



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP579-2018

Radicación n.º 52141

Acta n.º 72

Bogotá, D. C., siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado **Joaquín Alfonso Moreno Gómez** contra el proveído del 9 de noviembre de 2017, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala de Decisión Penal, le negó la concesión del beneficio de libertad transitoria, condicionada y anticipada, previsto en el artículo 51 de la Ley 1820 de 2016.

HECHOS

En la resolución de acusación se encuentran las siguientes referencias fácticas:

En desarrollo de la Misión Táctica Faraón, integrantes del Pelotón Buitre 1 del Batallón Plan Especial Energético y Vial n.º 2 (Baev2), el 14 de febrero de 2007, a las 10:00 p.m., en el sitio conocido como la Ye del Boquerón, jurisdicción del municipio La Jagua de Ibirico (Cesar), dieron muerte en presunto combate a dos hombres N.N. que luego fueron identificados como EUCLIDES NAVARRO RINCÓN y ADELMIS FUENTES TORRES, de quienes se dijo al parecer eran miembros de una banda delincuenciales denominada Los Escopeteros y que pretendían cobrar una extorsión a un finquero de la región. El primero de los cadáveres de las víctimas fue hallado con signos de estrangulamiento en su cuello.

(...)

Indica el material probatorio recopilado, que los homicidios de trato ocurrieron el 14 de febrero de 2007 en jurisdicción del Municipio de La Jagua de Ibirico (Cesar), en el desarrollo de la operación militar Misión Táctica Faraón que ordenara el Comandante del Batallón Energético y Vial n.º 2 (Baev2). También que miembros del Pelotón Buitre 1 de ese Batallón fueron quienes reportaron como resultados operacionales, a muerte en presunto combate de EUCLIDES NAVARRO RINCÓN y ADELMIS FUENTES TORRES y que, por último, los aquí procesados JOAQUÍN ALFONSO MORENO GÓMEZ (...) hacían parte de ese pelotón Buitre 1 para el día 14 de febrero de 2007, participaron en el desarrollo de la misión Faraón y estuvieron en el lugar de los hechos en el momento de su ocurrencia, tal y como quedó consignado en el informe de patrullaje suscrito por el Teniente MORENO, Comandante del Pelotón.

(...) existen en el plenario elementos de prueba que hacen concluir que las víctimas fueron retenidas, y a uno de ellos, EUCLIDES NAVARRO, le propinaron un disparo en una de sus piernas y lo ataron luego del cuello, para finalmente dispararle en la región torácica y producirle su muerte.

(...) algunos de los declarantes familiares de las víctimas, dijeron haberse enterado que hubo personas que vieron cuando a las víctimas las retuvo el personal del Ejército, que a EUCLIDES le dispararon en una pierna y que luego lo ataron del cuello a un árbol para al final asesinarlo. Refieren que hubo personas que incluso escuchaban a la víctima pedir auxilio a gritos y rogar por su vida.

(...) existen situaciones que hacen concluir que los hechos ocurrieron en el punto más distante de la cancha de fútbol donde finaliza el casco urbano del municipio La Jagua de Ibirico. También, que dichos hechos no fueron poco duraderos en el tiempo sino que los militares implicados tuvieron que retener a las víctimas, dispararles en el sitio de su detención, incluso a una de ellas dispararle en una de sus piernas y luego intentar estrangularla, situación que lógicamente no se perfecciona de

manera instantánea o repentina sino que supone un conjunto de acciones en las que varios de los implicados debieron participar y en un lapso de tiempo más largo que el que se gastaría en un ataque desprevino e instantáneo.

(...)

Es un hecho conocido, de acuerdo a las declaraciones del personal de criminalística que participó en el análisis de la escena del crimen, que ésta fue alterada antes de su llegada (...).

ANTECEDENTES

1. Inicialmente, los hechos fueron conocidos por la justicia penal militar, Juzgados 90 y 21 de Instrucción, con sede en Valledupar, que el 15 de febrero y el 17 de octubre de 2007, dispusieron, en su orden, abrir indagación preliminar e inhibirse de iniciar acción penal, con la consecuente orden de archivo del expediente.

