

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP3992-2019

Radicación N° 48.154

(Aprobado Acta N° 239

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

Con fundamento en los arts. 241-11 de la Constitución y 9° del Acto Legislativo 01 de 2017, en consonancia con lo dispuesto en la sentencia C-674 de 2017, la Sala se pronuncia sobre la competencia para conocer de la actuación seguida contra JOSÉ AMILCAR RIVAS PALMA, con ocasión de la demanda de casación formulada en su nombre. Bajo el entendido que existe imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, cuya extinción corresponde declararla a la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), se propone el correspondiente conflicto de jurisdicciones.

I. ANTECEDENTES PERTINENTES

1.1 Según la sentencia de segunda instancia, el Grupo de Blancos Estratégicos del Área Investigativa contra el Terrorismo tuvo conocimiento de la existencia de integrantes de las FARC que estaban almacenando armas, municiones y explosivos de uso privativo de las Fuerzas Armadas en varias viviendas de Bogotá y Soacha, para luego ser entregados a diferentes cabecillas de esa organización, en especial del bloque “Comandante Jorge

Briceño”. La unidad de inteligencia tuvo noticia de que en dos viviendas se encontraba, fraccionado y distribuido en sus partes, un cañón de artillería de 120 mm con soporte, información con fundamento en la cual se autorizaron allanamientos y registros.

Es así como en el inmueble ubicado en la carrera 2 A Bis AE N° 93B Sur-62G, barrio El Virrey de la localidad de Usme de Bogotá, fue hallada, oculta entre ladrillos y escombros, una base para mortero de color verde oliva, sin marca ni número de serie visible, dos armas de fuego de fabricación artesanal, tres cachas en madera y dos en plástico, sin materializarse captura alguna al no encontrarse ninguna persona al momento de la diligencia.

Por su parte, en la vivienda ubicada en la carrera 4 N° 3A-99, barrio Las Quintas del municipio de Soacha, donde funciona el establecimiento comercial “Taller Auto Rivas”, fue incautado un cañón de artillería para granadas de 120 m.m. que se encontraba oculto entre maderos y envuelto en lonas y bolsas plásticas, circunstancia que conllevó la aprehensión de JOSÉ AMILCAR RIVAS PALMA, quien se identificó como propietario de dicho inmueble.

Igualmente, en el desarrollo de la actividad investigativa se pudo establecer que el mortero Brand 120 m.m. fue extraído ilícitamente del Batallón de Artillería N° 13 “General Fernando Landazábal Reyes” de Bogotá, con la intervención de militares activos que utilizaban exintegrantes del Ejército Nacional como enlace para abastecer de armas y municiones a los frentes de las FARC. Para ello, fraccionaban los artefactos, dividiéndolos por piezas, para permitir su ocultamiento en varios inmuebles.

1.2 Con fundamento en tales hechos, el 17 de junio de 2011, ante el Juzgado 5° Penal Especializado del Circuito de Bogotá, JOSÉ AMILCAR RIVAS PALMA fue acusado como probable coautor del delito de concierto para delinquir, agravado por estar asociado a actividades terroristas, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas (arts. 340 inc. 2° y 336 del C.P.).

1.3 Habiendo ejercido su derecho a ser juzgado públicamente, el acusado fue absuelto por

el juez de conocimiento, mediante sentencia del 5 de marzo de 2015.

1.4 En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el fiscal, a través de fallo del 16 de febrero de 2016 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá revocó parcialmente la sentencia de primera instancia. En su lugar, declaró al señor RIVAS PALMA coautor responsable de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, imponiéndole una pena de 65 meses de prisión.

