas conductas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo IV de la Convención en cuanto a que no habrá lugar a la extradición -entre otras hipótesis- “si se ha cumplido la prescripción de la acción o de la pena, según las leyes del país a quien el reo sea reclamado”. Así las cosas, no ha operado en este caso el fenómeno jurídico de la prescripción, pues de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 906 de 2004 “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso

será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)..."

Dado que los hechos por los que se procedió tuvieron lugar el 21 de febrero de 2006¹⁴, y el artículo 376 inciso primero del Código Penal establece que la pena será de 10 años y ocho meses a treinta años, es evidente que acorde con la legislación penal colombiana no ha sobrevenido el fenómeno jurídico de la prescripción.

Por las condiciones expuestas anteriormente, la Sala emitirá concepto favorable a la extradición del ciudadano colombiano RAFAEL FERNÁNDEZ TENA.

En caso de acoger este concepto, el Gobierno Nacional condicionará la entrega del requerido a que se excluya la pena de muerte, la condena a prisión perpetua, el sometimiento a desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la sanción de destierro, o confiscación para los delitos autorizados, así como el tiempo que pudiera permanecer privado de la libertad en virtud de este trámite.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, CONCEPTÚA FAVORABLEMENTE ante la solicitud de extradición del ciudadano mexicano RAFAEL FERNÁNDEZ TENA, hecha por el Gobierno de España mediante Nota Verbal No. 494 del 6 de octubre de 2010, por los cargos imputados en el Escrito de Calificación del 22 de Abril de 2002, dictado por el Fiscal de la Audiencia Nacional Sala Penal Sección II, proveniente del Auto de Procesamiento 7/2001 del 8 de Mayo de 2001 dictado por el Juzgado Central de Instrucción No. 3.

Por Secretaría de la Sala entérese de esta decisión a los interesados e intervinientes, así como al Fiscal General de la Nación, para lo de su cargo.

Remítase el expediente al Ministerio de Justicia, para lo que concierne en adelante al Gobierno Nacional.

Comuníquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 6 Cuaderno Original.

2 Folio 11 Cuaderno Original.

3 Folio 14 Cuaderno Original.

4 Folio 15 Cuaderno Original.

5 Folios 31 a 41 Cuaderno original.

6 Folios 18 al 20 Carpeta Anexa.

7 Folios 21 al 26 Carpeta Anexa.

8 Folio 14 Carpeta Anexa.

9 Folios 100 a 108 Carpeta Anexa

10 La última fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-780 de agosto 18 del mismo año.

11 Folios 15 al 20 Carpeta Anexa

12 Conceptos Radicados 14022 y 15709.

13 Folio 16 a 20 Carpeta Anexa.

14 Folio 15 Carpeta Anexa.