2. Sin embargo, el asunto fue solicitado y asumido por la Fiscalía General de la Nación, “(...) *con el propósito de enfrentar la impunidad reinante en el país en materia de derechos humanos (...)*”.

3. La Fiscalía Sesenta y Seis Especializada de Bucaramanga, adscrita a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, avocó el conocimiento (19 de diciembre de 2008), declaró la nulidad del auto inhibitorio (6 de noviembre de 2009), profirió resolución de apertura de instrucción (14 de octubre de 2010) y procedió a la vinculación, mediante indagatoria, de:

Miguel Alberto Castilla Navarro, Rafael David Almanza Camino, Edwin Barbosa Romero, **Joaquín Alfonso Moreno Gómez**, Andrés Camilo González Mendival, Ever Daniel Acosta Jaime, Milton Fernando Quiñonez Hidalgo, Víctor Alfonso Cabrera Miranda y Rafael David Arias Maestre.

4. Los sindicatos fueron afectados con detención preventiva sin excarcelación y el 3 de enero de 2013 fueron acusados como coautores de homicidio agravado (artículos 103 y 104-7 del Código Penal), en concurso homogéneo, y tortura agravada (artículos 178 y 179-2, 5 y 6 ibídem). Esa decisión fue confirmada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga en lo concerniente a Víctor Alfonso Cabrera Miranda, mientras que tal oficina se inhibió de tramitar los demás recursos de alzada interpuestos.

5. En la etapa del juicio, **Joaquín Alfonso Moreno Gómez** y Milton Fernando Quiñonez Hidalgo se acogieron a sentencia anticipada. Por ende, fueron condenados por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Valledupar, el 17 de febrero de 2016, a 264 meses de prisión, 800 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad.

6. La Fiscalía apeló, por encontrarse inconforme con la dosificación punitiva, y el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Valledupar, Sala de Decisión Penal, resolvió, el 14 de marzo de 2017, elevar la pena de prisión a 320 meses y la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a 20 años.

7. Ante dicha corporación, el sentenciado **Joaquín Alfonso Moreno Gómez** deprecó, el 13 de octubre de 2017, la concesión de la libertad transitoria, condicionada y anticipada.

8. La pretensión fue denegada por el tribunal, el 9 de noviembre de 2017, luego de que el Secretario Ejecutivo de la Justicia Especial para la Paz (JEP) emitiera concepto favorable. La razón de la negativa fue que *“(...) no puede predicarse que las acciones cometidas sucedieron con relación o por causa directa o indirecta del conflicto armado”* porque:

a) No buscaron hacer pasar a las víctimas *“(...) como parte del conflicto armado adelantado en nuestro país, sino que la imputación es clara en señalar que las víctimas supuestamente hacían parte de una organización de delincuencia común denominada ‘Los Escopeteros’, quienes conforme a la treta propuesta venían extorsionando a habitantes de la región”*.

b) No se les endilgó el delito de homicidio en persona protegida, de donde se desprende que *“(...) desde fases iniciales del proceso se entendió lo ocurrido como un evento*

ajeno al conflicto armado (...) y en cambio puede reconocerse como un hecho separado de dicha realidad”.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Con miras a obtener la revocatoria de la decisión del tribunal y la consiguiente concesión de la libertad transitoria, condicionada y anticipada, el sentenciado **Joaquín Alfonso Moreno Gómez**, argumenta que:

a) La muerte de Euclides Navarro Rincón y Adelmis Fuentes Torres fue presentada como “(...) **ocurrida en un combate** en desarrollo de la Misión Táctica Faraón emitida por el Comando del BAEEV2” (negrillas del original).

b) Al margen de determinar si las víctimas fueron presentadas como miembros de uno u otro grupo, lo que resulta trascendental es que el hecho se califica como un “falso positivo o ejecución extrajudicial” porque se trataba de civiles ajenos al conflicto y, por tanto, gozaban de la protección del Derecho Internacional Humanitario.

c) El hecho fue presentado por él como un “*resultado operacional*”, que sirvió para elevar las estadísticas de efectividad de la fuerza pública.

