

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

AP5067-2017

Radicación n°. **50648**

Aprobado acta n°. 245

Bogotá, D. C., nueve (09) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación presentado por la defensa del postulado DESIDERIO MORENO OSPINA, contra la decisión de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá D.C., de 23 de junio de 2017, que negó parcialmente la solicitud de conexidad impetrada con fundamento en lo previsto en el artículo 11 del Decreto 277 de 2017.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La Fiscalía 65 de la Unidad Nacional de Análisis y Contexto explicó¹ que DESIDERIO MORENO OSPINA hizo parte de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC desde 1985, en condición de miliciano y guerrillero raso en el Frente 21, hasta el 12 de mayo de 2009, fecha en la cual se presentó voluntariamente a una guarnición militar en la ciudad de Ibagué - Tolima, donde suscribió acta formal en que consignó su decisión de desmovilizarse individualmente de esa agrupación al margen de la ley.

2. Además, mediante escrito dirigido al Ministerio de Defensa Nacional, por él signado el 10 de septiembre de 2009, manifestó acogerse a la Ley 975 de 2005, razón para que el Comité Operativo para la Dejación de las Armas - CODA de dicho ministerio expidiera la certificación n.º. 1456-2009 de 23 de junio de 2009, que fue remitida al Ministerio del Interior y de Justicia con un listado en que fue incluido y presentado en calidad de desmovilizado individual.

3. El Ministro del Interior y de Justicia, mediante oficio OFI10-36524-DJT-0330 de 7 de octubre de 2010 lo presentó formalmente a la Fiscalía General de la Nación como postulado a la referida Ley 975, dándose inicio al proceso especial en cuyo desarrollo fue escuchado en

¹ En audiencia pública llevada a cabo el 22 de junio de 2017, en cuyo desarrollo fue aportada una carpeta con 248 folios contentiva de la información y documentación a nombre del referido postulado, la cual también fue allegada en medio magnético con la solicitud de audiencia; de igual manera, se aportaron las correspondientes a otros seis postulados solicitantes.

f 6

versión luego de la cual se le imputaron cargos ante la magistratura de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá por los delitos de homicidio simple, homicidio en persona protegida, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, secuestro extorsivo y hurto calificado, cometidos con ocasión y durante su pertenencia a las FARC; la misma autoridad judicial le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión por tales ilicitudes, el 16 de marzo de 2016.

4. DESIDERIO MORENO OSPINA, y seis postulados más, presentaron ante la Fiscalía 65 de la Unidad Nacional de Análisis y Contexto sendas peticiones de libertad condicionada con fundamento en la Ley 1820 de 2016, de las que se dio traslado a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

4.1. En la diligencia convocada para resolver dichas solicitudes la Fiscalía delegada se refirió a la situación jurídica de cada uno de los peticionarios haciendo alusión a las actuaciones judiciales que se ha verificado se adelantan o han adelantado en su contra.

En cuanto a MORENO OSPINA, explicó que en el marco de la ley de Justicia y Paz se le sigue el proceso 2014-00110 ante la misma magistratura, y se reportan en su respecto los procesos que se identifican con los siguientes números de radicación:

4.1.1. 2012-0250 que cursó en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Ibagué - Tolima por los delitos de homicidio en persona protegida, secuestro extorsivo y rebelión; mediante sentencia condenatoria de 29 de agosto de 2012, se le impusieron las penas de 20 años de prisión y multa de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de coautor de esos delitos.

El fallo anticipado producto de la aceptación de cargos, se refiere a los hechos ocurridos el 19 de marzo de 2002, a las 6:00 p.m. aproximadamente, en una finca de la zona rural de Ortega - Tolima hasta donde llegaron varios individuos portando armas de fuego, entre ellos DESIDERIO MORENO OSPINA que disparó en contra del docente Gustavo Oyuela Pérez causándole la muerte en el acto; enseguida se dieron a la huida llevando consigo retenido al también educador Isidoro Leyton en un vehículo de su propiedad.

Las investigaciones adelantadas llevaron a establecer que MORENO OSPINA, alias "Camilo", en su condición de miembro del frente 21 de las FARC ejecutó esas conductas cumpliendo las órdenes impartidas por alias "Donal".