1.5 Dentro del término legal, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda. Estando el proceso en turno para la calificación del libelo, con fundamento en los arts. 22 y 23 lit. c) de la Ley 1820 de 2016 se ordenó el envío del expediente a la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Lo anterior, teniendo en cuenta que la declaratoria de responsabilidad en contra del señor RIVAS PALMA, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos -incluido en el listado de delitos conexos del art. 16 de la Ley 1820-, constituye un supuesto de colaboración con el bloque “Comandante Jorge Briceño” de las FARC -arts.17 ídem y 6º del Decreto 277 de 2017-. Por consiguiente, están dados los presupuestos objetivos para la concesión de amnistía de iure (arts. 15 al 17 de la Ley 1820 de 2016 y arts. 4º al 8º del Decreto 277 de 2017).

1.6 Atendiendo dicha remisión, “y en virtud del análisis del expediente”, mediante Resolución SAI-AI-JCP-0115-2018 la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP “avocó, de oficio, conocimiento del trámite de amnistía del señor RIVAS PALMA y dispuso ampliación de la información...para la decisión que deba tomarse sobre el fondo del asunto”.

1.7 En auto del 15 de julio de 2019 (Resolución SAI-AOI-D-JCP-0380-2019), el magistrado Juan José Cantillo Pushaina, integrante de la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP,

entendiendo que el procesado presentó un “desistimiento al trámite de amnistía iniciado de oficio”, dispuso la devolución del expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema.

II. CONSIDERACIONES

2.1 De acuerdo con los arts. 88-3 del C.P. y 77 de la Ley 906 de 2004 (C.P.P.), la amnistía es causal de extinción de la acción penal. Por ello, cuando esa modalidad de renuncia a la persecución penal sea concedida, existe imposibilidad para iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal, siendo procedente la preclusión o la cesación de procedimiento, según corresponda (arts. 39 de la Ley 600 de 2000 y 332-1 de la Ley 906 de 2004).

Por antonomasia, la amnistía es una medida de naturaleza general y abstracta, concedida - o autorizada- por el legislativo o el constituyente, “por graves motivos de conveniencia pública”, a fin de cesar la persecución penal por delitos políticos (arts. 150-17 y 30 transitorio de la Constitución).

La concesión de amnistías comporta la abdicación estatal a la persecución penal, por ministerio de la ley. De ahí que, a diferencia de otras figuras que también conducen a la extinción de la acción penal (prescripción, aplicación del principio de oportunidad, oblación, caducidad de la querrela o desistimiento), no existe disponibilidad sobre su aplicación - particular y concreta- (art. 13 inc. 1° C.G.P.), pues por definición constitucional la amnistía es una disposición procesal de orden público, como quiera que, de un lado, inhibe el ejercicio o impide la continuidad de la acción penal en relación con determinados delitos; por otra, se justifica en serios motivos de conveniencia pública.

2.2 Dicho efecto de indisponibilidad se ve ratificado con la comprensión sustancial del instituto jurídico de la amnistía.

Al referirse a las leyes de amnistía, la doctrina coincide en que uno de sus efectos es la

imposibilidad, de jure, de ejercer jurisdicción, en la medida en que no hay lugar al adelantamiento de procedimientos que conduzcan a investigar, acusar ni juzgar a los responsables de los delitos concernidos. A diferencia del indulto, que mantiene la declaratoria de responsabilidad penal, pero prescinde de la ejecución de la pena¹, la amnistía excluye o inhibe la persecución penal. Por ello, es catalogada como una forma de impedimento al ejercicio de jurisdicción,² que denota esfuerzos gubernamentales para eliminar todo registro de crímenes ocurridos³.

La amnistía, entonces, está concebida para imposibilitar el ejercicio de la acción penal contra sospechosos o acusados de determinados crímenes, pues los releva de ser juzgados. Por ello, el término amnistía usualmente se refiere a un acto oficial en el que, por vía legal o constitucional, prospectivamente se excluye de persecución penal a una clase determinada de personas por una serie de conductas punibles en un período específico⁴. Con un marcado trasfondo político, la amnistía⁵ propende por hacer abstracción de la comisión de delitos contra el Estado, en orden a cesar los procedimientos iniciados, inhibir su inicio o abolir las sentencias ya proferidas. Se trata, entonces, de aplicar una especie de principio de tabula rasa a ofensas pasadas, ya que en el Estado decae el interés de perseguir ciertas conductas. De cierta manera, al amnistiar, el Estado pasa por alto la ofensa y libera al beneficiario de ser sancionado penalmente,⁶ extinguiendo ab initio la posibilidad de declarar la responsabilidad, en la medida en que protege al posible perpetrador de ser juzgado. Y esa protección deriva de considerar que la conducta no constituye una ofensa, proveyendo una especie de inmunidad de persecución.⁷