d) En consecuencia, al margen de la denominación que se le haya dado a la banda a la cual presuntamente

pertenecían las víctimas, dicho “*resultado operacional*” fue presentado “*(...) dentro del marco del cumplimiento de la misión que le competía a la unidad militar (...) y que tal circunstancia no se habría podido generar de no ser por la existencia del conflicto armado (...)*”.

e) La relación entre el hecho y el conflicto armado surge evidente, más aún cuando bandas del tipo de la mencionada era una de las “*amenazas*” que debían enfrentar las tropas.

f) La relación del “*falso positivo o ejecución extrajudicial*” con el conflicto armado no se configura por el hecho de que la víctima sea o no miembro activo de una organización alzada en armas, como las FARC, o porque sea presentada como tal, sino porque el accionar militar se efectúa en virtud del cumplimiento de su misión (CSJ AP5248-2017, 16 ago. 2017, rad. 50135).

g) Deben tenerse en cuenta los criterios fijados por el Acto Legislativo 01 de 2017 y el concepto favorable del Secretario Ejecutivo de la JEP.

h) La relación de los hechos con el conflicto armado no está determinada por la calificación jurídica de la conducta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Por disposición del artículo 53 de la Ley 1820 de 2016, la decisión sobre el beneficio de libertad transitoria

condicionada y anticipada corresponde al *“funcionario que esté conociendo la causa penal”* al momento de la solicitud.

El inciso quinto del artículo 2.2.5.5.1 del Decreto 1252 del 19 de julio de 2017, por medio del cual se adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia, asegura la procedencia del recurso de apelación contra *“(…) todas las decisiones que resuelvan la solicitud de beneficios contemplados en la Ley 1820 de 2016 (…)*” (se subraya).

En consecuencia, como en este caso la determinación de primera instancia emanó de un tribunal superior de distrito judicial, la competencia para conocer la impugnación radica en esta Sala, por aplicación del numeral 3º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000.

2. Uno de los requisitos para que un agente del Estado -condición que no se discute al impugnante- sea beneficiario de la libertad transitoria, condicionada y anticipada consiste en que éste se encuentre condenado o procesado *“(…) por haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”* (artículo 52.a de la Ley 1820 de 2016).

3. La Corte Constitucional ha expresado que la determinación de la existencia de un conflicto armado interno no debe realizarse en abstracto sino en concreto, en atención a las características de cada caso en particular:

Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes. Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes Internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las Cortes Internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas. (CC. T-087/14).

4. Ahora, según el punto 5.1.2 del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, cuya refrendación aparece como presupuesto para la expedición de la Ley 1820 de 2016:

Son delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, aquellas conductas punibles donde la existencia del conflicto armado haya sido la causa de su comisión, o haya jugado un papel sustancial en la capacidad del perpetrador para cometer la conducta punible, en su decisión de cometerla, en la manera en que fue cometida o en el objetivo para el cual se cometió.

A su vez, el Acto Legislativo 01 de 2017 insertó en la Constitución Política un título transitorio. Según el artículo 23 transitorio de la Carta, son criterios para determinar el nexo de los delitos con el conflicto armado los siguientes:

- a. *Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,*

b. *Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:*

- *Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.*
- *Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.*
- *La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.*
- *La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.*

5. Particularmente, en cuanto a los denominados “*falsos positivos o ejecuciones extrajudiciales*”, esta Sala, en una de las providencias citadas por el impugnante, aclaró que: “(...) *no toda muerte de personal civil a manos de militares puede tildarse vinculada al conflicto armado cuando éste no ha influido en su realización*”. (CSJ AP5248-2017, 16 ago. 2017, rad. 50135).

6. La Corte Constitucional deslindó que “(...) *por ‘delincuencia común’ debe entenderse aquellas conductas que no se inscriban dentro de los anteriores elementos definitorios y, particularmente, que no se desenvuelvan dentro del conflicto armado interno*”. (CC. C-253A/12).

Como se aprecia, sin desconocer la complejidad del conflicto armado interno colombiano, en general, delincuencia común y conflicto armado interno son conceptos que se repelen o excluyen mutuamente.

7. Pues bien, descendiendo al caso en examen, se considera que las conductas punibles por las que fue condenado **Joaquín Alfonso Moreno Gómez** no se encuentran conectadas con el conflicto armado interno, toda vez que no estuvieron causadas ni influidas por éste.

La omnipresencia del conflicto armado interno en la sociedad colombiana y en la vida de todos los habitantes del territorio nacional no puede significar que cualquier acción realizada por miembros de la fuerza pública, que es uno de sus protagonistas, quede automáticamente cubierta por su halo, pues de lo contrario no habría lugar a realizar tal verificación, que es exigida por la Ley 1820 de 2016. Y lo cierto es que en la materia ni el constituyente derivado ni el legislador establecieron ninguna presunción al respecto. Por el contrario, como ya se vio, mediante el Acto Legislativo 01 de 2017 se introdujeron unos criterios que sirven para juzgar en qué casos está presente dicho nexo y en cuáles no¹.

Por otra parte, el concepto favorable emitido por el Secretario Ejecutivo de la JEP no es vinculante, pues como dicho funcionario lo puso de presente en el caso de **Joaquín Alfonso Moreno Gómez**:

(...) un aspecto importante en esta materia es la actuación de la Secretaría Ejecutiva como una intervención que, de ninguna manera, pretende desconocer o usurpar las competencias de las

¹ Ya esta Sala señaló que: “(...) para resolver lo pertinente, será necesario en todos los casos que el funcionario competente evalúe, en particular, si las conductas punibles por razón de las cuales se profirió la condena o se tramita el proceso fueron cometidas por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno”. (CSJ AP7127-2017, 25 oct. 2017, rad. 49321).

autoridades judiciales, ni modificar el sentido de sus actuaciones. La comunicación inicial de la Secretaría Ejecutiva sobre el cumplimiento de requisitos, en el marco de los artículos 53 y 57 de la Ley 1820 de 2016, es una decisión preliminar de carácter instrumental con respecto a la procedencia de los tratamientos penales contemplados en esta ley, que no implica una alteración en la situación jurídica de quienes se someten a la JEP.

Ahora bien, pese a que las “bajas” ocasionadas en los hechos materia del presente proceso hayan sido presentadas por **Joaquín Alfonso Moreno Gómez** como un “*resultado operacional*”, dentro del marco del cumplimiento de una “*misión que le competía a la unidad militar*”, con aptitud para “*eleva las estadísticas de efectividad de la fuerza pública*”, de ninguna manera implica dependencia del conflicto armado interno porque la “*Misión Táctica n.º 15 Faraón*”, al mando del St. **Moreno Gómez Joaquín**, tuvo un **enfoque ajeno al conflicto armado interno** tanto en su planeación como en la evaluación de sus resultados.

En cuanto a lo primero, en la “*Orden de Operaciones Macedonia*”, suscrita por el Teniente Coronel Edgar Humberto León Terán, Comandante del Batallón Especial Energético y Vial n.º 2 “*CR. JOSÉ MARÍA CANCINO*”, se lee que en el punto 1.a se hizo la identificación del objetivo como:

Rezagos de grupos pertenecientes a la Delincuencia Común, que delinquen en sectores del Municipio de Chiriguaná y la Jagua, sobre los sectores de Vereda Casa Blanca, Vereda Boquerón, Corregimiento Las Palmitas, Corregimiento de La Victoria de San Isidro, Vereda Caño Adentro. Se ha tenido información sobre estos bandidos que han venido realizando extorsiones al personal de ganaderos, comerciantes y habitantes de esta región (...). (fol. 15 cdo. 1; se subraya).

De manera congruente con lo anterior, mediante “*Radiograma Operacional Décima Brigada*”, el Teniente Coronel León Terán, Comandante del Batallón, dio cuenta de los hechos acaecidos el 14 de febrero de 2007, especificando que el enemigo era “*DEL COMÚN*” y estuvo constituido por la “*banda los escopeteros*”. Al referirse a los muertos, señaló que eran de la “*Banda delincuencia los escopeteros*” y sintetizó lo acontecido diciendo: “*(...) SOSTUVIERON COMBATE DE ENCUENTRO CONTRA TERRORISTAS PERTENECIENTES GRUPOS DELINCUENCIA COMÚN LOS ESCOPETEROS (...)*”. Finalmente, calificó la “*Misión táctica Positiva*” como “*Op. Antiextorsión*” (fol. 14 cdo. 1; se subraya).

En consecuencia, es claro que las conductas punibles que motivaron la condena de **Joaquín Alfonso Moreno Gómez** no estuvieron conectadas con el conflicto armado interno, como bien lo concluyó el tribunal.

El contra argumento del impugnante en el sentido de que si existe tal nexo porque él, en el “*Informe de Patrullaje*” reportó “*(...) 02 sujetos muertos en combate (...)*”, como en efecto obra a folio 255 del cuaderno 1, no es de recibo porque es inadmisibile que esa falsedad que él consignó en ese documento se venga a convertir en soporte para acceder al beneficio de la libertad transitoria, condicionada y anticipada.

Lo anterior, porque no puede olvidarse que en el proceso se tuvo por demostrado, y así lo aceptó este procesado, que

tal combate no existió. Al respecto, en la sentencia de primera instancia consta:

(...) el material probatorio que se encuentra en el expediente nos demuestra que no hubo combate, que las víctimas fueron aprehendidas, torturadas y asesinadas con armas de fuego en un sitio distinto al que se reportó como escena de los hechos.

(...) no existía información de inteligencia para que se hubiera montado una emboscada por parte del ejército, más bien como se ha dicho, los ofendidos al parecer fueron engañados para estar allí, justamente allí donde el personal militar implicado necesitaba que estuvieran y donde estaban ya emboscados, esperando que llegaran las víctimas. (fol. 202 cdo. 4).

8. Lo considerado en precedencia no se opone a pronunciamientos anteriores de la Sala en casos semejantes, porque en ellos se advierte como consideración relevante que:

(...) la unidad militar a la que pertenecían los acusados se movilizó hacia la zona rural donde se ejecutaron los hechos, en desarrollo de una misión táctica de seguridad, vigilancia y control territorial, propia de la acción militar de contra guerrilla (...). (CSJ AP5248-2017, 16 ago. 2017, rad. 50135. Se subraya).

Por esos hechos fueron investigados, juzgados y condenados los integrantes del cuerpo militar por los delitos de homicidio en persona protegida en concurso con porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, tipos penales de los cuales el primero se ubica dentro del Título II del Código Penal bajo el epígrafe de “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, esto es, se trata de una conducta que tiene relación directa con el conflicto armado porque su tipicidad supone que tenga ocurrencia con ocasión o en desarrollo del mismo, acorde con el criterio uniforme y reiterado de esta Corporación. (CSJ AP6400-2017, 27 sep. 2017, rad. 49790. Subrayas fuera de texto).

(...) de acuerdo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar declaradas como probadas en la sentencia de segunda instancia —y aún en la de primera—, el Sargento Segundo BRANGO AGAMEZ, hizo parte del grupo de militares adscritos al Ejército Nacional que entre el 17 de febrero de 2005 y el 21 del mismo mes y año, llevaron a cabo una operación legítimamente ordenada con el fin de combatir tanto a

integrantes de las entonces autodenominadas “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” (FARC), como de las “Auto Defensas Unidas de Colombia” (AUC), en jurisdicción del municipio de San José de Apartadó (Antioquia). (CSJ AP7383-2017, 2 nov. 2017, rad. 40098. Se subraya).

Es decir, el presente caso se diferencia en que no se atribuyó al procesado el delito de homicidio en persona protegida, que tiene como ingrediente normativo que la muerte se cause “(...) *con ocasión y en desarrollo de conflicto armado* (...)” (art. 135 del Código Penal), y en que la misión táctica en cuyo desarrollo se sucedieron los hechos se planeó y ejecutó como un operativo antiextorsión contra un grupo de delincuencia común.

9. Por las razones que anteceden, se confirmará la decisión materia de alzada.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,**

RESUELVE

1. **Confirmar** lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala de Decisión Penal, en proveído del 9 de noviembre de 2017, en el sentido de negar a **Joaquín Alfonso Moreno Gómez** el beneficio de libertad transitoria, condicionada y anticipada previsto en el artículo 51 de la Ley 1820 de 2016.

2. Enviar copia de esta providencia al Secretario Ejecutivo de la JEP.

3. Devolver la actuación al despacho de origen.

Contra esta providencia no proceden recursos.

Notifiquese y cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria