El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 13 de marzo de 2017

Proceso: Penal – Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 110016000000201401188-02

Procesado: LEYSER MOSQUERA JORDÁN

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARGAZARAY BANDERA

**Temas: HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, LESIONES PERSONALES EN PERSONA PROTEGIDA Y DESPLAZAMIENTO FORZADO / NULIDAD NO SE FORMULÓ EN LA OPORTUNIDAD PROCESAL.** “[S]i la parte interesada en las oportunidades procesales que le competía no impugnó la competencia de los jueces ni deprecó la nulidad de la actuación procesal por factores afines, es claro que la petición de nulidad impetrada por la apelante en la alzada, como consecuencia del aludido principio de la preclusión de instancias, por ser extemporánea no estaría llamada a prosperar ni sería de recibo.”. **PROCESADO NO PUEDE SER BENEFICIARIO DE LA LEY DE AMNISTÍA.** “[S]i en el fallo opugnado se declaró la responsabilidad penal del procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida, lesiones personales en persona protegida y desplazamiento forzado, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, es claro que el procesado no se puede hacer beneficiario de la ley de amnistía debido a que los delitos por los cuales ha sido condenado no hacen parte del listado de los reatos conexos consagrados en el aludido artículo 16 que serían susceptibles de tal beneficio, e incluso uno de dichos delitos, desplazamiento forzado, se encuentra expresamente excluido como criterio de conexidad. Siendo así las cosas, la Sala concluye que el Procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* como consecuencia de los delitos por los cuales se declaró su compromiso penal, no puede ser beneficiario de la ley de amnistía consagrada en la ley # 1.820 y en su Decreto reglamentario # 277 de 2017. En resumidas cuentas, la Colegiatura es de la opinión que no le asiste la razón a la tesis nulitatoria propuesta por el apelante, razón por la que el fallo confutado será confirmado.”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado por acta No. 215 del 10 de febrero de 2017. H: 3:00 p.m.

Pereira, trece (13) de marzo de dos mil diecisiete (2.017)

Hora: 2:33 p.m.

Procesado: LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”.*

Delitos: Homicidio en persona protegida y otros

Rad. 110016000000201401188-02

Asunto: Desata recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Decisión: Confirma el fallo opugnado.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado de manera oportuna por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del veintidós (22) de Enero de 2.016 por el Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado **LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”***o *“Beto”,* por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida, lesiones personales en persona protegida y desplazamiento forzado.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con el acontecer factico plasmado en el escrito de acusación, se tiene que en los municipios de Mistrató y Pueblo Rico delinquía una cuadrilla del frente *Aurelio Rodríguez* del grupo subversivo de las “*F.A.R.C.”* la cual era comandada por LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”*, de quien se dice que perpetró los siguientes delitos:

* El 10 de junio de 2.012, a eso de las 18:30 horas en el resguardo indígena *Puerto de Oro* del municipio de Mistrató fue acribillado a balazos mediante el empleo de un fusil, en el momento en el que se encontraba en las puertas de su casa, el ciudadano quien en vida respondía por el nombre CARLOS DARÍO ARCE BERNAZA.

De igual forma, como consecuencia de la balacera, de manera colateral, resultaron heridas las Sra. YOLANDA CORTES ARCE y MARÍA HILMA ARCE BERNAZA, quienes se encontraban al interior de la vivienda en la cual el hoy óbito fue ultimado.

Respecto de las razones o motivos por las cuales fue asesinado CARLOS DARÍO ARCE BERNAZA, al parecer las mismas se debieron a que supuestamente el aludido era informante del ejército.

* El 18 de junio del 2.012, a eso de las 05:40 horas, en la vivienda de la Sra. MARINA MORENO DE MOSQUERA, ubicada en la vereda *Agüita* del corregimiento de Santa Cecilia, jurisdicción del municipio de Pueblo Rico, se presentó (A) *“El niño”* o *“Beto”* y sus conmilitones requiriendo a la Sra. MARINA MORENO DE MOSQUERA, y como quiera que no la encontraron, le informaron a las personas que también habitaban en ese inmueble que la susodicha había sido desterrada de dicha localidad, a la cual no podía regresar so pena de muerte. Igualmente se le concedió un plazo de 24 horas para que sus demás parientes abandonaran el pueblo.

Respecto de las razones del *destierro* de la Sra. MARINA MORENO DE MOSQUERA, las mismas se debieron a que la aludida ciudadana supuestamente trabajaba con el Gobierno.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares concentradas de legalización de captura, formulación de la imputación y definición de la situación jurídica se llevaron a cabo ante el Juzgado 3º Penal Municipal de Pereira, con funciones de control de garantías, en las calendas del 29 de abril del 2.014, en la cual al entonces indiciado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* se le endilgaron cargos por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida, lesiones personales en persona protegida y desplazamiento forzado, a quien se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria. Posteriormente el 29 de agosto de esa anualidad, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad, ante el cual el 16 de septiembre del 2.014 se efectuó la audiencia de formulación de la acusación en la que la Fiscalía le enrostró cargos al Procesado de marras en iguales términos a los establecido en la imputación.
2. La audiencia preparatoria se efectuó en sesiones celebradas los días 10 de noviembre del 2.014 y 19 de enero del 2.015; mientras que el juicio oral se celebró en vistas llevadas entre el 11 y el 12 de agosto de 2.015, en la cual se anunció el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente el 22 de enero de 2.016 9 se dictó la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**LA PROVIDENCIA APELADA:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad en las calendas del 22 de enero de 2.016 en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida, lesiones personales en persona protegida y desplazamiento forzado.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad penal, el procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”* fue condenado a purgar una pena de 42 años y 8 meses de prisión, y a pagar una multa equivalente a 3.466,65 *s.m.m.l.v.*

Los argumentos invocados por parte del Juez de primer nivel para proferir la sentencia condenatoria, pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

* Acorde con las estipulaciones probatorias, se logró demostrar que el procesado para la época de los hechos fungía como comandante de una cuadrilla del frente *Aurelio Rodríguez* del grupo subversivo de las “*F.A.R.C.”.*
* Estaba demostrado el deceso, mediante el empleo de un arma de fuego de largo alcance, de quien en vida respondía con los nombres de CARLOS DARÍO ARCE BERNAZA.
* Con los testimonios de los ofendidos, se acreditó que la Sra. MARINA MORENO DE MOSQUERA, ante una serie de amenazas a las cuales fue sometida por miembros de grupos subversivos, ella y los demás miembros de su núcleo familiar debieron abandonar su propiedad y residir en otra ciudad.
* En la actuación existían pruebas documentales y testimoniales que de manera seria comprometían la responsabilidad criminal del procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* como la persona que asesinó a CARLOS DARÍO ARCE BERNAZA e intimidó mediante amenazas a la Sra. MARINA MORENO DE MOSQUERA para que se desplazará de su domicilio hacia otra localidad.
* Los hechos tuvieron ocurrencia con ocasión del conflicto armado interno en el cual el procesado vulneró el principio de distinción en atención a que las victimas debían ser consideradas como personas protegidas por ser ajenas a los grupos armados que operaban en esa región.

**LA ALZADA:**

La Defensa expresó su inconformidad con el fallo confutado, al proponer la tesis consistente en que el proceso se encuentra viciado de nulidad por falta de defensa técnica como consecuencia de la mala asesoría que le fue suministrada al procesado por parte de las personas que lo representaron.

Para demostrar la tesis de su discrepancia, arguye la apelante que el procesado, por su condición de desmovilizado del grupo subversivo las *F.A.R.C.* era candidato a ser postulado ante la jurisdicción de justicia y paz, y por ende destinatario del procedimiento consagrado en la ley 975 de 2.005, lo cual no se dio como consecuencia de su captura.

Ante tal situación, la recurrente solicita la nulidad de la actuación procesal debido a que el procesado, como consecuencia de su calidad de insurgente y de desmovilizado, es destinatario de la ley de justicia y paz, ante la cual se podría hacer merecedor de una pena diferente a la que le fue impuesta en su contra.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal Especializado que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, esta Colegiatura, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 33 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada.

**- Problema Jurídico:**

De lo expuesto por el recurrente en la alzada, considera esta Colegiatura que se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Por ausencia de competencia se encuentra viciada de nulidad la actuación procesal, en atención a que el conocimiento del proceso le correspondía a la jurisdicción de justicia y paz?

**- Solución:**

Clama la recurrente por la declaratoria de nulidad de la actuación procesal, en atención a que el conocimiento del presente proceso no le correspondía a la justicia penal ordinaria sino a la jurisdicción de justicia y paz creada mediante la ley 975 de 2.005, porque, en sentir de la apelante, el procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* detentaba la condición de reinsertado de un grupo insurgente que estaba al margen de la ley, como lo es la “*F.AR.C.”,* aunado a que los hechos delictivos por los cuales se declaró el compromiso penal del aludido procesado fueron perpetrados como consecuencia de su militancia en esa organización sediciosa.

Para la Sala, las peticiones de nulidades procesales deprecadas por la apelante no están llamadas a prosperar, porque si bien es un hecho cierto e irrebatible que: a) En el proceso está plenamente demostrado que el procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”* comandaba una cuadrilla de malhechores que hacía parte del frente *Aurelio Rodríguez* del grupo subversivo de las “*F.A.R.C.”,* la cual delinquía en áreas rurales de los municipios de Mistrató y Pueblo Rico; b) En las calendas del 11 de abril 2.013 el aludido Procesado se desmovilizó del grupo insurgente en el que militaba a fin de reintegrarse a la vida civil, como se desprende del contenido de la certificación # 0413-2013 del 3 de mayo del 2.013 expedida por parte del comité operativo para la dejación de las armas *“CODA”*; c) Que los hechos delictivos enrostrados en contra del procesado fueron perpetrados como consecuencia del conflicto armado interno y de su militancia en las *“F.A.R.C.”.* Pero también es verdad que durante el devenir del presente proceso en momento alguno por los sujetos procesales se cuestionó la competencia de los jueces que asumieron el conocimiento de la presente actuación, ni a la misma se adujeron los medios de conocimiento que permitían establecer que (A) *“El niño”* o *“Beto”* debía ser procesado bajo la égida de la jurisdicción de justicia y paz.

Para demostrar las anteriores afirmaciones, se hace necesario tener en cuenta que como consecuencia del principio de preclusión de instancias, también conocido como principio de la eventualidad, las nulidades procesales acaecidas en la fase de la investigación deben ser propuestas en la audiencia de formulación de la acusación, mientras que las que se presenten en la fase del juzgamiento pueden ser deprecadas en cualquier etapa procesal subsiguiente a la acusación.

En el presente asunto la recurrente por intermedio de la alzada ha cuestionado extemporáneamente la competencia del Juez que asumió el conocimiento del proceso, para de esa forma clamar por la nulidad de la actuación procesal acorde con la causal consagrada en el artículo 456 C.P.P. porque la fase procesal acaecida después de la acusación no es la etapa del proceso destinada a debatir la competencia del Juez Cognoscente, si tenemos en cuenta que quien quiera poner en duda la competencia del funcionario encargado de tramitar el proceso lo debe hacer acudiendo a la herramienta de la impugnación de la competencia, consagrada en el artículo 341 C.P.P. la cual, según las voces de los artículos 54 y 339 ibídem, se puede invocar ya sea ante los Jueces de Control de Garantías al momento de la formulación de la imputación, o ante los Jueces de Conocimiento en la audiencia de formulación de la acusación.

En el caso en estudio se tiene que las audiencias de formulación de la imputación y acusación respectivamente tuvieron ocurrencia en las calendas del 29 de abril y del 16 de septiembre del 2.014, en las cuales en momento alguno los interesados ni impugnaron la competencia de los jueces ni solicitaron la nulidad de la actuación por la aludida causal consagrada en el artículo 456 C.P.P.

Por lo tanto, si la parte interesada en las oportunidades procesales que le competía no impugnó la competencia de los jueces ni deprecó la nulidad de la actuación procesal por factores afines, es claro que la petición de nulidad impetrada por la apelante en la alzada, como consecuencia del aludido principio de la preclusión de instancias, por ser extemporánea no estaría llamada a prosperar ni sería de recibo.

Además de lo anterior, también conspiraría en contra de las pretensiones nulitatorias perseguidas por la apelante el hecho consistente en que en la actuación no existe elemento de juicio alguno en cuya virtud se pueda considerar que las delincuencias perpetradas por el procesado deban ser juzgadas bajo la égida de la ley 975 de 2.005, si partimos de la base que para la procedencia de la ley de justicia y paz no basta con que el indiciado haya sido miembro de un grupo armado organizado que se encontraba al margen de la ley, del cual se haya desmovilizado, ni que los delitos enrostrados en su contra los haya perpetrado por su pertenencia a dicha organización criminal, ya que según las voces del artículo 10º de la aludida ley 975 de 2.005, también se requiere de un acto de postulación por parte del Gobierno nacional, en virtud del cual el señalado debe de hacer parte de un listado de personas puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación como beneficiarias de la ley de justicia y paz.

En el presente asunto se echa de menos dicho acto de postulación gubernamental, puesto que no se sabe si el procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”* hace o no parte de un listado de personas que funjan como destinarios de la jurisdicción penal especial de justicia y paz creada mediante la aludida ley 975 de 2.005. Es más, por ser la Fiscalía General de la Nación una de las Entidades destinatarias de dicho acto de postulación, en caso de que el mismo existiera, seguramente que por lealtad procesal se lo habría hecho saber a las demás partes e intervinientes en el proceso, lo que en momento alguno sucedió en el devenir del proceso, lo cual nos hace presumir sobre la inexistencia de una postulación del procesado como candidato para hacer parte de la jurisdicción de justicia y paz.

De igual forma se dice por parte del apelante que lo acontecido en contra del procesado es una consecuencia de la errada asesoría jurídica en la que incurrieron los Letrados que lo representaron en el pasado, por lo que en su sentir el proceso también se encuentra viciado de nulidad por falta de defensa técnica, pero es de anotar que quien pretende la anulación del proceso por la causal de la violación del derecho a la defensa consagrada en el artículo 457 C.P.P. tiene la obligación de demostrar que el Togado que representó los intereses del procesado, ya sea por incuria, negligencia o desidia, no hizo nada para defender idóneamente a su ahijado judicial dejándolo prácticamente abandonado a la deriva su suerte a merced de las garras del Ente Acusador para que hiciera con Él lo que se le viniera en gana.

Frente a lo anterior, a fin de ofrecer mejor claridad y precisión, la Corte se ha expresado de la siguiente forma:

*“Respecto del tema de la defensa técnica y los factores que conducen a declarar la nulidad por ausencia de la misma, bastante se ha dicho por la jurisprudencia de la Corte, enfatizando cómo a la definición de efectiva vulneración no puede llegarse por el camino de la simple disparidad de criterios con lo realizado por el profesional del derecho, ni es la crítica un asunto que derive consecuencia de la decisión adversa tomada por la judicatura en contra del acusado, pues, siempre será posible, en el plano de la simple especulación, decir que cualquier tipo de actividad distinta a la que se realizó pudo llevar a mejores consecuencias.*

*También se tiene establecido que la buena fortuna del reproche reposa no en advertir determinadas omisiones o inadecuada actuación del abogado, sino en establecer objetivamente que ese comportamiento generó en concreto efectos dañosos de tanto calado, que de no haberse materializado otra hubiese sido la suerte del procesado, o cuando menos, el resultado hubiese sido menos perjudicial para sus intereses judiciales…”[[1]](#footnote-1).*

En el caso en estudio, de un simple y mero análisis del proceso, se tiene que quien con antelación representó los intereses del procesado en momento alguno dejó al garete a su apadrinado, más por el contrario actuó de una manera proactiva en el devenir del proceso, tanto es así que en el juicio propuso como teoría del caso la consistente en que el procesado actuó bajo el influjo de las causales de exclusión de la responsabilidad criminal del miedo y de la insuperable coacción ajena.

Ahora, si el Togado de otrora, acorde con lo reclamado por la recurrente, no cuestionó ni impugnó la competencia de los Jueces que asumieron el conocimiento de la actuación, seguramente que ello se debió a que no tenía en sus manos el aludido acto de postulación emanado del gobierno nacional, o no sabía de su existencia, porque de existir dicho documento, seguramente que el Ente Acusador, por lealtad procesal, lo hubiese puesto a consideración de las partes y demás intervinientes, para que de esa forma en las oportunidades procesales pertinentes se pudiera debatir todo lo que tenía que ver con la ausencia de competencia de la jurisdicción penal ordinaria frente a la jurisdicción penal especial regulada por la ley de justicia y paz.

Aspecto que no puede desconocer la Colegiatura, es que en la actualidad se encuentra vigente la ley # 1.820 de 2.016, la cual en su artículo 17 consagró la amnistía para aquellas personas que integraban el grupo insurgente de las *“F.A.R.C.”,* y como quiera que no se puede desconocer que en el proceso está plenamente demostrado que el procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* cometió los delitos por los cuales fue hallado penalmente responsable en su condición de miembro de dicha organización insurrecta, a lo que se debe aunar que uno de los efectos que dimana de la amnistía, es que la misma, según las voces del artículo 82 C.P. se erige como una causal de extinción de la acción penal, se torna necesario para la Sala verificar si el procesado puede o no ser beneficiario de dicha ley de amnistía.

Así tenemos que si hacemos un análisis de los artículos 15, 16 y 23 de la ley 1820 de 2016, se tiene que son amnistiables los delitos *«políticos»* de rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, y una serie de delitos *“comunes”* que conexamente se hayan cometido con los aludidos delitos *políticos,* los cuales taxativamente se encuentran en un listado de ilicitos consagrado en el artículo 16 *ibídem,* entre los cuales, a modo de ejemplo, se encuentran los reatos de apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación habitación violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de fuerzas armadas o explosivos, etc…

De igual forma el artículo 23 ibídem, al regular el tema de los criterios que se debían tener en cuenta para determinar la conexidad, en su parágrafo excluyó una serie de delitos, entre los cuales se encuentra el desplazamiento forzado.

Por lo tanto, si en el fallo opugnado se declaró la responsabilidad penal del procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida, lesiones personales en persona protegida y desplazamiento forzado, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, es claro que el procesado no se puede hacer beneficiario de la ley de amnistía debido a que los delitos por los cuales ha sido condenado no hacen parte del listado de los reatos conexos consagrados en el aludido artículo 16 que serían susceptibles de tal beneficio, e incluso uno de dichos delitos, desplazamiento forzado, se encuentra expresamente excluido como criterio de conexidad.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que el Procesado LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”,* como consecuencia de los delitos por los cuales se declaró su compromiso penal, no puede ser beneficiario de la ley de amnistía consagrada en la ley # 1.820 y en su Decreto reglamentario # 277 de 2017.

En resumidas cuentas, la Colegiatura es de la opinión que no le asiste la razón a la tesis nulitatoria propuesta por el apelante, razón por la que el fallo confutado será confirmado.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida en las calendas del 22 de enero de 2.016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta localidad, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado **LEYSER MOSQUERA JORDÁN (A) *“El niño”* o *“Beto”****,* por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio en persona protegida, lesiones personales en persona protegida y desplazamiento forzado.

**SEGUNDO: DECLARAR** que en lo que corresponde con los eventuales recursos que se deben interponer en contra de la presente sentencia de segunda instancia, procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 3 de julio de 2013. Rad. # 41544. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-1)