4.1.2. 730016000000 2009 00055 seguido en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Ibagué - Tolima por las conductas punibles de secuestro extorsivo y fabricación, tráfico o porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y explosivos, con fallo de condena proferido el 14 de abril de 2010 por el cual se impusieron a

MORENO OSPINA las penas de 31 años y 6 meses de prisión y 4.499,99 salarios mínimos legales mensuales vigentes en calidad de coautor.

Los hechos a que se contrae la sentencia ocurrieron el 2 de julio de 2007, cuando Ramiro Herrera Tole se desplazada en un rodante de su propiedad junto con dos trabajadores de su finca en la vía rural que conduce de Ortega a Valle de San Juan en el departamento de Tolima, y fue interceptado por dos sujetos que provistos de armas de fuego lo obligaron a abordar otro automotor en el que fue trasportado a una vivienda en paraje desconocido donde permaneció retenido hasta el día 6 de los mismos mes y año que se produjo su liberación luego que su familia pagará \$15.000.000^{oo}.

El plagiado reconoció ante las autoridades investigativas a Amilkar Moreno Ospina y DESIDERIO MORENO OSPINA como las personas que lo secuestraron, precisando que durante el tiempo de cautiverio el segundo de ellos se identificó como comandante "Salomón" o "Mauricio" del frente 21 de las FARC.

4.1.3. 730016001287 2012 00575 adelantado en el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Guamo - Tolima por acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en el cual se profirió sentencia de condena contra MORENO OSPINA el 9 de agosto de 2016, a raíz del allanamiento a cargos que manifestó en audiencia de imputación; se le impusieron 90 meses de prisión.

Sobre la materialidad delictiva se indicó en la sentencia que los hechos fueron denunciados por Cielito Bernal Rodríguez, madre de la menor Y.B.B., quien indicó que en agosto de 2007 se enteró que su hija, de 12 años para entonces, había sido abusada sexualmente por parte de DESIDERIO MORENO OSPINA, su compañero permanente, en la época que convivieron en una vereda del municipio de Ortega - Tolima, y que fruto del acceso carnal a que fue sometida quedó en estado de embarazo al cabo del cual nació una niña el 4 de mayo de 2008.

Agrega la Fiscalía que en la versión libre rendida por el postulado MORENO OSPINA en el proceso de Justicia y Paz, suministró explicaciones que, acorde con lo anterior enunciado, permiten aseverar que este delito no tiene relación con su pertenencia a las FARC ni con el conflicto armado.

4.1.4. Las referidas sentencias de condena fueron objeto de acumulación jurídica por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, el 16 de enero de 2017, quedando las penas a cumplir por parte de MORENO OSPINA en 40 años de prisión y multa de 5.499,99 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.2. La defensa de DESIDERIO MORENO OSPINA y demás postulados, se remite a la detallada exposición de la Fiscalía para pedir que se declare la conexidad de todas y cada una de las actuaciones referidas y, por ende, se les conceda a sus patrocinados, sin distingo alguno, la libertad

condicionada por tratarse de hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a las FARC, antes de 1° de diciembre de 2016 y por los cuales llevan más de cinco años privados de la libertad cada uno de ellos; así mismo, han suscrito las actas de compromiso ante el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, allegadas en debida oportunidad por ese letrado.

4.3. La Fiscalía delegada no se opone a las solicitudes de la defensa pero manifiesta que en cuanto a la condena proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Guamo - Tolima contra DESIDERIO MORENO OSPINA no procede la conexidad; explica que ni en la síntesis de los hechos que la providencia de condena contiene ni en la versión libre rendida por el postulado, se encuentra alusión alguna a que la conducta ilícita hubiese sido cometida durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal.

4.4. El representante del Ministerio Público considera que en lo que se refiere al postulado MORENO OSPINA, la conexidad de la sentencia mediante la cual fue condenado por acceso carnal abusivo con menor de 14 años de edad, no procede porque ese hecho no tiene relación alguna con el conflicto armado.

No obstante, están satisfechos los requisitos para que se declaren conexos los demás procesos y por ellos obtenga la libertad condicionada, pero deberá quedar a órdenes de la autoridad que emitió condena por el atentado sexual contra la menor de edad.

4.5. La defensora pública representante de víctimas, aduce que no tiene reparo para que se declare la conexidad y la libertad condicionada para los postulados, porque los requisitos para ese efecto están cumplidos conforme lo expuso la Fiscalía.

Sin embargo, hace la salvedad de que no hay lugar a la conexidad de la condena contra el postulado DESIDERIO MORENO OSPINA impuesta por el Juzgado de Guamo - Tolima, dada la naturaleza de los hechos allí juzgados.

DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá negó la conexidad de la sentencia de condena proferida por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Guamo - Tolima contra MORENO OSPINA por el reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, el 9 de agosto de 2016, con las restantes actuaciones a él adelantadas y el proceso especial que se le sigue en el marco de la Ley 975 de 2005.

Al efecto, expuso el colegiado que las reglas para la concesión de la amnistía de *iure* se aplican también para otorgar la libertad condicionada a quienes hayan pertenecido a las FARC e incurrido en delitos políticos o conexos con estos y por los cuales han sido investigados, procesados o condenados, acorde con lo previsto en los artículos 15, 16, 17, 22 y 29 de la Ley 1820 de 2016.

En ese ámbito indica que del relato de los hechos a que se refiere el aludido fallo, se extrae claramente que no fueron cometidos por MORENO OSPINA en razón de su pertenencia a las FARC - EP ni con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno; en respaldo de esa conclusión se cita el tenor la providencia de condena, la cual se remite al dicho de la denunciante quien

...manifiesta que en el mes de agosto de 2007, se enteró que su hija menor de doce años de edad en esa época, había sido abusada sexualmente por parte de su compañero sentimental Desiderio Moreno Ospina, cuando vivía en la vereda "El Libertador" del municipio de Ortega - Tolima, y como producto de ese acceso carnal del que fue objeto Y.B.B., ella quedó en embarazo y nació la menor B.P.B.B. el 04 de mayo de 2008.

Con ese referente material la sala de primera instancia deniega la conexidad de la sentencia proferida en contra de DESIDERIO MORENO OSPINA por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, pero la declara para las restantes actuaciones, dígame, los procesos: (i) 2012-0250 que cursó en el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Ibagué, y (ii) 730016000000 2009 00055 seguido en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, con el (iii) 2014 00110 que cursa en la jurisdicción de Justicia y Paz.

Por estos procesos se concede la libertad condicionada a MORENO OSPINA, al tiempo que se ordena sea dejado a disposición del Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Guamo - Tolima, expediente n°. 730016001287 2012 00575.

D

IMPUGNACIÓN E INTERVENCION DE LOS NO RECURRENTES

1. La defensa de DESIDERIO MORENO OSPINA interpone recurso de apelación con el fin que se revoquen las decisiones adversas al postulado.

Plantea, en primer lugar, que por el hecho constitutivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado de que trata la sentencia cuya conexidad se niega, rindió versión el postulado ante la Fiscalía dilucidando la forma en que asumió la conducta durante su pertenencia a las FARC.

Sobre la versión asevera que MORENO OSPINA, según dice saber el impugnante, explicó que la menor víctima de la conducta ilícita también pertenecía a las milicias clandestinas en el frente 21 de las FARC, por lo que, concluye el censor, su patrocinado incurrió en el actuar ilegal como miembro de la organización armada, con ocasión de su pertenencia a la misma y prevalido de la jerarquía que tenía, en el marco del conflicto armado.

2. La Fiscalía delegada se opone a la solicitud del apelante aduciendo inicialmente que la sentencia en comento fue proferida a causa de la aceptación de los cargos imputados a DESIDERIO MORENO OSPINA, sin que se propusiera controversia alguna sobre los hechos o el recaudo probatorio.

Añade que, contrariamente a lo afirmado por la defensa, en diligencia de versión de la cual hace lectura parcial para ilustrar su argumentación, el postulado refirió que el delito de abuso sexual en que incurrió no tiene relación con su pertenencia a las FARC ni fue producto de una política de la agrupación o de la orden a él impartida por alguno de sus superiores.

De otra parte, cuestiona al recurrente en cuanto afirma que la niña ofendida en ese caso fue reclutada por las FARC, pues al respecto nada se dijo o probó por las partes en el trámite de la diligencia.

3. El Ministerio Público pide la confirmación de la decisión apelada, porque acerca del hecho discutido lo único que se aportó como elemento de prueba fue la sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Guamo - Tolima, en la cual nada se dice acerca de que tuviese relación con el conflicto armado o con la pertenencia de DESIDERIO MORENO OSPINA al grupo armado organizado al margen de la ley.

Además, confrontado el suceso con lo previsto en los artículos 3° y 17 de la Ley 1820 de 2016, no se cumple ninguno de los requisitos para declarar la conexidad; esto porque no se condenó al postulado por su pertenencia o colaboración con las FARC - EP, y tampoco se dice en la sentencia comentada que estuviese relacionado el actuar con los delitos políticos. Se sigue, por ende, que se trató de un delito común.

15

Finalmente, controvierte el planteamiento de la defensa relativo a que la sola versión rendida por el postulado sobre el acontecer en cuestión, no lo convierte de por sí en un hecho relacionado con el conflicto armado.

4. La representación de víctimas se suma a lo dicho por el delegado de la Procuraduría General de la Nación, puesto que la versión sobre el hecho dada por el postulado en Justicia y Paz, no es suficiente para que se considere que cometió el delito sexual con ocasión del conflicto armado.

Y agrega que la versión libre a que hace mención la defensa, refuerza la sentencia de condena acerca de que se está ante un delito común que no ocurrió por orden de algún comandante o como política de las FARC.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Según lo preceptuado en los artículos 26 y 68 de la Ley 975 de 2005, 27 de la Ley 1592 de 2012 y 32-3 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, que negó la declaratoria de conexidad, parcialmente, solicitada por la defensa del postulado DESIDERIO MORENO OSPINA.

2. La Jurisdicción Especial para la Paz - JEP, fruto de la suscripción del Acuerdo Final para la Paz - AFP de 2016

entre el Gobierno Nacional y los representantes de las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo, FARC - EP, hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJRNR cuyo marco regulatorio se encuentra en el Acto Legislativo 01 de 2017, la Ley 1820 de 2016 y los decretos legislativos 277 y 706 de 2017, primordialmente.

En ese contexto, téngase presente que el objeto de la Ley 1820 de 2016, *“Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”*, artículo 2°, es:

...regular las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como adoptar tratamientos penales especiales diferenciados, en especial para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Esto dentro del *“Ámbito de aplicación”*, delimitado en el artículo 3° de la misma ley, a saber:

La presente ley aplicará de forma diferenciada e inescindible a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final. También cobijará conductas amnistiables estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas.

Además se aplicará a las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social en los términos que en esta ley se indica.

12

En cuanto a los miembros de un grupo armado en rebelión solo se aplicará a los integrantes del grupo que haya firmado un acuerdo de paz con el gobierno, en los términos que en esta ley se indica.

Lo anterior siempre y cuando las conductas ilícitas hayan sido cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo final -antes de 1° de diciembre de 2016- y tales personas se encuentren dentro del marco que determinan, a su vez, los artículos 15, 16, 17, 22 y 29 de la referida ley; o bien se trate de quienes incurrieron en conductas punibles cometidas en el marco de disturbios públicos o en el ejercicio de la protesta social -artículo 3° inciso segundo ídem-; ora de agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado -artículo 2° ídem-.

3. La Ley 1820 de 2017 consagra, como regla general, la liberación inmediata y definitiva consecencial a la concesión de alguna de las formas de amnistía o indulto que la misma prevé, artículo, a la par que establece un régimen de libertades, artículos 35 a 38, reglamentado a su vez por los artículos 10° y siguientes del Decreto 277 de 2017.

Dentro de ese régimen, el artículo 35 prevé la “*libertad condicionada*” como una forma de libertad que podrá ser concedida a quienes se encuentren privados de ese derecho en alguna de las siguientes hipótesis:

a. Por los delitos políticos o conexos con estos, de que tratan los artículos 15 y 16 de la misma ley;

b. Estén dentro del ámbito de aplicación personal definido por los artículos 17, 22 y 29 del corpus legal, los cuales son prácticamente de igual contenido excepto que el último alude a personas procesadas por ciertos delitos cometidos en contextos de protesta social o disturbios internos, o condenadas por otros reatos como consecuencia de su participación en actividades de protesta;

c. Hayan sido condenados o procesados por alguno(s) de los delitos previstos en los artículos 23 y 24 del catálogo legal;

d. No estén condenados o procesados por delitos para los cuales no procede la amnistía de *iure*, acorde con el Parágrafo del artículo 23 ídem, salvo que se acredite que llevan no menos de cinco (5) años en privación de la libertad, eventualidad que permite se les conceda la libertad condicionada quedando supeditada la determinación sobre su situación jurídica definitiva a lo que resuelva la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP; en igual forma procederá para quienes se les haya negado el reconocimiento de dicha amnistía.

e. En todo caso, se exige que el interesado suscriba "*Acta formal de compromiso*", artículo 36, ante el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP, por medio de la cual manifieste su sometimiento y puesta a

disposición de esa jurisdicción, lo que de suyo implica renunciar a cualquier otro régimen, con las obligaciones de informar todo cambio de residencia y no salir del país sin previa autorización de tal autoridad, pudiendo hacerse uso del monitoreo a través de mecanismos de vigilancia electrónica o similares hasta cuando se decida de manera definitiva lo que sea del caso por la JEP.

La acreditación de cualquiera de esas eventualidades, según corresponda a la situación del peticionario, deberá hacerse ante la autoridad judicial competente acorde con el trámite previsto en el Decreto 277 de 2017.

En particular, el artículo 11. a) de este decreto regula el trámite de la solicitud de libertad condicionada de las personas sometidas a actuaciones judiciales seguidas bajo los regímenes de las leyes 906 de 2004 o 1098 de 2006, o, como aquí acontece, la Ley 975 de 2005, y que se encuentran con acusación o en etapa de juzgamiento.

A ese efecto, en la audiencia pública convocada para debatir y decidir al respecto, el Fiscal, el interesado o su defensa, en primer lugar, deberá reclamar la declaratoria de conexidad y, enseguida, el reconocimiento de la libertad condicionada con los soportes de prueba pertinentes en cada caso.

4. Sobre la conexidad se estatuye que su decreto por la autoridad judicial procederá a partir de la constatación que está obligado a realizar el Fiscal delegado que recibe la

f 20

solicitud de libertad condicionada, en el sentido de verificar *“...si la persona privada de la libertad está imputada o indiciada en varias actuaciones, en cuyo caso establecerá el estado de cada una ellas y la autoridad que las tiene a cargo, en investigación o juzgamiento.”*

Esa labor deberá cumplirla consultando las bases de datos oficiales o institucionales con el propósito de determinar qué actuaciones se adelantan o han adelantado contra el peticionario, y si se el reclamante se encuentra dentro de los supuestos descritos en los numerales I. o II. del mismo artículo 11.

Acercas de la declaratoria de conexidad ha dicho la Sala² que la importancia de determinar la totalidad de hechos criminales en que se tenga noticia ha incurrido el solicitante *“...precisando de qué naturaleza son las posibles conductas ilícitas cometidas, el estado de trámite de las indagaciones, investigaciones o causas adelantadas y las decisiones proferidas, en caso dado...”*, radica en establecer si ha incurrido en delito(s) político(s) o alguno(s) conexo(s) y *“...si se trata o no de actos cometidos por su participación directa o indirecta en el conflicto armado; por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo; o dada su pertenencia o colaboración con el grupo armado en rebelión.”*

Valga precisar que el examen de conexidad no implica

² CSJ AP2789-2017, 3 may. 2017. rad. 49891.

...la simple constatación de la conexidad formal o procesal, entendida como aquella que se presenta cuando entre diversos delitos no existe un vínculo que los entrelace, pero se acoge por razones o factores como la unidad de sujeto activo, la comunidad del medio probatorio o la unidad de denuncia, por ejemplo; en suma, la que se presenta por razones de conveniencia o economía procesal.

Sino que va más allá en cuanto se requiere establecer la conexidad sustancial, esto es, la que surge cuando los delitos que se reputan conexos están enlazados entre sí, es decir, tienen un vínculo común que los une, como cuando existe unidad de designio, o el delito se lleva a cabo para consumir u ocultar otra infracción, o como consecuencia de otro, etc. (CSJ AP3991-2017, 21 jun. 2017, rad. 50318).

De igual manera ha indicado esta Corporación que para la declaratoria de conexidad y el otorgamiento de la libertad condicionada, el funcionario judicial debe realizar un análisis inferencial que tenga en cuenta la calidad de integrante del grupo subversivo del petitionario y la relación del delito -investigado o juzgado- con el conflicto armado.

Acerca del nexo entre el conflicto armado y un determinado hecho, la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, expuso:

...La jurisprudencia internacional ha proporcionado distintos criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre un determinado hecho o situación y el conflicto armado internacional o interno en el que ha tenido lugar; así, ha señalado que tal relación cercana existe “en la medida en que el crimen sea moldeado por o dependiente del ambiente en el que se ha cometido –v.g. el conflicto armado–”³. Al determinar

³ Traducción informal: “Such a relation exists as long as the crime is ‘shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed.’” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, **caso del Fiscal vs. Blagojevic y Jokic**, sentencia del 17 de enero de 2005. En igual sentido ha explicado este tribunal que “lo que distingue en últimas a un crimen de guerra de un delito puramente doméstico,

la existencia de dicha relación las cortes internacionales han tomado en cuenta factores tales como la calidad de combatiente del perpetrador, la calidad de no combatiente de la víctima, el hecho de que la víctima sea miembro del bando opuesto, el hecho de que el acto pueda ser visto como un medio para lograr los fines últimos de una campaña militar, o el hecho de que el acto haya sido cometido como parte de los deberes oficiales del perpetrador, o en el contexto de dichos deberes⁴. También ha precisado la jurisprudencia, en casos de comisión de crímenes de guerra, que es suficiente establecer que “el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado”⁵, y que “el conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió”⁶.

es que el crimen de guerra es moldeado por o dependiente del ambiente en el cual se ha cometido –el conflicto armado–” [Traducción informal: “What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de junio de 2002].

⁴ Traducción informal: “59. In determining whether or not the act in question is sufficiently related to the armed conflict, the Trial Chamber may take into account, inter alia, the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002. En igual sentido afirmó este Tribunal que “al determinar si dicho nexo existe, la Sala puede tomar en consideración, entre otros, el hecho de que el perpetrador sea un combatiente, el que la víctima sea un no-combatiente, el que la víctima sea miembro de la parte contraria, el que pueda decirse que el acto haya contribuido a la meta última de la campaña militar, o el que el crimen se haya cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador” [Traducción informal: “In determining whether such nexus exists the Chamber may take into account, inter alia, whether the perpetrator is a combatant, whether the victim is a non-combatant, whether the victim is a member of the opposing party, whether the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign, and whether the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties.” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

⁵ Traducción informal: “the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002.

⁶ Traducción informal: “the armed conflict need not have been causal to the commission of the crime, but that the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit it, his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed”. Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos de **Fiscal vs.**

En reciente pronunciamiento, esta Sala ha indicado que en los eventos que compete dirimir a la jurisdicción permanente mientras comienza a funcionar la Jurisdicción Especial para la Paz, el vínculo de un hecho con el conflicto armado se establecerá

...provisionalmente para efectos de la libertad condicionada a partir de una inferencia razonable surgida del examen de los hechos informados por la Fiscalía, consignados en las sentencias o en cualquier otra pieza procesal aportada, así como del contexto dentro del cual fueron cometidos.

Si de acuerdo a la inferencia realizada por el funcionario judicial, todos los hechos punibles atribuidos al interesado están vinculados al conflicto armado, decretará la conexidad procesal y concederá la libertad condicionada, siempre que se haya suscrito el acta de compromiso del artículo 36 de la Ley 1820 de 2016. Si alguno de ellos no tiene relación con el conflicto armado, el funcionario lo excluirá de la acumulación procesal y resolverá la petición de libertad condicionada respecto de los que sí reúnen las condiciones. (CSJ AP4113-2017, 28 jun. 2017, rad. 50386).

Es decir que la decisión de carácter definitivo sobre la relación de una conducta determinada con el conflicto armado, con el delito político o conexo, corresponderá a la Jurisdicción Especial para la Paz, o a los jueces competentes respecto de la amnistía de *iure*, porque se ha

Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, sentencia del 15 de marzo de 2006, y **Fiscal vs. Sefer Halilovic**, sentencia del 16 de noviembre de 2005 –ambos reiterando lo decidido en el caso del **Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros**, sentencia de la sala de apelaciones del 12 de junio de 2002-. Ver en igual sentido el pronunciamiento de este Tribunal en el caso Limaj: “No es necesario que el conflicto armado haya sido la causa de la comisión del crimen que se acusa, pero sí debe haber jugado un rol sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo” [Traducción informal: “*The armed conflict need not have been causal to the commission of the crime charged, but it must have played a substantial part in the perpetrator’s ability to commit that crime.*” Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, caso del **Fiscal vs. Fatmir Limaj y otros**, sentencia del 30 de noviembre de 2005].

previsto por el legislador que tal determinación se adopte en la sentencia o decisión que ponga fin al proceso en ese específico contexto.

5. Las premisas enunciadas son de necesaria e insoslayable satisfacción cuando de acudir al beneficio jurídico de la libertad condicionada se trata, debido a que se ha dispuesto legalmente que la declaratoria de conexidad, en los precisos términos aludidos, es imperativa y constituye paso previo a la concesión de esa novedosa forma de liberación.

La revelada importancia de la conexidad, no meramente procesal, acorde con lo que se ha definido por la Sala, trasciende a lo sustancial en la medida que la aplicación de los institutos jurídicos propios de la Jurisdicción Especial para la Paz no es automática, irrestricta o ilimitada sino que está circunscrita, como se ha dejado precisado, al inescindible nexo que han de tener las conductas criminales de los reconocidos integrantes de un grupo organizado al margen de la ley que han firmado el pacto de punto final tras haber participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, y han sido condenados, procesados o señalados por incurrir en aquellas, cuando quiera que las cometieron por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con tal conflicto, y, en todo caso, antes de la vigencia del referido acuerdo.

Así las cosas, es indispensable que con los elementos de prueba allegados en un caso dado se constate la

25

conexidad a partir de la identificación del vínculo que une la ejecución de la conducta ilícita por parte de un integrante o ex integrante de las FARC - EP, con su pertenencia a la agrupación y el desarrollo del conflicto armado interno, como parámetro de definición y reconocimiento de alguno de los beneficios jurídicos del componente de justicia del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición - SIVJRNR.

Visto el objeto de la controversia, en el asunto en examen encuentra la Sala que asiste razón a la autoridad de primera instancia al concluir que no existe nexo alguno entre la conducta constitutiva del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por la cual fue sentenciado DESIDERIO MORENO OSPINA por el Juzgado Penal del Circuito de Guamo - Tolima, con su pertenencia a las FARC - EP y menos aún con el conflicto armado interno en atención a los criterios anunciados en precedencia.

En efecto, el recuento de los hechos que hace la sentencia proferida como consecuencia del allanamiento a cargos manifestado por aquél, conduce a esa inequívoca conclusión en tanto el episodio fáctico que da por probado el fallo corresponde en estricto rigor a un delito común, perpetrado por el autor aprovechando las especiales circunstancias de convivencia en un paraje veredal con su compañera permanente y la hija de esta, a quien hizo objeto de abuso sexual con evidente y exclusivo ánimo de satisfacción de su libido personal.

Imposible resulta vincular ese comportamiento individual con la pertenencia del declarado responsable a las FARC, situación no discutida, porque en manera alguna se advierte del tenor del proveído judicial, o incluso de la versión del postulado, únicos elementos de prueba puestos a consideración, que exista fundamento para decir que él acometió la conducta ilícita contra la niña por ser miembro de la organización armada ilegal o prevalido de esa condición, como alega la defensa.

Se carece de evidencia demostrativa para afirmar que el conflicto armado en que se involucró MORENO OSPINA como militante de la agrupación guerrillera fue causa de la acción criminal que ejecutó contra la sexualidad de la menor hija de su pareja sentimental, o que la participación en el conflicto incidió en su voluntad y/o capacidad de decisión para cometerla, como tampoco que con la misma cumplió con algún objetivo propuesto por el grupo armado.

Revisado el tenor integral del fallo en mención se colige que la comprobación del hecho delictivo, derivó de la aceptación de cargos que hizo el procesado en diligencia de formulación de imputación, lo cual a su vez implicó la rápida culminación de la actuación, sin que se planteara, *verbi gracia*, por la defensa técnica o material que MORENO OSPINA actuó en calidad de miembro de las FARC - EP, o lo hizo siguiendo instrucciones, órdenes de algún mando superior o en el marco de una práctica impuesta al interior de la agrupación.

Así mismo, contrastado el relato que hizo en diligencia de versión libre el propio inculcado ante la Fiscalía en el proceso de Justicia y Paz al que se sometió, se llega a similares conclusiones pues en el trámite especial transicional MORENO OSPINA ha declarado que nada tuvo que ver su pertenencia a las FARC, para el tiempo en que convivía con su compañera, con el abuso sexual que cometió en perjuicio de la hija menor de edad de ella; que cometer ese repetitivo asalto sexual no fue una orden a él impartida por su superioridad en la organización armada; ni que tal proceder fue o era una práctica común de la organización armada ilegal.

Ergo, ninguno de los medios de convicción allegados para decidir sobre la conexidad permite acoger la postura defensiva ni se aporta alguno otro de mejor condición para desconocer el mérito persuasivo que de los conocidos se ha derivado.

Téngase presente, adicionalmente, que la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años no es, por definición, uno de los delitos políticos que describe el artículo 15 de la Ley 1820 de 2016, ni está dentro de los conexos con estos que enlista el canon 16 *ejusdem*.

Tampoco se corresponde la situación en estudio a alguno de los supuestos definidos por los artículos 17, 22 y 29 de la misma ley, pues que de acuerdo con los elementos cognitivos sometidos a examen la providencia judicial en comento, se itera, no condenó a MORENO OSPINA por su

pertenencia o colaboración con las FARC - EP; de las evidencias aportadas para estudio de la judicatura no se sigue que hubiese sido condenado por su "*presunta pertenencia o colaboración*" al grupo ilegal, ni que lo haya sido por delitos cometidos en ámbitos de protesta social o disturbios internos.

Finalmente, en respuesta a la afirmación del impugnante de que la menor víctima de la conducta de asalto sexual también pertenecía a las milicias del frente 21 de las FARC del que hacía parte MORENO OSPINA, quien habría acometido el reato por la superior jerarquía que ostentaba en la agrupación rebelde, debe la Sala llamar la atención al censor porque busca refutar y derruir el mérito de la decisión judicial aludiendo a una situación fáctica que no fue expuesta o conocida en la primera instancia y de la cual no se allegó en ese escenario corroboración probatoria.

Es así que expone un ingrediente fáctico que no fue conocido y menos aún controvertido por las partes e intervinientes en la vista pública ante el tribunal *a quo*, al que, obviamente, no hizo alusión el decisor en el momento de resolver las pretensiones que se le presentaron; por consiguiente, resulta argumento impertinente que no amerita pronunciamiento de fondo en esta instancia.

6. En consecuencia, la decisión negativa a los intereses de DESIDERIO MORENO OSPINA, materia de impugnación será confirmada.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la decisión proferida el 23 de junio de 2017 por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, que denegó a DESIDERIO MORENO OSPINA la declaratoria de conexidad de la actuación n.º. 730016001287 2012 00575 adelantada en el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Guamo - Tolima, para los fines previstos en la Ley 1820 de 2016 y el Decreto 277 de 2017.

Segundo: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

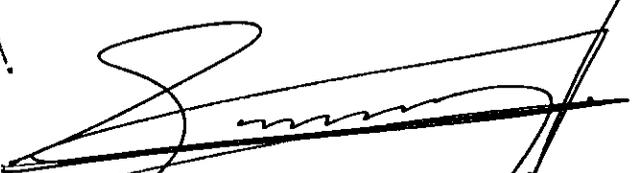


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

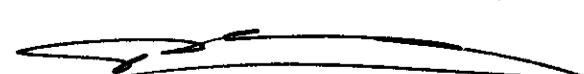
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria