



COMUNICADO 45

Diciembre 1 de 2021

Sentencia C-422-21

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera y Gloria Stella Ortiz Delgado

Expediente: D-14169

Norma acusada: párrafo segundo (parcial) y tercero del artículo 83 del Código Penal.

POR CONSIDERAR QUE SE TRATA DE UNA EXCEPCIÓN VÁLIDA A LA GARANTÍA DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL, LA CORTE DECLARÓ LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS APARTADOS NORMATIVOS DEL ARTÍCULO 83 DEL CÓDIGO PENAL QUE ESTABLECEN LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL RESPECTO DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD, GENOCIDIO Y CRÍMENES DE GUERRA; DEL DELITO DE INCESTO Y DE AQUELLOS QUE ATENTAN CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES DE LOS MENORES

1. Norma demandada

Ley 2098 de 2021

Por medio de la cual se reglamenta la prisión perpetua revisable y se reforma el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) y se dictan otras disposiciones, Ley Gilma Jiménez.

ARTÍCULO 8o. Modifíquese el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista, desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución

permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. **La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible.**

Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del incesto o del homicidio agravado del artículo 103A del Código Penal, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la acción penal será imprescriptible.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

2. Decisión

PRIMERO.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, la expresión «[l]a acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible», contenida en el párrafo segundo del artículo 8 de la Ley 2098 de 2021 «[p]or medio de la cual se reglamenta la prisión perpetua revisable y se reforma el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) y se dictan otras disposiciones, Ley Gilma Jiménez».

SEGUNDO.- Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones «[c]uando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del incesto» y «cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la acción penal será imprescriptible», contenidas en el párrafo tercero del artículo 8 de la Ley 2098 de 2021, «[p]or medio de la cual se reglamenta la prisión perpetua revisable y se reforma el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Penal (Ley 906 de 2004), el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) y se dictan otras disposiciones, Ley Gilma Jiménez».

3. Síntesis de los fundamentos

El ciudadano Andrés Mateo Sánchez Molina interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra de las expresiones «[l]a acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad, y crímenes de guerra será imprescriptible» y «[l]a acción penal será imprescriptible», contenidas, respectivamente, en los párrafos segundo y tercero del artículo 83 del Código Penal. En opinión del actor, estas normas vulneran la prohibición de imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad (artículo 28 superior), que sería extensible a la prescripción de la acción penal. Por esta razón, solicitó a la Corte declarar la exequibilidad condicionada del aparte demandado del párrafo segundo del artículo 83 —en el sentido de que la aludida imprescriptibilidad de la acción penal únicamente sería aplicable en los procesos conocidos por la Corte Penal Internacional— y la inexecuibilidad simple del párrafo tercero del artículo 83 de la Ley 599 de 2000. La demanda fue dirigida contra el artículo primero de la Ley 2081 de 2021, disposición que modificó el artículo 83 del Código Penal.

De manera preliminar, la Corte analizó la vigencia de la disposición acusada y encontró que el artículo primero de la Ley 2081 de 2021 perdió su vigencia, como consecuencia de la subrogación dispuesta en el artículo octavo de la Ley 2098 de 2021.

En todo caso, con base en la jurisprudencia pertinente, la Corte concluyó que la norma subrogatoria podía ser objeto de control de constitucionalidad, en la medida en que reproduce casi la totalidad de la norma subrogada, por lo que los cargos de inconstitucionalidad planteados originalmente resultaban igualmente oponibles en su contra. Empero, la Corte excluyó el apartado «o del homicidio agravado del artículo 103A del Código Penal», que forma parte del artículo octavo de la Ley 2098 de 2021. Dicho enunciado extiende la regla de imprescriptibilidad de la acción penal a un delito que no se encontraba previsto en el artículo primero de la Ley 2081 de 2021. En atención a que tal delito ampara un bien jurídico diferente al que encontraba desarrollo en la norma subrogada, y dado que las demandas no plantearon en su contra ningún cargo de inconstitucionalidad, la Sala Plena se abstuvo de integrar la unidad normativa con el enunciado en cuestión.

Posteriormente, la Sala Plena analizó la aptitud sustancial de los cargos formulados en contra del artículo 83 del Código Penal. Al respecto, concluyó que tales cargos satisfacían los requisitos establecidos para la realización del juicio de

constitucionalidad. De igual manera, concluyó que, respecto de la acusación planteada por el accionante contra el enunciado «[l]a acción penal será imprescriptible», era menester integrar la unidad normativa con la totalidad del párrafo tercero del artículo en cuestión. Aclaradas estas cuestiones preliminares, la Sala Plena procedió a analizar el problema jurídico de fondo.

A fin de resolver la controversia planteada, la Corte abordó los siguientes temas: i) el derecho a la libertad personal, la prohibición de imprescriptibilidad de la acción penal y sus excepciones; ii) la prescripción en materia penal: diferencia entre la prescripción de la acción y de la pena; iii) los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra: caracterización y análisis de la imprescriptibilidad de la acción penal; iv) la seguridad jurídica como elemento del derecho al debido proceso; v) la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA), las implicaciones de su interés superior y su protección contra toda forma de violencia; y vi) la protección constitucional a los menores que son víctimas de delitos sexuales. Con fundamento en estas consideraciones, resolvió el caso concreto planteado en las demandas.

La Sala Plena hizo énfasis en la diferencia que, a partir del año 2002, reconoce la Corte entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. Indicó que la primera recae sobre las actividades de persecución y juzgamiento de la conducta ilícita, mientras que la segunda hace referencia a la pérdida de la potestad de hacer efectiva la sanción impuesta al condenado. A partir de esa precisión, estableció que, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte, la prohibición de imprescriptibilidad de las penas i) sólo aplica respecto de las sanciones; y ii) es una prohibición que no admite excepciones de ningún tipo. Sin embargo la prohibición de prescripción de la acción penal puede ser permitida de manera excepcional dado el valor constitucional de ciertos bienes jurídicos.

Por otra parte, se ocupó de la garantía de un juicio sin dilaciones injustificadas y concluyó que esta se predica de las etapas o actuaciones del proceso penal y el cumplimiento de los plazos de carácter perentorio previstos en la ley para adelantarlas, incluida la ejecución de la pena. No obstante, este postulado no es absoluto y puede ser susceptible de ponderación cuando entra en tensión con los intereses constitucionales de gran relevancia o con los derechos de las víctimas que las normas penales pretenden proteger.

Posteriormente, se refirió al principio de seguridad jurídica y precisó que en el ámbito penal se ha establecido que la prescripción de la acción penal lleva a que el Estado cese su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la ley. El artículo 83 de la Ley 599 de 2000 establece el término de

extinción de la acción penal, mientras que el artículo 84 de la misma normativa señala el momento a partir del cual empieza a contarse dicho término.

De igual manera, la Sala Plena indicó que, en el caso particular de los NNA, el control constitucional de este tipo de disposiciones penales debe considerar como elemento preponderante el interés superior del menor de edad, su consecuente criterio hermenéutico (principio *pro infans*) y su inexorable aplicación en caso de conflicto con otros principios para materializar los derechos de los NNA como víctimas en el marco del proceso penal.

A fin de establecer la constitucionalidad de los enunciados demandados, la Sala Plena aplicó un juicio estricto de proporcionalidad. La elección de dicho escrutinio se basó en que se analiza la posible limitación al artículo 28 superior que implica restricciones a derechos de sujetos que eventualmente se verán inmersos en un proceso penal.

En cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, la Sala Plena determinó que dicho arreglo supera el test estricto de proporcionalidad. Para arribar a dicha conclusión, la Corte advirtió, en primer lugar, que la medida persigue el cumplimiento de fines «constitucionalmente imperiosos». Tales cometidos son la satisfacción de los derechos a la verdad a la justicia y a la reparación de las víctimas; la superación de las dificultades probatorias que implica la investigación y el juzgamiento de estos delitos; y la contribución al cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos en materia de derechos humanos y DIH. En segundo término, la imprescriptibilidad de la acción penal frente a los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra no se encuentra en sí misma prohibida por la Carta. En tercer lugar, la medida es «necesaria», pues no existen otros medios menos lesivos que conduzcan al cumplimiento de los fines que se procuran. Al respecto, al Sala advirtió que la imprescriptibilidad de la acción penal es el único medio que permite que pueda surtir un proceso penal en contra de los responsables de estos delitos. Por último, concluyó que la medida es «proporcional en sentido estricto», por cuanto los beneficios que aquella ofrece exceden las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales. Sobre el particular, la Sala señaló que la imprescriptibilidad de la acción penal en estos casos conduce a una realización intensa de los fines constitucionales que se persigue; igualmente, implica una restricción leve de otros derechos, pues, con arreglo a la jurisprudencia constitucional aplicable, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal, el término de prescripción de la acción penal empieza a contar, únicamente respecto de la persona investigada, una vez esta es debidamente vinculada al proceso penal. Así pues, no se sacrifica el derecho «a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas» (art. 29 superior).

En lo que se refiere a la regla de la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales de los NNA, la Sala Plena concluyó que dicha medida también supera las exigencias del juicio estricto de proporcionalidad. En primer lugar, el objetivo de la medida es imperioso. Tal propósito consiste en proteger los derechos de los NNA que son víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, el delito de incesto, así como amparar a las víctimas sobrevivientes y a la sociedad. Con base en claros e indiscutidos dictados constitucionales, la Corte concluyó que el fin perseguido por la norma no sólo es legítimo e importante, sino que es imperioso, pues la Carta así lo indica cuando fija el marco normativo de protección a los NNA y la preponderancia de sus derechos. En segundo lugar, la imprescriptibilidad de la acción penal frente a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto no se encuentra en sí misma prohibida por la Carta, como se desprende de su literalidad. En tercer término, es una medida necesaria, pues permite contar con tiempo suficiente para adelantar las investigaciones y para que las víctimas puedan hacer las denuncias correspondientes sin estar sometidas a la presión del tiempo. Adicionalmente, es la posibilidad menos restrictiva de otros derechos o principios constitucionales porque cualquier tiempo menor es menos conducente y el derecho comparado indica que esta medida se ha considerado admisible por distintos entes autorizados en materia de derechos humanos, lo que refuerza que se trata de una opción que no es excesivamente restrictiva, sumado al análisis de otras alternativas que no logran igual conducencia. Finalmente, la Sala Plena manifestó que la medida supera el estudio de proporcionalidad en sentido estricto, pues la satisfacción de derechos y principios constitucionales que otorga la medida es superior a la restricción que puede presentarse en los derechos del investigado.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los magistrados **ALBERTO ROJAS RÍOS, JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Y ALEJANDRO LINARES CANTILLO** salvaron el voto, mientras que el magistrado **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR** se reservó la posibilidad de aclarar su voto.

Los Magistrados **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS y ALEJANDRO LINARES CANTILLO** salvaron su voto con fundamento en tres argumentos. En primer lugar, señalaron que la imprescriptibilidad de las acciones penales establecidas por las normas objeto de control en estos procesos es una expresión más de una política criminal basada en el populismo punitivo y que desatiende las causas reales de los problemas que busca conjurar. Al respecto, resaltaron que este tipo política

criminal se caracteriza por introducir elementos autoritarios que erosionan el valor democrático de la Constitución y que responden a un interés mediático y electoral que consiste en mostrar preocupación frente a temas de gran impacto en la opinión pública. Subrayaron que estas medidas hacen juego a un sistema disfuncional, pues generan en las víctimas y en la sociedad la expectativa de sanción de los responsables de conductas punibles sin que esto suponga, no obstante, brindarle a la administración de justicia los medios necesarios para cumplir con tal propósito; como aquellos requeridos para fortalecer los aparatos de investigación criminal, tecnificar la investigación judicial y aumentar el número de jueces y fiscales, entre otras. Añadieron que si la imprescriptibilidad de estas conductas se ha establecido en otras latitudes, es precisamente porque existe una innegable extensión de fenómenos populistas y de diversas formas de erosión democrática que han recurrido al derecho penal como una herramienta para responder en forma simbólica, pero sin impacto real, a problemas graves que preocupan a las sociedades contemporáneas.

En segundo lugar, los magistrados disidentes llamaron la atención sobre las razones que fundamentan la institución de la prescripción de la acción penal en un sistema jurídico. Sobre el particular, subrayaron que, aunque tradicionalmente esta institución se asocia con la preservación del principio de seguridad jurídica y la correcta administración de justicia, existe una tesis que se abre camino en la doctrina más reciente, propuesta por el jurista alemán Martin Asholt que agrega a estos motivos un fundamento que amerita una reflexión más profunda. De acuerdo con el autor en mención, la prescripción es una herramienta de selección del pasado jurídicamente pertinente, cuyo fundamento radica en la pérdida de relevancia del injusto concreto para el sistema penal producto del paso del tiempo. En efecto, en sus palabras, el paso del tiempo reduce progresivamente la relevancia de la relación jurídica que surge entre el Estado y el autor del delito, sin que ello afecte, no obstante, la vigencia de la norma que lo consagra ni la antijuridicidad del hecho concreto. La prescripción es, desde este punto de vista, una institución necesaria por cuanto permite delimitar el horizonte retrospectivo, declarando la irrelevancia de sucesos pasados para efectos de su imputación, lo cual permite fijar la extensión del presente del sistema penal. De acuerdo con esta tesis, el término de prescripción de la acción debe ser aquel en el cual ese injusto concreto, pese a su gravedad, pierde relevancia porque, por ejemplo, se ha operado un cambio generacional en la sociedad. Una vez esto sucede, resulta contrario a la dignidad humana imponer un castigo frente a hechos que, en adelante, solo tendrán relevancia para la historia. Por las mismas razones, esta postura admite que frente a ciertos delitos, como los crímenes de lesa humanidad, la prescripción no puede operar por cuanto la herida creada no se cierra, a pesar del paso del tiempo.

En tercer lugar, el disenso manifestado estriba en la insuficiencia de las razones expuestas para justificar la imprescriptibilidad establecida por las normas objeto de control de constitucionalidad en estos casos. Al respecto, señalaron los magistrados que se ha acudido a argumentos relativos a la imposibilidad de denuncia por parte de las víctimas, a la importancia de que estas conserven su confianza en la justicia a pesar del paso del tiempo y a la gravedad de los delitos que ponen en cuestión el interés superior de los menores. Frente a lo primero, se destacó que los principales obstáculos que dificultan la denuncia de este tipo de delitos no están relacionados con el paso del tiempo, sino con la desinformación, el desconocimiento, cuando no la inexistencia de rutas y mecanismos adecuados para atender a las víctimas, considerar su situación de vulnerabilidad y evitar su revictimización. De esta manera, la imprescriptibilidad es un remedio impertinente, inocuo e innecesario. Añadió que el término de prescripción establecido por las normas penales recientemente derogadas, constituían un término razonable. En cuanto a lo segundo, subrayó que la imprescriptibilidad de la acción penal no es una medida que permita proteger adecuadamente a los menores pues no garantiza una menor impunidad, no aporta los correctivos necesarios frente a las deficiencias institucionales que impiden investigar debidamente estos delitos, ni atiende a sus causas estructurales mediante el diseño e implementación de políticas públicas serias, coherentes e integrales de protección de los menores. Agregó que si lo que se pretende es, en efecto, procurar el restablecimiento de las víctimas, existen medidas terapéuticas de atención que permiten cumplir con tal propósito en mejor medida que aquellas consistentes en brindarles una expectativa completamente incierta de castigo del responsable. Adicionalmente –y de cara al interés preponderante dado al principio *pro infans*—esto puede llevar a concluir que unas personas tengan más derechos que otras, en virtud de la conducta cometida. En el fondo, lo que se indica es que las personas que presuntamente cometan estos actos tendrían materialmente menos derechos.

En esta dirección, comparten con el proyecto que el sistema de derecho punitivo en un Estado Social y Democrático de Derecho se asienta en el principio de la dignidad humana, pero consideran que, en este caso, ello implica no relativizar los derechos de ninguna persona, más aún cuando -como se verá- la medida que se juzga es innecesaria y desproporcionada. Por ello, no necesariamente se comparten los postulados del proyecto, no obstante que se considere acertado el enfoque que privilegia el tiempo que requieren las víctimas para interiorizar este tipo de violencias y, en ciertos casos, denunciarlos.

En desarrollo del mismo argumento, afirmaron que, en cambio, la imprescriptibilidad afecta los criterios de igualdad que debe contener una política criminal seria y coherente en el Estado de Derecho. Señalaron que no se

entiende cómo un delito sexual contra un menor no prescribe y sí lo hace un concurso de homicidios respecto del cual se aplica una pena de 60 años de prisión. Esta decisión legislativa –dicen– encubre una notoria arbitrariedad y una incursión en un exceso prohibido que no encuentra justificación constitucional alguna y que podría extenderse a otras conductas consideradas igualmente graves, como los delitos contra las mujeres, la violencia intrafamiliar los delitos ambientales, y muy seguramente en un futuro muy próximo, la corrupción, con lo cual por ejemplo, la imprescriptibilidad será un arma a la mano para buscar que contradictores políticos incómodos sean judicializados por hechos que le puedan imputar de hace –i.e.– cuatro décadas cuando era concejal de algún lejano municipio. Todo ello bajo el mismo propósito simbólico y populista, pero sin atacar las verdaderas causas de estos delitos.

Aseveraron que la eliminación del término de prescripción difumina el alcance de una verdad respetuosa del sentido constitucional que construye el debido proceso, poniendo en serio riesgo la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho a una sentencia justa, debido a la enorme posibilidad de un error judicial derivado del efecto nocivo del tiempo sobre las pruebas necesarias para adelantar una investigación respetuosa de las garantías procesales frente a estos delitos. Además, consideraron que la medida es innecesaria en cuanto es evidente que el alcance del hallazgo del responsable del delito se logra a partir del afinamiento de las medidas de investigación y juzgamiento y no de la ampliación de plazos. En tal sentido, resaltaron que la aplicación de un test estricto no deja duda respecto del carácter innecesario de la imprescriptibilidad y, por ende, de su inconstitucionalidad.

Finalmente, tras saludar y agradecer el trabajo de las magistradas ponentes, llamaron la atención sobre la importancia de pensar en políticas criminales serias, que se avengan con la realidad de un país que no tiene la estructura institucional suficiente para investigar estos delitos ni para asegurar condiciones de reclusión dignas a los condenados y que, a través de medidas como la imprescriptibilidad, manifiesta su falta de decisión para proteger en debida forma los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de políticas públicas sociales eficaces que preserven los principios del derecho penal liberal respecto de los cuales manifestó su convicción.

El Magistrado **ALBERTO ROJAS RIOS** salvó su voto con fundamento en los siguientes argumentos. No debió haber pronunciamiento de mérito en el proceso correspondiente al expediente D-14169 a cargo de la Magistrada Paola Andrea Meneses. Esto en tanto éste tuvo como punto de partida una demanda que no configuró adecuadamente un cargo de inconstitucionalidad, por lo cual en el caso en cuestión procedía un pronunciamiento inhibitorio por ineptitud

sustantiva de la demanda. Esto, en tanto el demandante invocó como precepto infringido el artículo 28 de la Constitución sin construir adecuadamente el parámetro de control, dado que la garantía de la prescripción de la acción penal se encuentra consagrada en el artículo 29 de la Constitución.

Ahora bien como quiera que la mayoría decidió que sí había lugar a pronunciamiento de mérito manifestó su desacuerdo con la decisión de la sentencia por las siguientes razones.

En primer lugar, en sintonía con las apreciaciones de las otras voces disidentes, reconoce en las normas que proponen imprescriptibilidad de los delitos, un trasfondo de *proselitismo penal*. Esta práctica es tan común en el derecho penal colombiano que exhibe ya unas características propias que permiten su identificación. En su opinión, la promulgación de estas normas tiene un efecto perverso, *antitécnico* e irresponsable con toda la sociedad. Es perverso porque aparenta ser resultado de un profundo descontento social, de una marcada indignación de la ciudadanía y las instituciones y de una intensa reflexión por parte del legislador y demás autoridades involucradas. Su carácter aparente radica en que en efecto existe frente a ciertos delitos descontento, indignación y frustración, pero estos sentimientos nunca se dirigen contra la ausencia de regulaciones en general o contra la ausencia de penas más estrictas. Estos sentimientos se dirigen siempre en primera instancia contra las acciones de las autoridades encargadas de aplicar normas y sanciones. Las críticas producto de la profunda indignación surgida de la comisión reiterada de algunos delitos tiene como incontestable destino la fuerza policial investigativa, la Fiscalía General de la Nación, el sistema de enjuiciamiento penal y las autoridades encargadas de la protección de sujetos especialmente vulnerables. Difícilmente se encontrará en estos contextos una movilización social significativa en contra de las normas, pero sí una elocuente y reveladora crítica y oposición a las autoridades involucradas de las que se reclama eficacia, celeridad y contundencia institucional en sus acciones. Por ello es ficticia la reacción del legislador a estas situaciones mediante el establecimiento de reformas normativas, que además en juego directo con las emociones ciudadanas, se presentan como épicas, de manera irresponsable. Como “polvo bajo la alfombra” quedan los retos institucionales verdaderos en cuanto al diseño de una política criminal seria y coherente y en cuanto a medidas que hagan efectiva la acción institucional.

Estas discusiones se echan de menos en situaciones que bien se han denominado de populismo penal, pues lo que se busca es el impacto certero en la ciudadanía. Por ello no se rinden cuantas a la sociedad sobre qué acontece en los escenarios institucionales en los que sí sería posible anclar un punto de partida para una solución estructural a la impunidad, a la falta de eficacia

judicial y la proliferación de escenarios sociales que reproducen la vulnerabilidad. Porque rendir cuentas en este aspecto no tendría impacto, o tendría uno muy negativo para el gobierno y el parlamento de turno. Por ejemplo cuando se eligen los funcionarios de mas alto nivel competentes para el diseño e implementación de la política criminal en Colombia, o cuando se designa presupuesto y diseñan planes para la atención a la población mas vulnerable o cuando se busca equilibrar cargas entre las tareas institucionales y los problemas sociales a atender por parte de la administración de justicia, de policía y penitenciaria y de las autoridades encargadas de políticas de seguridad y prevención. En todos estos escenarios, de un lado la preocupación genuina por impactar con una solución radical a estos problemas desaparece, los intereses en debate son otros; y de otro lado la omisión de tramitar soluciones por estas vías, que son las de una sociedad democrática, tampoco se revela a la ciudadanía, y simplemente se decide que la solución a la proliferación e impunidad de ciertos delitos es lacerar componentes esenciales del Estado de derecho. Y no se revela porque se quiere hacer creer falsamente a la población que se está abriendo valiente y patrióticamente un camino cierto de solución. Esta es una actitud propia del escenario electoral: producir impacto, hacer creer que se tiene la fórmula que aclara el panorama y permite entender en todas sus dimensiones las problemáticas sociales.

En opinión del Magistrado Rojas, lo anterior configura el conjunto de principios bajo los cuales se hace una campaña electoral y no bajo los que se diseña una política criminal de conformidad con los principios constitucionales. Sobre este punto concluye que la Corte Constitucional más que cualquier otra institución debe alejarse de semejante práctica que confunde la atmósfera electoral con la promoción y respeto de los derechos fundamentales y de los pilares del Estado constitucional.

En segundo lugar, afirma que el proyecto no da cuenta de la razón de ser de la imprescriptibilidad. Confunde las complicaciones que tiene la investigación y enjuiciamiento de conductas punibles especialmente complejas con la gravedad y elevada entidad moral de otras que en el Derecho Penal Internacional (DPI) han justificado la imprescriptibilidad. Los argumentos avalados por la mayoría estiman que ciertos delitos contra menores tienen tal gravedad y entidad moral en un Estado derecho que se justifica que sean imprescriptibles. Las razones en que se sustenta esto consisten en que son conductas que no se suelen denunciar a tiempo, que las víctimas requieren tiempo para tomar la difícil decisión de actuar en un proceso penal, que los victimarios suelen ser cercanos lo que dificulta los procesos de decisión interna de las víctimas, que los traumas generados a las víctimas suelen transformarse en exigencia de justicia mucho tiempo después y otras circunstancias que sin duda

reflejan un aspecto certero de estos delitos. Pero a su juicio, estas complicaciones que podrían predicarse de casi todos los delitos que revisten gravedad, no atienden el fundamento de la imprescriptibilidad de la que se tiene referencia en el derecho colombiano y cuya noción corresponde a la incorporada con la ratificación del Estatuto de Roma (ER). En efecto desde el referente mencionado, no se trata de cualquier gravedad sino de aquella que involucra la necesidad de alterar los principios jurisdiccionales nacionales, aquella que crea jurisdicciones concurrentes, aquella que se respalda en la construcción de un sistema global de enjuiciamiento penal que es capaz de justificar competencia universal sobre los crímenes imprescriptibles.

Insiste en que en este último aspecto hay una confusión estructural en el proyecto, y por ello comparte con algunos de los Magistrados disidentes la conclusión según la cual la medida es inadecuada para los fines que busca porque el criterio de gravedad que la sustenta no es el criterio de gravedad que justifica la imprescriptibilidad que se usa como referente en nuestro derecho, que es la del DPI. Esto lleva a dos incongruencias mayores: de un lado como lo afirman quienes también salvaron el voto, esto abre la puerta para que en el futuro cualquier delito al cual sea posible adjudicarle gravedad y entidad moral suficiente en relación con sus consecuencias, pueda ser declarado imprescriptible. Esto resulta profundamente lesivo para el Estado de derecho pues se potencializa la utilización del derecho penal como arma política. Y de otro lado, como la perspectiva es errada, no responde a cuestiones determinantes en materia de imprescriptibilidad, ya que parece aplicar esta noción tal como la entiende el DPI (si no fuera así no utilizaría como fundamentación la gravedad y entidad moral de las conductas acusadas para justificar que no prescriban) sin encargarse de responder cómo afecta esta imprescriptibilidad todas las etapas del proceso: qué pasa si se incumple el término para presentar la acusación o para realizar el juicio o el término para dictar sentencia o el término para resolver recurso contra sentencia absolutoria; acaso se precluye o se archiva? Es decir se deben adoptar medidas procesales que son completamente contrarias al carácter imprescriptible (precluir y archivar) o se debe seguir adelante pese a los términos incumplidos pues ya no son aplicables porque el delito es imprescriptible?

En tercer lugar, sostiene que se desconocieron los fundamentos esenciales del Estado de derecho que han sostenido la incidencia del paso del tiempo en la obligación del Estado de ejercer el *ius puniendi*. La demostración de que la gravedad y entidad moral de las conductas demandadas, no es suficiente para justificar su imprescriptibilidad a la luz del derecho al debido proceso y la obligación del Estado de poner límite temporal a su competencia de poder punitivo contra los ciudadanos. Esto se sustenta de un lado en lo afirmado arriba

acerca de su incidencia procesal desproporcionada, y de otro en que la razón de ser de los términos de prescripción está en buena parte fundamentada en la dignidad de las personas. Los ciudadanos tienen un derecho sólidamente cimentado en las normas constitucionales a no ser potenciales investigados o eternamente acusados o enjuiciados penalmente sin la certeza de cómo tramitar dicha condición a través del paso del tiempo. No bastan las garantías de actuación en el proceso, hace falta que el ciudadano tenga el poder frente al Estado de proyectar en el tiempo el finiquito a su condición de sujeto procesal. Lo contrario es tan indigno y cosifica de tal manera al ser humano, que está al nivel de la gravedad de los delitos que se estudian. Por ello la alternativa de dar cuenta de la gravedad de estos delitos era buscar otras posibilidades para gestionarla, sin quitarle la dignidad a unos para otorgársela a otros.

Por el contrario, una interpretación razonable de los preceptos acusados conduce a que la imprescriptibilidad de la acción penal no garantiza una menor impunidad, tampoco atiende a sus causas estructurales, ni mucho menos aporta los correctivos necesarios frente a las deficiencias institucionales que impiden investigar debidamente los delitos. Sobre este aspecto cabe citar la doctrina que sostiene desde una perspectiva constitucional¹, que el fin primordial de la pena privativa de la libertad menos que el castigo, es la resocialización de la persona condenada, pues solo si se reconoce que la persona condenada algún día puede retomar su vida en sociedad, es posible la modificación de su conducta y el desarrollo de su autonomía y su libre determinación. A la luz de una comprensión restaurativa como esa, la prescripción constituye un fenómeno que hace parte de una de las mayores conquistas de la humanidad, como lo es el debido proceso y que en este caso se manifiesta en delimitar un horizonte aplicativo de la pena en el tiempo y, a partir de ello determinar la irrelevancia de conductas, que a pesar de su gravedad, pierden relevancia material, por lo que al ser investigadas y juzgadas sólo tendrían un alcance de tipo simbólico, ya sea porque la sociedad las ha olvidado o es necesario cicatrizar las heridas que ha dejado la comisión de tales conductas y, por esa vía, alcanzar la paz. Bajo esta perspectiva este juicio no resiste un test estricto de proporcionalidad.

En cuarto lugar, disiente del hecho de que no se dejen claras las consecuencias reales que en materia procesal sugieren las normas que se declaran exequibles. Los fundamentos expuestos en la sentencia destacan enfáticamente que las etapas procesales distintas a la investigación no se tocan, y lo hacen como apoyo a la conclusión de que las consecuencias de la imprescriptibilidad no son desproporcionadas de manera extrema. Si la sentencia asume que la

¹ Waldman, E. (2007) 'Restorative Justice and the Pre-Conditions for Grace: Taking Victims' Needs Seriously', *Cardozo Journal of Conflict Resolution*.

imprescriptibilidad solo se refiere a la posibilidad de iniciar la investigación en cualquier momento (sin límite de tiempo), entonces no toma como referente la imprescriptibilidad propia del DPI que es la que se justifica por la gravedad de las conductas (y esto sugiere incongruencia en la estructura argumentativa), sino su referente sería la imprescriptibilidad entendida en los términos de la jurisprudencia sobre el delito de desaparición forzada que se refiere no propiamente a la imprescriptibilidad total sino a ella junto con la alternativa de la prescripción más amplia, que en efecto en este caso (desaparición forzada) se ha entendido como imprescriptibilidad hasta la formalización de la investigación después de lo cual sí se aplican términos de prescripción (C-580 de 2002 y C-620 de 2001). Sostiene que esto no es claro en la sentencia, pues al parecer se aplica esta última interpretación, caso en cual la exequibilidad declarada frente a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, modificaría el alcance -sin justificación alguna- de la imprescriptibilidad incorporada por el ER². E igualmente si ese no fuera el caso entonces sigue faltando la respuesta a cómo manejar después de la investigación los términos procesales en un delito de carácter imprescriptible, y ello es lo que sugiere profundas contradicciones con los pilares del Estado de derecho. Agrega que esta confusión es otra de las demostraciones de que el sustento de este tipo de normas obedece más a razones de impacto y manejo político que a rigor jurídico en materia de derechos constitucionales.

El Magistrado ROJAS RIOS reitera su salvamento de voto en la decisión correspondiente a los procesos D-14138 y D-14140, que resuelven estarse a lo resuelto en la sentencia correspondiente al expediente D-14169, en relación con los delitos sexuales y el homicidio calificado contra menores de edad .

² Afectos de declarar la exequibilidad de las normas demandadas, es necesario precisar en relación con el Acto Legislativo 02 de 2001, en virtud del cual Colombia ratificó su adhesión al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que, si bien dicho acto reformativo de la Constitución determinó la imprescriptibilidad de los crímenes de conocimiento de la Corte Penal Internacional, tal medida solo rige en relación con la competencia de dicho tribunal internacional, por lo que su aplicación no resulta viable en el orden interno.