2.3 En la misma línea, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha entendido la naturaleza de la amnistía y su efecto de indisponibilidad por tratarse de una expresión impersonal, de orden público, derivada del derecho de gracia, que es concedido por el legislador, no por los jueces.

A ese respecto, en el CSJ AP 4 jul. 1962 (GJ XCIX, N° 2256-2259, págs. 404-407) la Corte

puso de presente:

La amnistía es una gracia de carácter general que enerva o extingue la acción penal, borra radicalmente el hecho punible, la condena y todos los efectos penales que de ella pueden derivarse, realizando por así decirlo, una restitutio in íntegrum, como lo anota Eugenio Florián. En tanto, el indulto puede considerarse como una gracia aplicada a los condenados por una determinada categoría de hechos punibles, según el mismo autor.

Con toda propiedad el Código Penal de 1890 daba de estas gracias y de su origen estas definiciones:

“Artículo 100. Es amnistía una gracia concedida por el Congreso por la cual quiere que se olviden las violaciones de la ley contra el orden público.

La amnistía finge que los hechos no han ocurrido para el efecto de no imponer a los autores las penas principales señaladas en la ley”.

“Artículo 101. Es indulto una gracia concedida por el Congreso o por el Gobierno, en virtud de la cual se perdona la pena que se merece por infracciones de la ley, relacionadas con el orden público.

“El indulto da por cierto que se merece la pena, pero la perdona”.

3. Como medidas excepcionales destinadas a procurar en un momento dado de la vida nacional la tranquilidad social y el sosiego político, se explica que la aplicación de la amnistía y el indulto dependa de las ramas políticas del poder público y no de la rama jurisdiccional, pues sería contradictorio y disolvente dentro de la organización jurídica encomendar a los jueces semejante función, que contraría el ejercicio de la acción penal y la exigencia de responsabilidad frente a hechos conformados por la ley como delitos.

El profesor Tomás Jofré en su obra sobre Procedimiento Penal acoge una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina donde se interpreta la amnistía en el sentido de que “es una medida política y de carácter general, que no tiene en vista un delincuente ni un hecho determinado”, sino “todos los delitos de una misma especie que pueden haberse cometido en un momento dado o hasta cierta época. Su objeto es el restablecimiento de la paz y de la concordia entre los ciudadanos de un mismo Estado, y a tal fin, echa un velo sobre los actos a que se refiere, liberándolos de su carácter punible y quitando toda base legal a las acciones criminales, a los procesos y a las sentencias”. Según la misma doctrina, “el indulto es perdón otorgado por el poder ejecutivo con el fin de atenuar el rigor de la ley; es particular, extingue la pena, se aplica a cualquier crimen; en cambio, la amnistía extingue la acción con el objeto de restablecer la calma y la concordia sociales, es un acto legislativo, abarca todos los sujetos comprometidos en una clase de delitos. El indulto exige la existencia de condena; la amnistía, no”.

A su vez, mediante CSJ AP 17 may. 1983 (CLXXIII, N°2412, págs. 245-253), la Sala destacó que la amnistía implica una renuncia estatal a perseguir penalmente bajo el entendido que determinadas conductas, desde el plano general y abstracto de la ley, dejan de considerarse punibles:

La amnistía constituye una renuncia transitoria del Estado a su potestad soberana de perseguir y castigar los delitos llevados por motivos de interés público, particularmente por causas de carácter político, para mantener o restablecer la convivencia social y, por ende, la paz.

Si la amnistía, por sus efectos, impide la iniciación o la prosecución de la acción penal, si anula la pena y, finalmente, borra el delito, dedúcese también su índole excepcional y la urgencia de su otorgamiento mediante el desarrollo inmediato de la legislación que la establece, para; como es lógico, salvaguardar y garantizar su eficacia.

Si, además, por su naturaleza la amnistía es una medida impersonal, de carácter objetivo, esto es, que se decreta en razón del delito y no de quienes se encuentran comprometidos en su ejecución, síguese paralelas a estas connotaciones la innegable especialidad y suficiencia de la ley que la consagra.

Precisamente por esa ficción de “borrar el delito” o “fingir que los hechos no han ocurrido”, justificada en razones políticas y de orden público, es que la jurisprudencia ha entendido que las expresiones del derecho de gracia -amnistía e indulto- no pueden ser rehusadas por el beneficiario. Al respecto, en el CSP AP 30 jun. 1950 (GJ LXVIII N° 2080-2086 /1949-1951/, págs. 556-561, se lee):

El indulto y la conmutación -dice Soler- no pueden ser rehusados por aquél a cuyo favor se dictan; son causas de extinción (total o parcial) de la pena, y en ello no tiene efecto la voluntad del particular.

“La gracia o indulto una vez concedida, se impone al condenado; que no puede rehusarla...-afirman Vidal y Magnol- porque todo lo que se refiere a la represión es, en efecto, de orden público”. (Cours de droit criminel, pag. 687”.

Y todavía con mayor amplitud se expresa Pessina, al decir “la extinción general o amnistía y el indulto tienen como fin, no la mera conveniencia de los acusados o condenados, sino un fin más eminente, dictado por consideraciones de orden general, pues son de los que, al mismo tiempo que se inspiran en un interés político, pueden tener vigor en la esfera de la justicia penal, porque con ellos la razón de Estado no agrava, sino que atenúa el rigor de las leyes; no oprime, sino que favorece la condición de las personas a quienes se aplica...La gracia, entendida según criterio científico moderno, no es un arbitrio de favor, sino temperamento de justicia, y como nemo auditur perire volens, nadie puede ser admitido a sufrir por su voluntad la pena o parte de la pena de que libra por gracia” (Pessina, Elementos de derecho penal, pág. 692).

2.4 Si, como se vio en precedencia, a través de las amnistías se cierra la posibilidad de una declaratoria de responsabilidad penal, pues las investigaciones y juzgamientos no pueden completarse, debido a que la conducta es considerada como si no se tratara de un delito, es claro el decaimiento del interés de persecución penal estatal. En consecuencia, se configura una causal de extinción de la acción penal (art. 41 de la Ley 1820 de 2016), que inobjetablemente hace improseguible la actuación.

Por ello, el art. 5° del Decreto 277 de 2017, al definir el ámbito de aplicación de la amnistía de iure, establece que “la amnistía de iure concedida por la ley tiene como efecto la declaración de la extinción de la acción penal, de las sanciones principales y accesorias, según el caso, así como de la acción civil y de la condena indemnizatoria, por parte del funcionario judicial competente”.

En ese orden de ideas, verificados los supuestos de concesión -legal- de la amnistía, que en el presente caso vienen dados por atribuirse al procesado un delito conexo al político, en un contexto de colaboración con un frente de las FARC -no de pertenencia a éstas-, no hay alternativa distinta a que judicialmente se decrete la extinción de la acción penal por la vía de la preclusión. Con la insistente expresión de iure, con la que el legislador calificó la concesión de amnistía para delitos políticos y conexos, ha de entenderse que la extinción de la acción penal opera de pleno derecho.

En efecto, acorde con el art. 15 de la Ley 1820 de 2016, que regula la amnistía de iure, ésta se concede por delitos políticos y delitos que sean conexos con éstos, de conformidad con esa ley, a quienes hayan incurrido en ellos.

En ese sentido, el art. 16 ídem establece que, entre otros, son conexos con los delitos políticos la conducta punible de 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 las fuerzas armadas o explosivos.

En el ámbito personal, el art. 17 ídem señala que, además de los integrantes de las FARC incluidos en los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin (num. 2°), “la amnistía que se concede por ministerio de la ley...se aplicará a las siguientes personas, que sean o hayan sido autores o partícipes de los delitos en grado de tentativa o consumación, siempre que se den los siguientes requisitos: i) que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC y iv) quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP.

La legislación transicional deja en claro, entonces, que la extinción de la acción penal derivada de la amnistía no sólo se aplica por voluntad del beneficiario incluido en listados que lo reconozcan como integrante de las FARC, sino que, dada la naturaleza de orden público de la concesión legal de la amnistía, la autoridad judicial competente puede aplicarla oficiosamente cuando una providencia judicial indique la probable pertenencia o colaboración del procesado con las FARC.

Así lo corrobora el art. 6-4 del Decreto 277 de 2017 al establecer que la amnistía que se concede por ministerio de la Ley 1820 de 2016 en los arts. 15 y 16, se aplicará a las personas a las que hace referencia el art. 17, en uno cualquiera de los siguientes supuestos, siempre que: “sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos o conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, providencias judiciales o por otras evidencias de actuaciones falladas o en curso que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP”.

2.5 Empero, con la entrada en funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, la competencia para aplicar la extinción de la acción penal derivada de la amnistía radica exclusivamente en la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP, sin que la Corte Suprema ni

autoridad judicial alguna perteneciente a la jurisdicción ordinaria esté facultada para decretar la preclusión de la actuación, como tampoco a proseguir con la actuación penal, en vista de la extinción de la acción derivada de la concesión legislativa de la amnistía, salvo que, de fondo, la sección competente de la JEP considere que en el caso concreto no es procedente extinguir la acción penal por no darse los presupuestos sustanciales de la amnistía de iure.

2.6 A la luz de lo anterior, las razones esgrimidas por el magistrado de la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP para remitir la actuación a la Corte Suprema son inadmisibles.

En primer lugar, debido a que la causal aplicada por la Sala de Casación Penal para remitir la actuación a la JEP, para que se aplique la amnistía, no fue la de pertenencia a las FARC, sino un supuesto de colaboración con dicho grupo armado ilegal, lo cual torna injustificado el envío del expediente a esta corporación. De acuerdo con la acusación y la sentencia de segunda instancia, cuya corrección está revestida de una presunción de acierto y legalidad, el acusado fue investigado por participar de una red de tráfico de armas integrada por particulares, militares y ex militares que hurtaban armamento y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, para abastecer a frentes de las FARC, especialmente al bloque Comandante Jorge Briceño (cfr. fls. 2, 13-15 sent. 2ª inst.).

En segundo término, invocar por remisión normativa los arts. 314 y 316 del C.G.P., a fin de aplicar la figura del “desistimiento” de la amnistía, es errónea. Tal cláusula remisoria está condicionada, por una parte, a que el asunto carezca de regulación; por otra, a que la norma o normas aplicables se ajusten a los principios de la justicia transicional (art. 72 de la Ley 1922 de 2018). Sin embargo, para el asunto concernido, ninguno de tales requisitos se cumple.

En efecto, no es cierto que exista un vacío normativo en punto de la renuncia o desistimiento a la amnistía. A este respecto no existe ninguna laguna normativa, sino un

silencio elocuente de la ley, pues las razones expuestas en precedencia (num. 2.2 supra) conllevan a afirmar que no es dable renunciar a la amnistía, por ser su concesión una determinación general y abstracta -de orden público, además-, tomada en el ámbito legislativo, que si bien beneficia a personas determinadas, constituye una expresión estatal de renuncia a la persecución penal. Por ende, mal podría permitirse que la voluntad estatal de amnistiar, dejando de considerar punibles determinados delitos, se vea derogada por la voluntad particular.

Tal entendimiento puede verse constatado en la revisión de las normas del Código Penal referentes a la extinción de la acción penal. Allí no se encuentra norma que faculte al procesado a renunciar a la amnistía -que es causal de extinción de la acción penal (art. 82 C.P.)-. Y ello es así porque, se reitera, la conducta punible deja de reputarse como tal para no ser perseguida, lo cual se traduce en que es indiferente investigar si el procesado es inocente o culpable. En contraposición, hay otras figuras, como la prescripción (art. 85 ídem), que sí admiten renuncia, materializando la preponderancia de la presunción de inocencia sobre la imposibilidad de imponer una pena derivada de una sanción al Estado por no lograr oportunamente la declaración de responsabilidad penal.

Con todo, teniendo en consideración la naturaleza jurídica de la amnistía y sus efectos, en tanto expresión transicional de rendición de cuentas permitida para determinados delitos, con efectos de renuncia a la rendición de cuentas por la vía jurisdiccional penal, es claro que el “desistimiento” de pretensiones de naturaleza procesal civil es incompatible con los principios rectores de la justicia transicional.

Además, no puede pasarse por alto que, desde la perspectiva de la teoría general del proceso, el desistimiento es una manifestación del principio dispositivo, el cual es opuesto al principio de oficiosidad. De ahí que sea insostenible desistir de una actuación iniciada oficiosamente, como en el presente caso. Tratándose la amnistía de una determinación de orden público que, al margen de beneficiar a personas individualmente consideradas,

comporta una decisión política con impacto en el ejercicio público de la acción penal, no puede ser desconocida por los particulares. Menos, es admisible que el procesado desista de un acto que no promovió.

2.7 Desde luego, a la luz del art. 16 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, en consonancia con la sentencia C-674 de 2017, en relación con la comparecencia de terceros a la JEP rige el principio de voluntariedad. Así lo ha comprendido también esta Sala (CSJ AP875-2019, rad. 50.874), al sostener:

[E]l artículo transitorio 16 del AL 01/2017 establece que la comparecencia a la JEP para quienes no tienen la calidad de combatientes, es decir, los terceros que sin pertenecer a los grupos armados hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, es voluntaria:

Artículo transitorio 16°. Competencia sobre terceros. Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas de contribución a la verdad, reparación y no repetición.

En ese orden, solo los integrantes de las FARC-EP o acusados de serlo son comparecientes obligatorios a la JEP, por tratarse del grupo alzado en armas que como parte de la negociación con el Estado colombiano exigió, a cambio del desarme, la creación de un sistema especial de justicia con particularidades y especificidades que se identifiquen con el marco del conflicto armado.

En tanto que quienes no formen parte de la organización alzada en armas, pero hubieren contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto, son terceros cuyo sometimiento a la JEP es potestativo.

Sin embargo, la Sala ha de clarificar que ese entendimiento aplica a aquéllos terceros que, en estricto sentido, han de comparecer o someterse a la JEP en tanto componente jurisdiccional penal del proceso de rendición de cuentas. Por definición, el sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición es una estrategia global transicional que propende por la elaboración y superación del conflicto.

De ahí que se combinen mecanismos judiciales con otros extrajudiciales para cumplir con las diferentes finalidades que demanda la rendición de cuentas. Figuras como la Comisión de la Verdad, la amnistía, el indulto y las penas propias, alternativas y ordinarias, muestran diferentes niveles de contribución a las finalidades del proceso transicional.

En ese contexto, la Jurisdicción Especial para la Paz surge en respuesta a la necesidad de cumplir con el deber internacional de persecución penal de ciertas conductas que, por su gravedad, no pueden quedar en la impunidad; en esencia, crímenes de guerra y de lesa humanidad. Ese tipo de crímenes reclaman la investigación, el juzgamiento y la sanción de los responsables en el ámbito intra-estatal, so pena de activar la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional. Por fuera de esos crímenes, que constituyen graves violaciones a los derechos humanos, el Estado cuenta con plena autonomía y amplitud para aplicar medidas diferentes, al procesamiento penal, como la amnistía.

Precisamente, la JEP se justifica por la imposibilidad de superar el conflicto mediante el perdón y olvido que entraña la amnistía. Pero ello aplica, *stricto sensu*, para los crímenes en relación con los cuales rige el deber de persecución penal, no para los delitos políticos ni los conexos a éstos, de cuya persecución penal prescinde el Estado.

No puede pasarse por alto que, a fin de definir los sujetos de comparecencia obligatoria, la jurisprudencia constitucional entendió el sometimiento de los combatientes a la luz del Derecho Internacional Humanitario, bajo el principio de distinción con los miembros de la

población civil. Mas ello, desde luego, aplica para los crímenes de guerra -dado el contexto del conflicto armado- y, por extensión, para los de lesa humanidad -pues presuponen un ataque a la población civil-, no para delitos políticos ni conexos, en relación con los cuales, de un lado, no se presenta la figura de combatiente ni existe un ataque; de otro, el Estado tiene plena potestad para amnistiar a esos probables responsables.

La comparecencia a la JEP ha de aplicar, entonces, para quienes van a ser juzgados penalmente por un tribunal especial transicional, a condición de que reconozcan su participación en el conflicto y contribuyan a la consecución de los fines del sistema integral de verdad, justicia y reparación. Ese tratamiento especial, más benigno en lo punitivo, implica una manifestación de sometimiento, que naturalmente puede ser rechazada por quienes, afirmándose ajenos al conflicto, se rehúsan a aceptar la competencia del juez transicional, para ser juzgados por la Jurisdicción Ordinaria.

Pero esa lógica es inaplicable de cara a la amnistía, como quiera que la persona no va a ser juzgada, en la medida en que, ab initio, el Estado prescindió de ello en razón de una decisión política. De ahí que, en verdad, sobre quienes no pesa atribución de responsabilidad alguna por crímenes no amnistiables, sino que han sido investigados, juzgados o sancionados únicamente por delitos políticos o conexos, no es dable afirmar que, en estricto sentido, se someten a la JEP. No. En el fondo, las personas en esa situación no comparecen a esa jurisdicción, sino que se ven beneficiadas por la concesión legislativa de una amnistía, que ha de ser aplicada -aun oficiosamente- a través de una decisión judicial de preclusión o cesación de procedimiento.

Cuestión diferente es que, en virtud de la competencia preferente y excluyente de la JEP, apenas ésta entró en funcionamiento, los fiscales, jueces y magistrados pertenecientes a la Jurisdicción Ordinaria perdieron toda competencia para aplicar la extinción de la acción penal derivada de la amnistía, deber que por voluntad legislativa se le asignó a la Sala de Amnistía o Indulto.

2.8 Por último, no puede entenderse que, por exigírsele a los integrantes de las FARC la suscripción de un acta de compromiso de terminación del conflicto y no volver a utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal vigente, la aplicación de la amnistía deviene en una figura rogada. Como se indicó, el legislador no hace depender la extinción de la acción penal de una solicitud del beneficiario -si bien prevé esa opción-, pues en el art. 8° lit. a) num. 1° y 2° y lit. b) num. 1° del Decreto 277 de 2017 establece que la preclusión también procede de oficio.

Además, el art. 7° párrafo ídem señala que, en caso de que quien fuera a resultar beneficiario de la amnistía no se reconozca como integrante de las FARC, pero se encuentre en alguno de los supuestos previstos en los numerales 1, 3 y 48 del art. 6°, únicamente ha de comprometerse a no utilizar las armas para atacar el régimen constitucional y legal -no a terminar el conflicto, como se exige a los integrantes de las FARC-.

Sobre este último particular ha de resaltarse, en todo caso, que la mera manifestación de no haber colaborado con las FARC es insuficiente para dejar de aplicar la amnistía, como quiera que, tratándose de terceros, que no se someten a la JEP, sino que su colaboración con ese grupo armado ilegal es determinada judicialmente -como en el sub exámine a través de una sentencia condenatoria de segunda instancia-, de ninguna manera ha de prevalecer la simple negativa de haber colaborado, sino la decisión judicial revestida de presunción de acierto y legalidad.

En ese sentido, la Sala de Casación Penal recoge su precedente (CSJ AP875-2019, rad. 50.874), para precisar que, tratándose de delitos amnistiables de iure, el beneficiario de la amnistía no puede rehusarse a ésta, amparado en el principio de voluntariedad. En estricto sentido, este criterio rige la comparecencia a la JEP para ser juzgado, esto es, a fin de que sea en ésta jurisdicción que se emita un pronunciamiento de fondo sobre su responsabilidad penal. Mas si, como de antaño lo clarificó la Corte Suprema de Justicia, la amnistía finge

que los hechos no han ocurrido, dejando de reputar punible la conducta, mal podría sostenerse que su aplicación, a través del decreto de la extinción de la acción penal -por vía de preclusión o cesación de procedimiento-, comportaría un juzgamiento forzado del particular ante la Jurisdicción Especial para la Paz.

A diferencia del sometimiento y comparecencia para que el tercero sea juzgado por la JEP, a causa de una determinación personal que, ciertamente, compromete la presunción de inocencia, pues implica aceptar participación en el conflicto a fin de recibir los beneficios punitivos de la justicia transicional, la declaratoria de extinción de la acción penal en aplicación de la amnistía, por la Sala de Amnistía o Indulto de esa jurisdicción, no impacta en manera alguna ese derecho fundamental, en la medida en que el Estado deja de perseguir penalmente la conducta por no reputarla más punible, en las condiciones previstas en la concesión legal de la amnistía.

De ahí que tampoco pueda sostenerse con solidez que el “desistimiento” de la amnistía comporta una medida más favorable al procesado, pues la extinción de la acción penal en un supuesto de ausencia absoluta de interés en la persecución nunca puede reputarse perjudicial frente a la subsistencia de la posibilidad de que el procesado sea condenado, por continuidad de la acción penal. Y ese escenario es hipotético, pues, reiterase, la prescindencia de la acción penal por la vía de la amnistía es sustancial y no procesal, lo cual implica que la presunción de inocencia nunca se ve amenazada, dado que el Estado no considera punibles los delitos políticos ni conexos cobijados por la amnistía.

3. Con fundamento en las anteriores razones, la Sala rechaza la competencia para conocer de la actuación, planteando en consecuencia conflicto negativo de jurisdicción a la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP.

En mérito de lo expuesto, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

R E S U E L V E

Plantear conflicto de jurisdicción para conocer de la actuación seguida contra JOSÉ AMILCAR RIVAS PALMA, por las razones expuestas. En consecuencia, remitir el expediente a la Sala Plena de la Corte Constitucional, a fin de que dirima la controversia sobre la competencia.

CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 NTOUBANDI, Faustin. *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Leiden: Marinus Nijhoff, 2007, p. 10.

2 Cfr. NAQVI, Yasmin. *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*. The Hague: TMC Asser Press, 2010, p. 75.

3 MALLINDER, Louise. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*. Oxford

and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 5.

4 Laura M. Olson (2006). Provoking the dragon on the patio Matters of transitional justice: penal repression vs. amnesties. *International Review of the Red Cross*, 88, pp. 275-294 doi:10.1017/S181638310600052X

5 El término amnistía proviene del vocablo griego “amnestia” o “amnesis”, que significa olvido o pérdida de memoria. Cfr. NTOUBANDI, Faustin. *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law*, Leiden: Marinus Nijhoff, 2007, p. 9; MALLINDER, Louise. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 4;

6 Ibídem, p. 10.

7 VRIEZEN, Vera. *Amnesty justified? The need for a case by case approaching the interests of human rights*. Cambridge: Intersentia, 2012, pp. 18 y 27.

8 Num. 4º: “Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP”.