

CRÍTICA A LA DECLARATORIA DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD EN COLOMBIA*

*Diego Fernando Álvarez Ariza***
*Yuly Carolina Chaparro Beltrán****
*Felipe Jiménez Guacaneme*****

Resumen: El artículo pretende discutir críticamente las razones que motivaron la declaratoria de exequibilidad, por parte de la Corte Constitucional

* Fecha de recepción: 26 de mayo de 2023. Fecha de aceptación: 1.º de diciembre de 2023. Para citar el artículo: Álvarez Ariza, Diego Fernando; Chaparro Beltrán, Yuly Carolina y Jiménez Guacaneme, Felipe, “Crítica a la declaratoria de imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores de edad en Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, n.º 119 (julio-diciembre de 2024), pp. 73-107.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n119.05>

** Abogado y filólogo de la Universidad Nacional de Colombia y candidato a magíster en Derecho con profundización en derecho penal de la misma universidad. ORCID: 0009-0006-1759-4054. Correo electrónico: difalvarezar@unal.edu.co.

*** Abogada de la Universidad Nacional de Colombia y candidata a magíster en Derecho con profundización en derecho penal de la misma universidad. ORCID: 0000-0002-9830-5595. Correo electrónico: ychapparrob@unal.edu.co.

**** Abogado de la Universidad del Rosario y candidato a magíster en Derecho con profundización en derecho penal de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: 0009-0000-2618-2736. Correo electrónico: fjimenezg@unal.edu.co.

de Colombia, de la norma que introdujo la imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en contra de personas menores de edad. Tal discusión tendrá como criterio de análisis los fundamentos generales de la figura de la prescripción de la acción penal, una caracterización del fenómeno denominado populismo punitivo en Colombia en relación con los delitos sexuales contra menores de edad, así como los mandatos del bloque de constitucionalidad.

Palabras clave: delitos sexuales, menores de edad, imprescriptibilidad, populismo punitivo.

CRITIQUE OF THE IMPRESCRIPTIBILITY OF THE CRIMINAL ACTION IN SEXUAL OFFENSES AGAINST MINORS IN COLOMBIA

Abstract: The article intends to critically discuss the reasons that motivated the declaration of enforceability, by the Constitutional Court of Colombia, of the imprescriptibility of crimes against freedom, integrity and sexual formation, or the crime of incest, committed against minors. Such discussion will have, as criteria of analysis: (1) the general foundations of the figure of the statute of limitations of criminal action, (2) a characterization of punitive populism in Colombia regarding sexual offenses against minors, and (3) the mandates of the “constitutionality block”, as well.

Keywords: sexual offenses, minors, statute of limitations, punitive populism.

INTRODUCCIÓN

Si hay alguna institución del derecho moderno que resulta indiscutible, o particularmente distintiva de él, es la prescripción. Múltiples fundamentos o motivos se han expuesto tanto en lo civil como en lo penal; sin embargo, en el ámbito de los delitos y las penas, tal figura jurídica es, o por lo menos debería ser, inherente a cualquier Estado que se repunte de derecho. Algunas razones primigenias de tal mandato jurídico han sido la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica y la garantía a los ciudadanos de no tener que convivir con la zozobra de que el ejercicio punitivo del Estado sobrevenga de forma caprichosa o política.

De hecho, la conocida excepción a la regla de prescripción de la acción penal la constituyen aquellos escenarios en que precisamente las bases mismas del Estado de derecho se fracturan de tal forma que solo el paso indeterminado del tiempo permite reinstalar eventualmente el legítimo ejercicio del *ius puniendi*. Es así como delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra merecen universalmente tal tratamiento excepcional.

Pese a lo anterior, ha hecho carrera en el derecho penal, particularmente en lo relativo al proceso, la idea de la expansión de los derechos de las víctimas de delitos como plataforma legitimadora del incremento desbordado del poder del Estado para investigar, procesar y castigar a los presuntos responsables. En Colombia tal situación se ha visto con más incidencia en la regulación de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Dicha expansión ha tenido la supuesta empresa de proteger los derechos de libertad y formación sexuales de los menores por la vía reactiva de la sanción penal que, con la expedición de la Ley 2081 de 2021, alcanzó el extremo de declarar que “cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años, la acción penal será imprescriptible”.

Aun cuando esta nueva excepción a la prohibición de la imprescriptibilidad de la acción penal parezca el resultado de un ejercicio legislativo exótico, lo cierto es que dicha medida “protectora” del interés superior de los niños, niñas y adolescentes se ha difundido, no sin cierta oposición, en algunos países latinoamericanos como Ecuador, Perú y Chile. Como sustento de tal estrategia de política criminal, se han izado las banderas de la Convención de los Derechos del Niño y los principios relativos al interés superior, acompañados por algunas opiniones de organismos internacionales de la región.

Para los efectos de la problemática local sobre el particular que se abordará a continuación, los autores estimamos que el lugar que más atención merece en el campo del derecho penal colombiano no es el del consabido populismo punitivo de los órganos legisladores. Como se reseñará durante el desarrollo del presente texto, exige más atención la introducción por parte de la Corte Constitucional de un nuevo criterio de necesidad en la excepción a la prohibición de la imprescriptibilidad de la acción penal, criterio que gravita exclusivamente en torno a la víctima menor de edad de delitos sexuales y a su capacidad de acudir a la administración de justicia. En gracia de referencia, la decisión mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible dicha imprescriptibilidad fue la sentencia C-422 de 2021. Tal declaración del alto tribunal se produjo tras practicar un test de proporcionalidad que extendió, a aquel tipo de delitos, los efectos del precedente constitucional que permite excepcionalmente la extensión del periodo de prescripción de la acción penal para delitos como la desaparición forzada y los de competencia de la Corte Penal Internacional.

A continuación se abordará el concepto de la prescripción de la acción punitiva, su relación con el innegable populismo punitivo del legislador colombiano a la hora de investigar y sancionar a los autores de delitos sexuales contra menores de edad y su incidencia en la producción de la ya referida sentencia C-422 de 2021. Además, se presentarán algunas observaciones críticas desde el punto de vista argumentativo y jurídico penal a la decisión judicial objeto de análisis.

I. ANTECEDENTES DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

A. La garantía de prescripción de los delitos

Entre las garantías que el derecho penal moderno trajo consigo, la prescripción de los delitos se erige como una institución estructural, en cuanto limita –y hasta imposibilita– el arbitrario ejercicio del poder punitivo estatal. La trascendencia de esta institución, para un sistema punitivo humanizado, fue exigida desde antaño cuando Beccaria¹ defendió la necesidad de imponer un término definido de prescripción a los crímenes, buscando evitar que los ciudadanos vivieran en un constante estado de zozobra e incertidumbre por la posibilidad de afrontar un proceso penal en cualquier momento. Aunado a lo anterior, la más autorizada doctrina también ha abogado por la existencia de términos perentorios sobre la prescripción del delito². No obstante, no es la conducta punible como tal la que se desintegra con el pasar del tiempo, más bien es la acción penal en cabeza del Estado la que pierde vigencia una vez se cumpla el respectivo término.

Así las cosas, la consecuencia directa de esta garantía es la condición que el aparato estatal deba ejercer su *ius puniendi* dentro de un marco temporal establecido y que, en caso de haberlo realizado por fuera de este, pierda tal potestad acusatoria. Para ilustrar de una mejor manera lo anterior, es dable recordar que conforme a Velázquez la acción penal comprende dos aristas³. Por un lado, y en sentido amplio, abarcaría la facultad con la que se cuenta para acudir ante un juez penal con el fin de que decida sobre una *notitia criminis*; por otro lado, en sentido estricto, se encuadraría en el derecho con que cuenta el ente acusador para buscar que un funcionario judicial determine la veracidad de un hecho configurativo de una infracción penal. Por consiguiente, en el evento de cumplirse el tiempo de prescripción antes que el respectivo juez pueda decidir el asunto a tratar, la acción penal se extinguiría para todos los efectos jurídico-penales, incluso si ello acontece por maniobras elusivas imputables al procesado o a su defensa⁴.

En cuanto al fundamento de la prescripción de la acción penal, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que esta figura reposa sobre el principio de la seguridad jurídica, “ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente

1 Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas* (trad.). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015 (obra original publicada en 1764), pp. 64-66.

2 Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, 3.^a ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 165.

3 Velázquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, pp. 806-807.

4 Fernández, Whanda. Populismo punitivo [en línea] [fecha de consulta: 23 de mayo de 2022], disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/populismo-punitivo>.

vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica”⁵. Dicho de manera más sencilla, ni al procesado puede imponérsele la carga de esperar indefinidamente a que el Estado resuelva una investigación en su contra, así como tampoco la comunidad puede soportar que los presuntos responsables de los delitos no sean debidamente judicializados. Desde otra perspectiva, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la prescripción de la acción penal también comporta una suerte de sanción al Estado, en la medida en que, “por su inacción, pierde la posibilidad de resolver definitivamente el conflicto”⁶.

Desde una óptica constitucional, la jurisprudencia ha indicado que la prescripción de la acción penal conforma parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, en vista de que su declaración, por parte de un servidor judicial, tiene por resultado culminar de forma definitiva y con efectos de cosa juzgada una actuación penal⁷. De tal suerte, una modificación de los contenidos estructurales de tal institución, vertidos en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), sería contraria a la Constitución, ya que afectaría la esencia del derecho al debido proceso. A ello se suma que, desde hace tiempo, la jurisprudencia ha aclarado que la prescripción de la acción penal también se complementa con los principios de prohibición de la imprescriptibilidad de penas y medidas de seguridad y la presunción de inocencia⁸. De hecho, tomando como base el expuesto marco constitucional, un aumento exagerado en el término de prescripción podría resultar contrario a la Carta Política, pues se presentaría una ruptura con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

Al respecto, es importante enfatizar en que la prescripción de los delitos es la regla general, y que su inaplicabilidad cuenta con un carácter excepcional, como de hecho se abordará a continuación. Así pues, en la medida en que se permita una mayor cantidad de escenarios en los que no se aplique esta institución esencial del derecho penal, se está abriendo las puertas a la flexibilización de un estamento fundacional y necesario para el mantenimiento de un sistema procesal penal justo y moderno. De ahí que los diversos actores del derecho penal (institucionales y doctrinarios) deban ser celosos y estrictos cuando se propongan modificaciones al ámbito de aplicación de figuras estructurales del derecho penal, como la prescripción de los delitos. Cuantas más excepciones se propongan y permitan, necesariamente se debilitará el núcleo esencial de la institución limitada.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-416/2002, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 28-05-2002, § 3.

6 Corte Suprema de Justicia. Auto AP-3905 de la Sala de Casación Penal, magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar, 22-06-2016, § 2.1.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-1033/2006, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis, 05-12-2006, § 3.2.3.2.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-345/95, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes, 02-08-1995, § 1.

B. La excepcionalidad de la imprescriptibilidad de los delitos

La prescripción de la acción penal cuenta con una excepción generalmente aceptada en el plano nacional tanto como en el internacional. A saber, los llamados crímenes internacionales, también conocidos como delitos de *ius cogens*⁹, que comportan “graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario producido en conflictos armados internacionales o internos”¹⁰. Dicha figura surge en el derecho internacional, cuyo ámbito de aplicación no tiene límites territoriales. Entre sus antecedentes más significativos se cuentan los eventos y atrocidades sucedidas durante las dos guerras mundiales y demás conflictos de la primera mitad del siglo XX, que significaron para los Estados la necesidad de reforzar el sistema jurídico internacional en materia de protección a los derechos humanos¹¹.

De manera concreta, el primer instrumento internacional que se aproximó hacia un concepto concreto de crimen internacional –regido por leyes universales y que afectan al conglomerado de la humanidad– fue la llamada Cláusula Martens del preámbulo de la IV Convención de La Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre¹². Debe hacerse notar que aunque al final de la Primera Guerra Mundial se suscribió el Tratado de Versalles, este no incluyó una disposición que reconociera de manera directa aquella clase de delitos. Así las cosas, sólo al final de la Segunda Guerra Mundial, con la creación e implementación de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, comenzó una tradición jurídica internacional hacia la tipificación, judicialización y persecución de los delitos internacionales¹³. Posteriormente, este concepto fue paulatinamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que fueron instituidos con ocasión de los conflictos armados que se presentaron en dichos territorios, hasta lograr una cristalización con el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional¹⁴.

Actualmente, los delitos internacionales comprenden los comportamientos más lesivos y antijurídicos, puesto que por su gravedad no solo afectan a las víctimas directas,

9 Bassiouni, M. Cherif. “International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4, 1996, p. 65.

10 Aguilar, Gonzalo. “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”. *Ius Et Praxis*, vol. 14, n.º 2, 2008, p. 149.

11 Huertas, Omar. “El principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Un estudio desde los derechos humanos y la interpretación jurídica”. *Misión jurídica*, vol. 7, n.º 17, 2014, pp. 204-205.

12 Servín, Christopher. “La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 77, n.º 139, 2014, p. 218.

13 Sandoval, Jaime. “El desarrollo de la competencia internacional. Primeros aportes desde Núremberg y Tokio”. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. 15, n.º 29, 2012, pp. 35-55.

14 Servín. Ob. cit., p. 236.

sino que se predica como parte afectada la totalidad de los seres humanos¹⁵, de ahí su latente relevancia. Dentro de la mencionada categoría de conductas ilícitas se cuentan los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, la agresión y la tortura. Aunque no es el objeto central del presente trabajo, vale mencionar que esta clase de conductas comparten algunos rasgos comunes: (1) conllevan la violación de la costumbre y normas internacionales; (2) atentan contra intereses y bienes jurídicos en cabeza de la comunidad internacional, como la paz y la seguridad internacional; (3) afectan la conciencia colectiva de la humanidad; (4) se cuenta con una obligación universal para individuos y Estados en torno a su judicialización y eventual sanción; y (5) no puede alegarse protección internacional o inmunidad diplomática a favor de los responsables durante su judicialización¹⁶.

En la actualidad, esta clase de conductas punibles son competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), por lo que se hallan tipificadas y desarrolladas en el Estatuto de Roma, instrumento constitutivo del referido tribunal. Cabe aclarar que si bien este tratado internacional es válido dentro del orden legal colombiano, no todo su texto hace parte del bloque de constitucionalidad¹⁷. Con todo, lo verdaderamente importante a efectos del debate que se pretende plantear radica en la disposición del artículo 29 del Estatuto de Roma, que acota: “los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”¹⁸. En consonancia con lo anterior, antes de la creación de dicho tribunal permanente e irretroactivo, la imprescriptibilidad de los delitos internacionales fue dispuesta por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada el 26 de noviembre de 1968 por medio de la resolución 2391¹⁹.

C. El reflejo de la cuestión en el derecho penal colombiano

A su turno, aun cuando el Estado colombiano no ha ratificado el mencionado instrumento de derecho internacional, se ha aducido:

es evidente que tal normativa integra la más amplia noción de *ius cogens* [conjunto de preceptos inderogables, imperativos (no dispositivos) e indisponibles, con vocación universal, cuya no adhesión por parte de un Estado no lo sustrae de su cumplimiento como compromiso *erga omnes* adquirido para

15 Ambos, Kai. “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 17, 2012, p. 4.

16 Servín. Ob. cit., p. 213.

17 Corte Constitucional. Sentencia C-290/12, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, 18-04-2012, § 6.e.

18 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [tratado]. Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998.

19 Huertas. Ob. cit., p. 211.

prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos que desconocen la humanidad y su dignidad]²⁰.

Por consiguiente, se ha utilizado tal disposición para fundamentar la imprescriptibilidad de ciertos delitos que han acaecido con ocasión del conflicto armado colombiano –como la desaparición forzada y el genocidio– y cuya fecha de comisión fue anterior a la vigencia del Estatuto de Roma. En un inicio, el Código Penal colombiano no previó expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, situación que fue corregida con una reforma propuesta por la Ley 1719 de 2014, que incorporó dicha circunstancia al artículo 83 de la referida codificación. Así, el inciso segundo de esta norma incluyó lo siguiente: “La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible”²¹.

Acerca de la imprescriptibilidad de los delitos internacionales, esta tiene como fundamento la considerable lesividad de estos actos, de allí la imposibilidad de ser perdonados u olvidados, y la admisibilidad de investigarlos en cualquier momento bajo el precepto de justicia universal²². Se destaca que tal situación también tiene una razón práctica; dado que responsabilizar a aquellos que hayan cometido tales crímenes es un objetivo fundamental, no puede permitírseles a los acusados alegar la prescripción de la acción penal como medio de defensa judicial²³. Sobre la legitimidad de esta medida, la Corte Constitucional ha indicado:

En el ordenamiento jurídico nacional, por regla general, la acción penal prescribe en los términos establecidos por el legislador, pues con ello se garantiza el derecho al debido proceso de los asociados y se exige que exista efectividad en la persecución criminal por parte de las autoridades competentes. Sin embargo, en razón de las obligaciones internacionales que limitan las actuaciones del Estado colombiano y la necesidad de investigar y juzgar ciertas conductas dada su gravedad para el conglomerado social, a modo de excepción, la acción penal es imprescriptible frente a los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra hasta que se individualice y vincule a un proceso al presunto responsable, porque a partir de este último momento inicia a contabilizarse el plazo de extinción respectivo²⁴.

20 Corte Suprema de Justicia. Proceso 30380 de la Sala de Casación Penal, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos, 22-09-2010, pp. 98-99.

21 Ley 1719 de 2014, “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial de la República de Colombia, n.º 49.186. Bogotá, 18 de junio de 2014, art. 16.

22 Huertas. Ob. cit., p. 218.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-290/12, cit.

24 Corte Constitucional. Sentencia SU-312/20, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13-08-2020, § 5.16.

En este orden de ideas, es lícito considerar tolerable esta limitación de una garantía inalienable, ya que en estos eventos excepcionales se priorizaría la conciencia general de la humanidad sobre uno de los derechos del procesado. Claramente, todo ello es bajo el entendido de que los demás derechos en cabeza del defendido se permanecen incólumes (por ejemplo, la presunción de inocencia, defensa técnica, debido proceso, etc.).

Sin embargo, es necesario enfatizar en que esta situación se predica de manera excepcional para un limitado número de conductas punibles cuyo “fin último es la protección de los derechos humanos de cada uno de los seres humanos que habitan en el mundo”²⁵. Dicho lo anterior, resultaría problemático ampliar el espectro de delitos que puedan ser imprescriptibles, no solo porque se tendrían como equivalentes crímenes que por su configuración y grado de afectación son diferentes, sino también porque esta institución haría parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. De tal forma, cuando se busque imponer alguna limitación sobre tal garantía deberá demostrarse con suficiencia su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Sobre dicho punto, es importante aclarar que todos los delitos son reprochables y merecen un castigo judicial y social, pues en caso contrario no podrían ser predicados como tales. Sin embargo, aun cuando algunos crímenes cuenten con mayor rechazo dentro del imaginario colectivo (por ejemplo los actos de corrupción), no por ello deben ser equiparados con las conductas más atroces y por lo tanto aplicárseles ciertas normas limitadas a estas. Dicho de otro modo, aunque exista una demanda social por una mayor protección penal²⁶, ello no significa que tal demanda imponga de manera alguna ceder ante las frecuentes exigencias punitivistas, sin aprecio por los derechos vulnerados que tal concesión conlleva.

Finalmente, la disposición que elevó a rango de ley la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en Colombia fue recientemente declarada exequible por la sentencia C-422 de 2021 de la Corte Constitucional. En dicha decisión se encontró que era ajustado a la Carta declarar que así como son imprescriptibles los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, también lo deben ser los delitos sexuales con menores de edad. Pese a que la sentencia será objeto de análisis más adelante, es necesario anticipar que la Corte no solo fundamentó la legitimidad de la disposición en los antecedentes de derecho internacional que para tal efecto existen, sino que también adujo el consenso global que existe sobre el agudo impacto que estas conductas tienen, pues atentan contra los valores, bienes jurídicos y derechos más preciados de la humanidad en conjunto²⁷.

25 Huertas, Omar. “El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: análisis desde la perspectiva de los derechos humanos”. *Pensamiento Jurídico*, n.º 37, 2013, p. 31.

26 Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2006, p. 22.

27 Corte Constitucional. Sentencia C-422/21, magistradas ponentes: Paola Andrea Meneses Mosquera y Gloria Stella Ortiz Delgado, § 26.

II. CARACTERIZACIÓN DEL POPULISMO PUNITIVO DE LOS DELITOS SEXUALES EN COLOMBIA

Los delitos sexuales han sido blanco del concepto de populismo punitivo pues a lo largo de los años se ha intentado implantar políticas y/o sanciones más drásticas en búsqueda de una supuesta disminución de este tipo de delitos, y una supuesta persecución contra los sujetos activos de estos deleznable crímenes. Sin embargo, como lo ha sostenido Miranda²⁸,

En los últimos tiempos estamos asistiendo a una utilización eminentemente populista del Derecho Penal por parte de todos los actores políticos, con independencia de cuál sea su ideología. Este fenómeno conocido como populismo punitivo o penal se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al Derecho Penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas, generalmente, por su repercusión mediática. El Derecho Penal viene siendo utilizado como reacción inmediata para abordar el tratamiento de determinados problemas sociales. La difusión a través de los medios de comunicación social de algunas noticias, muchas veces rodeadas de escándalo [...] genera inmediatamente como reacción en la clase política la invocación con tintes mesiánicos y salvíficos del Derecho Penal como remedio a tales males, atribuyéndole unas propiedades mágicas o curativas de las que carece, esto es, a modo de placebo²⁹.

Con base en lo anterior, el populismo punitivo tiene relación con el aspecto político que vive una sociedad determinada y también con el contexto electoral que vive la población. En palabras de Larrauri³⁰, el populismo punitivo “hace alusión a la utilización del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales, tales como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas de delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad”³¹.

En estricto sentido, según Prats el populismo punitivo o penal es “la estrategia desplegada por actores políticos y funcionarios del sistema penal, encaminada, aparentemente, a remediar los problemas que se derivan del crimen y la inseguridad”³².

28 Miranda Estrampes, Manuel. “El populismo penal: análisis crítico del modelo penal securitario. Jueces para la democracia”. *Jueces por la Democracia*, n.º 58, 2007, pp. 43-72.

29 *Ibíd.*, p. 43.

30 Larrauri, Elena. “Populismo punitivo, y cómo resistirlo”. *Jueces por la Democracia*, n.º 55, 2006, pp. 15-23.

31 *Ibíd.*, pp. 15-23.

32 Prats, Eduardo. *Los peligros del populismo penal*. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2016, p. 1.

En el mismo sentido, Foucault³³ señaló, en una conferencia en Brasil, que “cuantos más delincuentes existan, más crímenes existirán; cuántos más crímenes haya, más miedo tendrá la población y cuanto más miedo en la población, más aceptable y deseable se vuelve el sistema de control policial”, por ello el sistema penal es un sistema que se autocrea de acuerdo con ciertos postulados y requerimientos sociales en un momento determinado. Para profundizar en esto, así como en la notoriedad de un sistema penal planteado desde el populismo punitivo, se analizarán a continuación varias medidas que se ha intentado aplicar en Colombia en búsqueda de una supuesta protección a los niños, niñas y adolescentes.

De tal manera, se traerán a colación estos antecedentes para demostrar cómo los niños, niñas y adolescentes han sido instrumentalizados en múltiples oportunidades por actores políticos para lograr la visibilidad de propuestas abiertamente ilegales e inconstitucionales. Tal parece ser una especie de plataforma de campaña política, en atención a que en el imaginario social los niños son víctimas por excelencia, de allí que aducir su bienestar provee a tales actores de una justificación para introducir a la nación medidas absurdas. Con todo, como se expondrá tanto de las iniciativas pasadas como de la presente, ninguna de estas propuestas brinda un verdadero amparo a la parte afectada, por el contrario, reafirman una lógica retributiva que otorga protagonismo al agresor y no al niño, niña o adolescente.

A. Pena de inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química

Para ilustrar la referencia al populismo punitivo en los delitos sexuales en los que los niños son víctimas, existe el caso del Proyecto de Ley 197 de 2016 del Senado, “por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones”. Mediante este proyecto se buscaba adicionar la sanción *inhibición hormonal del deseo sexual obligatoria o castración química* a los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, para que se impusieran junto con la pena privativa de la libertad.

Seguidamente, en 2016, mediante el Proyecto de Ley n.º 200 de 2016 del Senado, “por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años”, se buscó aplicar la llamada castración química solamente al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El proyecto disponía que debía probarse en el proceso penal la reiteración de la conducta por parte del agresor como presupuesto para imponer tal pena, junto con la de privación de la libertad.

33 Foucault, Michel. “Las redes del poder” (conferencia en la Facultad de Filosofía de la Universidad del Brasil), publicado en *Barbarie*, n.º 4 y 5, 1981-1982.

No obstante, los anteriores proyectos no prosperaron en tanto violaban postulados principales de la Constitución Política de Colombia, entre ellos el eje transversal de la Carta misma, la dignidad humana, tal como lo señala su artículo 12: “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. En conclusión, una pena que atenta contra la integridad física del sujeto activo del delito atiende a una lógica retribucionista del delito, e implica retroceder a la era medieval aun cuando la conducta del sujeto sea altamente reprochable. Más infortunado aún resulta este escenario legislativo si se tiene en cuenta que ninguno de los remedios propuestos se acompañan de medidas de amparo a la niñez víctima de agresiones sexuales, de prevención o acompañamiento extrapenal en las que el bienestar de los menores y el apoyo para la superación del trauma sean el objetivo principal.

B. Cadena perpetua para delitos específicos del Código Penal

En el mismo sentido, cursó en el órgano legislativo una propuesta para implementar la cadena perpetua en contra de violadores de niños o niñas. La proposición fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-397 de 2010, por vía de control de constitucionalidad de acto reformativo de la Constitución por vía de referendo. En esta decisión judicial se analizó la Ley 1327 de 2009, “por la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, y por medio de la cual se buscaba que el tercer inciso del artículo 34 de la Constitución Política quedara consagrado de la siguiente manera:

En relación con los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental, se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley.

Parágrafo. El Estado, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, formulará y aplicará una política de prevención tendiente a evitar la comisión de delitos contra menores de edad³⁴.

Aunque la Corte estimó que la Ley 1327 debía declararse inexecutable por razones de trámite, llama la atención la intervención de la Comisión Colombiana de Juristas, organización no gubernamental que solicitó la inexecutable de la ley por las siguientes razones:

1. La Ley 1327 de 2009 sustituía el principio de dignidad humana que opera a favor de todos los ciudadanos, en un principio distinto que desatiende los derechos en

34 Ley 1327 de 2009, “Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 47.411, Bogotá, 15 de julio de 2009.

cabeza de los presos, quienes tienen un derecho fundamental a que la limitación de sus garantías inalienables no sea indefinida como consecuencia de la internación penal.

2. El acto legislativo, que se pretendía someter a consideración del pueblo, desconocía los principios de retribución justa, prevención y resocialización que deben cumplir las sanciones penales.
3. La imposición de la prisión perpetua constituye un desconocimiento de normas internacionales de *ius cogens*, que prohíben los tratos crueles, inhumanos y degradantes y que establecen que las penas privativas de la libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.
4. Si bien en el ordenamiento constitucional vigente no existe una consagración específica sobre las garantías otorgadas por las funciones de la pena, su estrecha e inescindible relación con la cláusula de la dignidad humana permite deducir que, por conexidad con este principio rector y su relación intrínseca con el sujeto –según prevé el artículo 94 constitucional–, estos lineamientos para la imposición y ejecución de penas son principios básicos y fundamentales dentro de la Constitución y el Estado social de derecho.
5. La prisión perpetua desconoce el principio de proporcionalidad de la pena como elemento esencial de un Estado social de derecho.

A su vez, llama la atención la aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio, quien señaló que “una reforma constitucional para autorizar la pena de prisión perpetua configura un vicio de competencia del constituyente derivado, en tanto excede los límites al poder de reforma constitucional, toda vez que la prisión perpetua anula toda forma de resocialización del condenado y con ello sustituye el principio de dignidad humana y el carácter inalienable de los derechos de la persona, ejes fundamentales de un Estado social y democrático de derecho como el que pregona la Constitución de 1991”³⁵.

En esta misma línea, la Comisión Asesora para la Política Criminal del Estado colombiano³⁶ resaltó que la exposición de motivos de la ley no ofrece realmente ningún argumento convincente desde el ámbito de la política criminal, que de forma coherente permita llegar a la conclusión de que esa iniciativa puede traducirse en una mejor protección para la vida y la integridad física, sexual de los niños, niñas y adolescentes.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-397/10, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez, 25-05-2010.

36 Comisión Asesora de Política Criminal. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano [en línea] [fecha de consulta: 27 de junio de 2022], disponible en <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisión%20Asesora%20de%20Política%20Criminal.pdf>.

También se tiene registro del Proyecto de Acto Legislativo 066 de 2018, “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”. Esta iniciativa fue archivada por vencimiento de términos en diciembre de 2018.

C. Muros de la infamia

La Ley 1098 de 2006 estableció, en el inciso segundo de su artículo 48, en relación con los espacios para mensajes de garantía y restablecimiento de derechos, respecto a radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos, lo siguiente:

En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, cuando la víctima haya sido un menor de edad³⁷.

A su vez, el Concejo de Bogotá en el Acuerdo 280 de 2007, “por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital”, dispuso la difusión de los nombres, delito cometido, condena impuesta, edad de la víctima y fotografías recientes de las personas condenadas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad. En esa dirección, el acuerdo establecía que dicha difusión en espacios públicos se haría a través de muros y vallas.

En respuesta, la Corte Constitucional determinó la inaplicación del acuerdo tras realizar un ejercicio de ponderación de los derechos en tensión, así:

Puesto que se ha establecido que la medida cuestionada comporta afectación de derechos fundamentales del agresor, de su familia y de las víctimas; que no hay evidencia que muestre que la medida resulta adecuada para la obtención del fin propuesto, y que, por el contrario se han planteado circunstancias en que ello parecería no ser así y que tampoco se ha mostrado que para la adopción de la misma se hayan evaluado medidas de carácter similar pero que tengan menor impacto sobre los derechos fundamentales, habrá de disponerse su inaplicación en los casos objeto de estudio, como medida transitoria mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia sobre la constitucionalidad del Acuerdo 280 de 2007, o la Corte Constitucional en

37 Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 46.446, Bogotá, 8 de noviembre de 2006.

sede de control abstracto de normas, emite un pronunciamiento en torno a la constitucionalidad del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006 que le sirve de base³⁸.

En ese sentido, mediante acción pública se solicitó ante la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, con base en que toda limitación de derechos constitucionales debía responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad sin menoscabo de la dignidad humana, por lo que la exposición de los condenados representaría una cosificación de quienes son sometidos a ello e incluso materializaría un trato cruel e inhumano que inhibe sus posibilidades de resocialización y readaptación en la sociedad.

Con base en lo anterior, la Corte, mediante la sentencia C-061 de 2008, declaró inexecutable el inciso demandado, luego de realizar un juicio de proporcionalidad que no fue superado debido a que existía un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad de la medida para alcanzar efectivamente el propósito de la protección de los niños y niñas. La Corte recalcó que “son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados. Así las cosas, concluye la Corte que esta publicación no es una medida idónea para el logro de la finalidad propuesta y, por el contrario, constituye un mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de dichos objetivos”³⁹.

Pese a todo lo anterior, en 2018 salió a la luz la Ley 1918 de 2018, “por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones”. Esta norma buscó introducir una sanción de inhabilidad para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que tuvieran relación con menores de edad, mediante la adición del artículo 219C al Código Penal (Ley 599 de 2000). Como efecto de tal pieza normativa, en el año 2019 se creó el Registro Nacional de Ofensores Sexuales mediante el Decreto 753, que reglamenta la Ley 1918.

Después del recorrido anterior, es dable señalar que la intervención de la justicia penal actúa como una forma de encubrimiento de la esencia o núcleo de las problemáticas sociales, con lo cual deja de acudir al derecho penal como última ratio y en su lugar se lo utiliza como herramienta retribucionista funcional al clamor mediático. Especialmente, si se considera que el grueso de las iniciativas expuestas no contaba con un enfoque preventivo y, a su turno, propendía a una reprimenda desproporcionada al agresor, olvidando el carácter restaurativo de la justicia, máxime cuando se está ante delitos que afectan a niños/as.

38 Corte Constitucional. Sentencia T-1073/07, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, 12-12-2007.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-061/08, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla, 30-01-2008.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-422 DE 2021

A. Aproximaciones a la providencia

Como hemos mencionado, con la reciente sentencia C-422 de 2021, la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad interpuesta el 18 de febrero de 2021, en contra de los incisos segundo y tercero del artículo 83 del Código Penal. Vale aclarar que al momento de elevarse la respectiva acción pública dichos apartados normativos, en su tenor literal, versaban:

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, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años, la acción penal será imprescriptible⁴⁰.

Aunque ya se expusieron algunos argumentos en contra de las dos disposiciones antes referidas, que aluden a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, nos concentraremos ahora en aquellos relativos al tercer inciso, relativo a los delitos contra los menores de edad.

A grandes rasgos, dentro de las razones aducidas por el demandante para solicitar la inexecutable de esta normativa, expuso que con ella se contrariaba el artículo 28 de la Constitución. A saber, que la imprescriptibilidad de las penas y sanciones dispuesta en la norma superior debía ser interpretada de manera garantista, para con ello extender tal circunstancia a la acción penal. En similar sentido, indicó que la supresión de los términos prescriptivos en esta clase de delitos podría llegar a vulnerar los derechos de las víctimas, debido a que elimina el incentivo al Estado para llevar a cabo una investigación celera, eficaz y contundente⁴¹.

En lo que respecta a las consideraciones de la Corte Constitucional, luego de analizar ciertos aspectos procedimentales de competencia, aptitud de la demanda y unidad normativa de los apartados analizados, se procedió con el análisis del caso en concreto. Acto seguido, comenzó el alto tribunal por recordar la libertad de configuración legislativa en materia penal y su amplio margen. Sin embargo, dejó sentado

40 Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 44.097, Bogotá, 24 de julio de 2000. Modificada por la Ley 1719 de 2014, “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 49.186, Bogotá, 18 de junio de 2014.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-422/21, cit., §§ 6-11.

que “la jurisprudencia ha expresado que esta potestad se encuentra circunscrita por los valores, preceptos y principios de la Constitución”⁴². Es decir que dentro de tal ejercicio se deben respetar en su integridad las garantías y derechos fundamentales, especialmente cualquier limitación al núcleo esencial del derecho inalienable que sea del caso. Por otra parte, también se diferenció entre la prescripción de la pena y la acción penal, indicando que la primera se refiere a una regla de precedencia irrestringible por el legislador, y la segunda como una garantía que sí podía ser limitada siempre que se respetaran los lineamientos constitucionales para tal efecto⁴³.

Ahora bien, luego de analizar los fundamentos constitucionales de la prescripción en materia penal y la excepcionalidad de esta institución para efectos de los crímenes internacionales, se propuso la Corte exponer como en nuestro ordenamiento los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuentan con un papel preponderante partiendo del artículo 44 superior. Situación de tutela que se encuentra reforzada cuando se está ante eventos de violencia sexual contra menores de edad. Así, se propuso el mecanismo del juicio de proporcionalidad estricto para resolver la cuestión planteada. De hecho, al conducir el análisis de constitucionalidad sobre la imprescriptibilidad de la acción penal para delitos de incesto y aquellos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad, la Corte inició recordando que el objetivo de la Ley 2081 de 2021 era lograr la protección de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional. De hecho, se adujo que tal garantía era el fin constitucionalmente perseguido por la medida analizada⁴⁴.

De forma concreta, se identificaron como fines de la norma demandada la lucha contra la impunidad de los crímenes sexuales cometidos contra menores de edad, así como otorgarles a las víctimas de los delitos un mayor rango de tiempo para denunciar los hechos. También, según la Corte, se estaba ante bienes jurídicos que comportan la mayor relevancia constitucional. A su turno, al comenzar a llevar a cabo el juicio de proporcionalidad estricto en concreto la Corte encontró que el fin perseguido por la norma era legítimo e imperioso por el marco constitucional de protección a los menores. En segundo término, se indicó que la imprescriptibilidad de la acción penal frente a los delitos propuestos no se encontraba expresamente prohibida por la Carta Política⁴⁵.

Aunado a lo anterior, se predicó como necesaria la medida, en atención a que garantiza un marco temporal suficiente para que las víctimas denuncien los hechos. Indicó que se erigía como la posibilidad menos restrictiva de los derechos constitucionalmente afectados, ya que un tiempo menor podría ser inconducente para el esclarecimiento

42 *Ibidem*, § 73.

43 *Ibidem*, §§ 96-97.

44 *Ibidem*, §§ 199-200.

45 *Ibidem*, §§ 204-206.

de los hechos. En similar sentido, se adujo que, desde una perspectiva de derecho comparado, jurisdicciones y autoridades en materia de derechos humanos han avalado la imprescriptibilidad de crímenes sexuales con menores de edad. Para finalizar, el alto tribunal enfatizó en que la norma “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”⁴⁶. Por lo anterior, se declaró la exequibilidad de la disposición analizada.

B. Objeciones formales (falacias argumentativas y contradicciones lógicas)

Al contraponer los planteamientos elevados por la Corte Constitucional para fundar la decisión antes reseñada, es posible identificar algunas contradicciones lógicas que debilitan la fuerza y el rigor de los argumentos del alto tribunal. Así las cosas, con el ánimo de ofrecer una crítica que trascienda el ámbito jurídico, nos proponemos analizar algunas de las falacias argumentativas en las cuales habría incurrido la Corte dentro de la sentencia C-422 de 2021. Lo anterior, partiendo desde una perspectiva argumentativa que, en complemento con las razones en derecho que se han expuesto en el presente trabajo, debilitan la solidez de los planteamientos de la Corte Constitucional para con ello poner en evidencia lo que estimamos un error por parte de la corporación guardiana de la Carta Política.

En primer lugar, como quedó dicho, una de las premisas fundamentales dentro del razonamiento de la Corte fue indicar que la imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o del incesto en contra de menores de edad, protegía y hasta garantizaba los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, esto conlleva una falsa equivalencia donde la Corte equipara dos situaciones disímiles con efectos diversos.

En el caso concreto, la limitación de una garantía constitucional como la prescripción de la acción penal no comportaría *per se* una reafirmación de los derechos de los menores de edad, y más bien significa una limitación a una institución que hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. En otras palabras, con esta medida no se protegería de forma directa y adecuada a los menores de edad, ya que la iniciativa no tiene incidencia alguna en el proceso formativo y/o restaurativo de aquellos como víctimas.

Por otro lado, la Corte recurrió a un análisis de derecho comparado dentro del que citó casos del *common law* y la región latinoamericana⁴⁷ donde en ciertas jurisdicciones se habían implementado estrategias similares a la analizada. De hecho, indicó cómo

46 *Ibidem*, §§ 204-206.

47 *Ibidem*, §§ 221-230.

en países de tradición anglosajona la garantía de prescripción era flexible, y cómo en ordenamientos que compartían la misma familia jurídica que Colombia ya se habían trazado medidas equivalentes.

Al respecto, debemos decir que en este evento estaríamos ante una falacia de autoridad, o falacia *ad verecundiam*, máxime porque el hecho de que en otras legislaciones se avale una situación vulneradora de un derecho fundamental no significa que ello deba aceptarse en la nación. A manera de ejemplo, en materia de la prisión perpetua la mayoría de naciones –incluyendo Estados Unidos y el grueso de miembros de la Unión Europea– la contemplan como una posible sanción dentro de sus respectivos ordenamientos, pero ello no deviene en que por tal causa se pueda llegar a justificar su implementación en Colombia, como en efecto ha censurado la misma Corte Constitucional⁴⁸.

Adicionalmente, no puede desconocerse que la decisión de la Corte Constitucional incurrió en una falta de razonamiento que trataría de enmendar con una apelación a la animadversión que el público siente por los delitos cometidos en contra de los menores de edad, y en especial por los crímenes sexuales. A saber, ello obedece a que a lo largo de su razonamiento la Corte expone cómo la imprescriptibilidad se erige como una posibilidad necesaria en eventos de violencia sexual con niños, niñas y adolescentes⁴⁹, pero los delitos a los que aplicaría la medida trascienden estos contextos delictivos. En efecto, además de los tipos penales en los cuales se protege el bien jurídico de la libertad, integración y formación sexual se cuenta el incesto, sobre el que la Corte no hizo mención expresa por qué debía ser tomado en cuenta dentro de la normativa aplicable.

Por lo anterior se puede afirmar que la Corte realizó una insuficiente fundamentación de la constitucionalidad de la medida, exponiendo razones que podrían justificar en parte su aplicación, pero que no abarcan el grueso de situaciones que la norma pretende regular. Esta falta de razones se agrava cuando se identifica que la decisión de la Corte también incurrió en una falsa equivalencia, pues adujo que la protección constitucional reforzada de los menores de edad exigía medidas del Estado, como la avalada; sin embargo, y como se ha enfatizado a lo largo del presente escrito, la limitación de derechos fundamentales de los presuntos agresores no se traduce en un mayor amparo de los derechos de los niños/as y adolescentes.

Por último, pero no menos importante, la Corte indicó que en los crímenes sexuales con menores de edad el noventa por ciento de los casos activos se encuentra en la fase de indagación preliminar⁵⁰; dicha situación cercena, de hecho, la posición del alto

48 Corte Constitucional. Sentencia C-294/21, magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger, 02-09-2021.

49 Corte Constitucional. Sentencia C-422/21, cit., § 217.

50 *Ibidem*, § 215.

tribunal, que habría tergiversado el argumento. Esta falacia de falsa causa (*post hoc, ergo propter hoc*) se configuraría en vista de que esta estadística demostraría que el latente problema en esta clase de hechos es la falta de eficientes técnicas de investigación para el recaudo de elementos materiales probatorios que le permitan a la Fiscalía General de la Nación formular imputación (en los términos del artículo 287 del Código de Procedimiento Penal), pues debe contar con una inferencia razonable de autoría o participación. Entonces, un término de prescripción más amplio en ninguna manera ayudaría a mitigar el estancamiento de las actuaciones penales en la fase indagatoria si no se cuenta con estrategias eficaces que permitan recolectar evidencias que conlleven al juzgamiento de los presuntos responsables de estas censurables conductas.

C. Objeciones sustanciales (quebrantamiento de principios constitucionales)

Como ya hemos analizado, la sentencia C-422 de 2021 también tuvo varios salvamentos de voto y una aclaración de voto, pronunciamientos muy importantes que deben ser traídos a colación y compartimos en su integridad. Así, los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alejandro Linares Cantillo salvaron su voto con fundamento en tres argumentos:

1. La imprescriptibilidad de las acciones penales es una expresión de una política criminal basada en el populismo punitivo que desatiende las causas reales de los problemas que busca solucionar, caracterizada por introducir elementos autoritarios que no tienen en cuenta el valor democrático de la Constitución respondiendo a un interés mediático y electoral de un momento determinado, y reproduciendo un modelo disfuncional generado en las víctimas una expectativa de sanción pero sin brindar a la justicia verdaderas herramientas para fortalecer la investigación de estas conductas, la tecnificación de la investigación judicial, entre otras⁵¹.
2. Aun cuando tradicionalmente se asocia la figura de la prescripción con la preservación de la seguridad jurídica y la correcta administración de justicia, también se ha analizado desde la doctrina propuesta por el jurista alemán Martín Asholt que debe agregarse que 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, es decir, que 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 concreto⁵².

51 Corte Constitucional. Sentencia C-422/21. Salvamentos de voto de los magistrados Alejandro Linares Cantillo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, 01-12-2021.

52 Ídem.

3. 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 menores⁵³.

Desarrollando dichos argumentos, señalaron: (1) 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, la inexistencia de rutas y mecanismos adecuados para atender a las víctimas, considerando su situación de vulnerabilidad y evitar su revictimización; así, la imprescriptibilidad es un remedio impertinente, inocuo e innecesario; (2) 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 integrales⁵⁴.

Por las razones anteriormente expuestas, se puede afirmar que la sentencia C-422 de 2021 menoscaba los principios de la dignidad humana y de la igualdad. Véase como, por ejemplo, según la ley vigente un concurso de homicidios amerita una pena máxima de 60 años, y prescribiría en máximo 30 años (por ejemplo, si el sujeto pasivo era defensor de derechos humanos o miembro de una organización sindical); sin embargo, cualquier delito sexual, sin ninguna clase de distingo, con un menor no prescribiría, de tal suerte que una conducta de acto sexual con menor de 14 años, cuya pena máxima de 17,3 años (es decir, menos de la tercera parte de la pena en el ejemplo del homicidio), impondría como único límite para la activación de la acción penal la muerte de quien durante el proceso penal no es más que un posible responsable, suponer otra cosa implicaría desconocer, además, la presunción de inocencia. Esta situación ilógica se agrava si se analizan otros delitos con una menor reprochabilidad y punibilidad, como el incesto, que cuenta con una pena máxima de seis años, pero en caso de realizarse con un menor de edad sería imprescriptible. Tornándose así muy tenue la diferenciación o gravedad de los delitos en el Código Penal, un claro síntoma del populismo punitivo, pues toda referencia a los principios de humanidad y proporcionalidad quedaría proscrita.

Incluso, como fue señalado en salvamento de voto, la eliminación de la prescripción para este tipo de delitos difumina el alcance de una verdad respetuosa del sentido constitucional que construye el debido proceso, poniendo en serio riesgo la presunción

53 Ídem.

54 Ídem.

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 delitos⁵⁵.

Aunado a lo ya expuesto, es importante recordar que el populismo punitivo ha sido entendido como una expansión irracional del derecho penal⁵⁶. Este crecimiento desmedido en el *Ius puniendi* no solo se ciñe a la tipificación de nuevos tipos penales y/o al endurecimiento de las penas, aun cuando ese pueda ser el entendimiento más tradicional del fenómeno. La flexibilización de normas procesales y/o principios o instituciones rectoras del derecho penal también puede ser considerada una variante de populismo punitivo, puesto que es producto de una evidente politización del derecho penal. En el caso que nos ocupa, con la excusa de proteger a los menores de edad de ciertos delitos, se dispuso la imprescriptibilidad de esos ilícitos, empero se sigue identificando una lógica retributiva que carece de acciones efectivas para la salvaguarda de los niños/as.

Más grave aún, la Corte Constitucional parece contradecirse con sus propios pronunciamientos en aspectos similares. Al respecto, no debe olvidarse que el Acto Legislativo 01 de 2020, “por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución política, suprimiendo la prohibición de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”, proponía que excepcionalmente en las conductas de homicidio doloso, *acceso carnal violento o con persona puesta en incapacidad de resistir, cuando recayeran sobre niños, niñas o adolescentes*, se podría imponer pena de prisión perpetua. Dicha sanción contaba con un control automático y era revisable en un plazo no menor a quince años para evaluar la resocialización del condenado.

Dicho acto legislativo fue demandado y conocido por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-294 de 2021. Luego de ser analizado a través de un juicio de sustitución de la Constitución, la Corte Constitucional sostuvo que el sistema penal colombiano se fundaba en el valor de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos como límites al poder estatal y por lo tanto no podía concebir dentro de su legislación cualquier medio de castigo para un condenado, pues se reconoce a la persona ante todo como un miembro del pacto social que tiene derechos inalienables y es un sujeto capaz de autodeterminarse.

Así, concluyó la Corte que las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes están prohibidos por el ordenamiento nacional e innumerables instrumentos internacionales, siendo la prisión perpetua semejante a la pena de muerte, esto es, mediadas

55 Ídem.

56 Bula, Enith; Mariño, Carolina; Sarmiento, Juan Pablo. “El populismo penal en Colombia. Propuesta para un debate inconcluso”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 155, 2020, p. 1050.

punitivas que anulan la dignidad de la persona condenada por su carácter vengativo para marginarla de la sociedad⁵⁷. Por lo cual, parece, como mínimo, extraña la posición adoptada en la analizada sentencia C-422/21, en la que la Corte sí permitió la limitación de una garantía inalienable como la prescripción de la acción penal, y adujo razones (protección superior del menor, lucha contra la impunidad, libertad de configuración legislativa) que por su parte no fueron suficientes en el fallo C-294 de 2021 para avalar la pena perpetua para básicamente los mismos delitos. En suma, resulta un contrasentido que las mismas razones que la Corte Constitucional adujo no eran suficientes para la limitación de una garantía inalienable (libertad) sean suficientes para la restricción de otro derecho fundamental esencial como es el debido proceso y la prescripción de la acción penal.

De hecho, el alto tribunal a tenor textual indicó: “Respecto de estas medidas, debe definirse su ineficacia con el fin de determinar, con sustento en estudios empíricos suficientes, la necesidad de implementar penas más graves. Hasta el momento las instituciones estatales no cuentan con un soporte empírico serio sobre esta temática”⁵⁸. Dicha afirmación es igualmente predicable en el presente evento, pues de ninguna manera se garantiza la efectiva investigación y judicialización de estos delitos al declararlos imprescriptibles. A lo sumo, se podría argüir que, con el objeto de evitar una revictimización, se contaría con tal ampliación del plazo para que las víctimas puedan formular la denuncia en cualquier momento, pero se estaría en todo caso ante un plazo irrazonable e inconcluso. Téngase en cuenta que antes la prescripción en estos delitos contra menores comenzaba a contabilizarse una vez se cumpliera la mayoría de edad, llegando a posibles términos de prescripción que podrían fácilmente oscilar entre 30 y 40 años, plazo que, desde el plano legal, es más que razonable para que las víctimas sobrepasen una eventual situación de vulnerabilidad y formulen la denuncia.

D. Objeciones constitucionales (transgresión del bloque de constitucionalidad)

1. El bloque de constitucionalidad

No pasó mucho tiempo desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, para que la entonces reciente Corte Constitucional produjera las primeras sentencias que advirtieron que el texto constitucional o, si se quiere, la interpretación exegética de la carta fundamental no era suficiente para salvaguardar los principios, valores y derechos en ella contenidos. Véase que en decisiones como las bien conocidas T-409 de 1992, con ponencia de los magistrados Alejandro Martínez

57 Corte Constitucional. Sentencia C-294/21, § 73.

58 *Ibidem*, § 190.

Caballero y Fabio Morón Díaz, y C-574 de 1992, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón, se cimentó una hermenéutica constitucional de acuerdo con la cual los convenios sobre derecho internacional humanitario prevalecen sobre las normas del ordenamiento doméstico.

Sea como fuere, fue en 1995 cuando se fundó en la jurisprudencia del alto tribunal constitucional el concepto, o herramienta, del “bloque de constitucionalidad”, por medio de las sentencias C-225 y C-578. La primera de ellas, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, inauguró tal figura interpretativa así:

La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

[...]

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad” cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)⁵⁹.

A la fecha, se considera que las fuentes de la adopción de normas internacionales al ordenamiento interno, por la vía del concepto del bloque de constitucionalidad, están comprendidas en seis artículos superiores⁶⁰, a saber, (1) el artículo 9.º, que establece

59 Corte Constitucional. Sentencia C-225/95, magistrado ponente: Alejandro Martínez, 18-05-1995, § 12.

60 Arango, Mónica. “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. *Precedente. Revista Jurídica*, 2004, p. 80.

unos principios límite de las relaciones exteriores del Estado; (2) el artículo 93, que prevé que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno, y, además, señala que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; (3) el artículo 94, que establece que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”; (4) el artículo 214, numeral 2, según el cual en los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”; (5) el artículo 53, que al tenor literal reza “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”; y (6) el artículo 102, inciso segundo, según el cual “los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.

Esta enunciación, por supuesto, es apenas propedéutica para la crítica que en el presente trabajo se propone, en la medida en que la jurisprudencia ha elaborado a lo largo del tiempo criterios para identificar los niveles y fuentes en sentido lato y estricto del bloque de constitucionalidad, habida cuenta de las complejidades que se suelen presentar al interpretar el alcance de los contenidos constitucionales en relación con los crecientes compromisos internacionales del Estado, e incluso en relación con las modificaciones a la Carta Política.

2. *La prescripción de la acción penal en el bloque de constitucionalidad*

En relación con el principio de prescriptibilidad de la acción penal o, dicho de otro modo, la prohibición constitucional de la imprescriptibilidad de esta, cobran necesaria relevancia los instrumentos en que tal mandato ha sido consagrado expresamente, que no es otro escenario que el de los casos de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y los relacionados con el deber de los Estados de castigar a los responsables de tales crímenes. De acuerdo con Fajardo⁶¹, se cuenta, por lo menos, con los siguientes instrumentos:

- a. Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad (ONU, 1973).

61 Fajardo Arturo, Luis Andrés. “Efectos del bloque de constitucionalidad en materia de prescripción de la acción penal en Colombia”. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 9, n.º 17, 2009, p. 1.

- b. Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg (ONU, 1950).
- c. Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (ONU, 2005).
- d. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (ONU, 2007).
- e. Principios de Bruselas contra la impunidad y por justicia internacional (ONU, 2002).

Así pues, no se discute hoy día que en el derecho internacional público existe una regla que prevé que la acción penal es imprescriptible en relación con crímenes de guerra, genocidio y de lesa humanidad, máxime con su expresa consagración en el Estatuto de Roma.

También, en el sistema interamericano de derechos humanos se ha previsto que la prescripción de la acción penal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, constituye un obstáculo inadmisibles de cara a la Convención. En particular, es ampliamente conocido el alcance de la decisión en el caso *Barrios Altos c. Perú*, en que la Corte IDH puntualizó:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos⁶².

Llegado este punto, y teniendo en cuenta las premisas jurídicas –y que integran el bloque de constitucionalidad– que internacionalmente avalan la imprescriptibilidad de la acción penal, esto es, situaciones de violaciones graves de los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, resulta imprescindible revisar cuál ha sido la interpretación de tal excepción en el ejercicio de *ius puniendi* temporalmente limitado de los Estados, por parte de la Corte Constitucional.

3. *El principio de plazo razonable como mandato suprallegal obligatorio*

A propósito del desarrollo de la figura de la prescripción de la acción penal en el sistema interamericano, y de la válida excepción a la misma en caso de graves

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos c. Perú*, 14-03-2001, § 41.

violaciones a los derechos humanos, es relevante tener en cuenta que tal excepción debe leerse de forma acompañada con el mandato convencional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En efecto, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José establece que

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Tal premisa jurídica ha sido entendida por la Corte IDH, así como por la Corte Constitucional colombiana, como una garantía no solo a favor de quien se encuentra en juicio ante autoridades estatales sino también a favor de la sociedad. La postura sostenida por la Corte Constitucional, por lo menos desde 1994 hasta la fecha, es la siguiente:

La Corte Constitucional ha indicado que el Estado se encuentra en *la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo* la presunta comisión de un hecho punible y, *ello es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho*, que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, en la medida en que “[n]i el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, *ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad*”⁶³ [énfasis agregados].

Dicha forma de concebir la prohibición general de imprescriptibilidad de la acción penal, en relación con el derecho convencional y constitucional al ser juzgado en un plazo razonable, es coherente con la evolución que la jurisprudencia interamericana ha tenido sobre el particular desde la precitada sentencia del caso *Barrios Altos c. Perú*.

Así pues, conforme la sentencia proferida en el caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, la Corte IDH hizo una interpretación clara de que aquellas “graves violaciones a derechos humanos” –estándar que en su momento se construyó con el caso *Barrios Altos*– tienen una relación directa con los delitos considerados crímenes de interés del derecho internacional. Véase la siguiente elaboración en el caso en concreto:

El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. [...]

63 Corte Constitucional. Sentencia SU-433/20, magistrados ponentes: Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas, 01-10-2020, § 88.

En efecto, *por constituir un crimen de lesa humanidad*, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido⁶⁴ [énfasis agregado].

Esta decisión en particular ha sido referida por Parenti⁶⁵ como una forma válida de justificación de la imprescriptibilidad de la acción penal, no con base en la Convención, pues esta no regula el asunto de la prescripción, sino más bien con base en el estándar pacífico internacional, este sí, vinculante para los Estados.

En gracia de discusión, también debe hacerse mención a la sentencia proferida por la Corte IDH en el caso *Albán Cornejo y otros c. Ecuador* en que, tras estudiarse la demanda por la eventual responsabilidad del Estado por abstenerse de investigar diligentemente la muerte de una ciudadana al parecer ocasionada en una mala práctica médica, la Corte concluyó que no es dable exceptuar el régimen de prescripción de la acción penal en un caso que no versa sobre una violación grave a derechos humanos, sobre la cual el derecho internacional avale la imprescriptibilidad. Con meridian claridad, la Corte hizo la relevante precisión, así:

La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos *en los términos del derecho internacional*. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. *En el presente caso no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales*⁶⁶ [énfasis agregados].

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26-09-2006, §§ 151-152.

65 Parenti, Pablo. “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Elsner, Gisela; Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel (coords.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 1, 2010, pp. 211-228.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo c. Ecuador*, 22-11-2007, § 111.

Visto lo anterior, resulta claro que, de acuerdo con el estándar del sistema interamericano, la acción penal no es imprescriptible frente a cualquier tipo de violación a derechos humanos, pues la Corte IDH respeta la previsión de tal excepción como una norma de *ius cogens* en presencia de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra.

Esta perspectiva de derechos no es, en absoluto, incompatible con las demandas de justicia de las víctimas. De hecho, tal demanda, de acuerdo con la CIDH, no se ve satisfecha por lo prolongado de los términos de caducidad, sino por la eficiencia y dignidad en el trato a la persona agredida, con el fin de no ocasionarle una victimización secundaria. Véase, por ejemplo, que en el informe titulado *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*⁶⁷ la Comisión señaló:

Igualmente, la CIDH ha verificado una serie de obstáculos que dificultan la interposición de denuncias de actos de violencia. Entre las razones expuestas para este problema se encuentran la victimización secundaria que pueden sufrir las víctimas al intentar denunciar los hechos perpetrados; la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger la dignidad y la seguridad de las víctimas y de los testigos durante el proceso; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias.

Por tal razón, se estima que la Corte Constitucional colombiana incurre en una abierta imprecisión cuando afirma, en la sentencia C-422 de 2021, que la imprescriptibilidad de los delitos sexuales y de incesto, cometidos en contra de personas menores de edad, es necesaria en virtud del “déficit de protección de los NNA [que] ha sido reconocido nacional e internacionalmente y lleva a que sea imperativo el mandato de ampliar la protección de todas las formas posibles, por lo que la actuación estatal es un deber imperioso”⁶⁸. La Corte justifica tal cosa con el informe *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes* de la CIDH, que recomienda, en relación con el acceso a la justicia de aquellos, “ampliar los plazos de prescripción de los delitos cometidos contra los NNA, considerando la imprescriptibilidad de los delitos más graves”⁶⁹. Estimamos que la Corte hizo una lectura incorrecta del planteamiento en cuanto a los *delitos más graves*.

Colegir la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico colombiano la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores a partir de la necesidad de garantizar el “acceso a la administración de justicia” según una recomendación de la Comisión implica desconocer una clara línea jurisprudencial, que sí es vinculante para el Estado,

67 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas [en línea], 2007, OEA. Ser. L/V/II. Doc. 68.

68 Corte Constitucional. Sentencia C-422/21, § 237.

69 *Ibidem*, § 239.

de acuerdo con la cual solamente los delitos considerados graves para el derecho internacional ameritan el levantamiento total del régimen de prescripción de la acción penal. Por el contrario, la hermenéutica en la C-422 de 2021 da al traste con el derecho convencional y constitucional (legal y jurisprudencial) a ser juzgado en un plazo razonable, visto desde la perspectiva o garantía de la sociedad a no tener que “esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”⁷⁰, como quedó descrito en acápites anteriores.

En este sentido, no compartimos aquel socorrido afán de la sentencia C-422 de 2021 por dar cumplimiento a compromisos internacionales sobre la protección del interés prevalente de los niños, niñas y adolescentes pues, además de que los instrumentos mencionados en la sentencia, y que sí corresponden a eventuales obligaciones desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad, son de tipo preventivo, proactivo, de resguardo, no de tipo reactivo, mucho menos punitivo.

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, debemos precisar que los autores no desconocemos la deleznable naturaleza de los delitos cometidos contra los niños, niñas y adolescentes en Colombia, máxime tratándose de delitos que dejan una particular impronta en las víctimas durante el tiempo. No obstante, no compartimos ninguno de los argumentos esbozados por la Corte Constitucional en Colombia, por vía de los cuales se equipara dichos delitos con los de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, frente a los cuales existe consenso universal de la necesidad de su imprescriptibilidad.

Desde el punto de vista de las fuentes consultadas por la Corte para declarar exequible la modificación hecha por la Ley 2081 de 2021 al inciso tercero del artículo 83 del Código Penal, ninguna establece el “compromiso internacional” del país respecto de la obligación puntual de hacer imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. Al contrario, tal determinación riñe con la propia jurisprudencia constitucional construida a lo largo de años y, por el contrario, introduce en el ordenamiento jurídico la posibilidad de valorar como de alta gravedad internacional conductas cuya judicialización no corresponde a normas de *ius cogens*. Tampoco compartimos, desde el punto de vista formal, la argumentación del test de proporcionalidad efectuado en la sentencia C-422 de 2021 puesto que incurre en imprecisiones sobre las categorías utilizadas para valorar la legitimidad de los fines propuestos, como fines “imperiosos”. En tal sentido, la sentencia crea un mal precedente en la aplicación del test.

Finalmente, consideramos que la Corte debió tener en cuenta, como fuentes del bloque de constitucionalidad, los criterios más precisos de la Corte IDH en cuanto al

70 Corte Constitucional. Sentencia SU-433/20, cit., § 88.

carácter excepcional de la imprescriptibilidad de la acción penal, en lugar de tener en cuenta recomendaciones, informes y opiniones no vinculantes, máxime tratándose del análisis para avalar la modificación de una de las instituciones más importantes del derecho penal colombiano. Todo esto lo proponemos con alguna preocupación, pues no logramos identificar en los planteamientos de la Corte Constitucional razones con suficiente rigor jurídico o argumentativo que justifiquen la declaratoria de exequibilidad de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, con lo cual no solo se configura un yerro grave para la legislación actual, sino también para el precedente constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, Gonzalo. “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”. *Ius Et Praxis*, vol. 14, n.º 2, 2008, 147-207. DOI <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200006>.

Ambos, Kai. “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”. *Revista General de Derecho Penal*, n.º 17, 2012, pp. 1-30. DOI <https://doi.org/10.22518/20271743.338>.

Arango, Mónica. “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. *Precedente. Revista Jurídica*, 2004, pp. 79-102. DOI <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas* (trad.). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015 (obra original publicada en 1764).

Bassiouni, M. Cherif. “International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4, 1996, pp. 63-74.

Comisión Asesora de Política Criminal. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano [en línea] [fecha de consulta: 27 de junio de 2022], disponible en <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisión%20Asesora%20de%20Política%20Criminal.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas [en línea], 2007, OEA. Ser. L/V/II. Doc. 68 [fecha de consulta: 27 de junio de 2022], disponible en <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/55818/827050747.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Foucault, Michel. “Las redes del poder” (conferencia en la Facultad de Filosofía de la Universidad del Brasil). Publicado en *Barbarie*, n.ºs 4 y 5, 1981-1982.

Fajardo Arturo, Luis Andrés. “Efectos del bloque de constitucionalidad en materia de prescripción de la acción penal en Colombia”. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 9, n.º 17, 2009, pp. 65-78.

Fernández, Whanda. Populismo punitivo [en línea] [fecha de consulta: 23 de mayo de 2022], disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/penal/populismo-punitivo>.

Huertas, Omar. “El debate de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Colombia: análisis desde la perspectiva de los derechos humanos”. *Pensamiento Jurídico*, n.º 37, 2013, pp. 15-33.

Huertas, Omar. “El principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Un estudio desde los derechos humanos y la interpretación jurídica”. *Misión jurídica*, vol. 7, n.º 17, 2014, pp. 199-227.

Laurrauri, Elena. “Populismo punitivo, y cómo resistirlo”. *Jueces por la Democracia*, n.º 55, 2006, pp. 15-23.

Miranda Estrampes, Manuel. “El populismo penal: análisis crítico del modelo penal securitario. Jueces para la democracia”. *Jueces por la Democracia*, n.º 58, 2007, pp. 43-72.

Parenti, Pablo. “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Elsner, Gisela; Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel (coords.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 1, 2010, pp. 211-228.

Prats, Eduardo. *Los peligros del populismo penal*. Caracas: Fundación Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, tomo 1, 3.^a ed. Madrid: Civitas, 1997.

Sandoval, Jaime. “El desarrollo de la competencia internacional. Primeros aportes desde Nüremberg y Tokio”. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. 15, n.º 29, 2012, pp. 35-55.

Servín, Christopher. “La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 77, n.º 139, 2014, pp. 209-249.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2006.

Velázquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

Referencias legales

Acto Legislativo 01 de 2020, “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 51.383, Bogotá, 22 de julio de 2020.

Acuerdo n.º 280 de 2007 del Concejo de Bogotá D. C., “Por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital”. Registro Distrital 3756, Bogotá, 8 de mayo de 2007.

Constitución Política de Colombia. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 52.418, Bogotá, 6 de junio de 2023.

Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 44.097, Bogotá, 24 de julio de 2000.

Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 46.446, Bogotá, 8 de noviembre de 2006.

Ley 1327 de 2009, “Por medio de la cual se convoca a un Referendo Constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 47.411, Bogotá, 15 de julio de 2009.

Ley 1719 de 2014, “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 49.186, Bogotá, 18 de junio de 2014.

Ley 1918 de 2018, “Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial de la República de Colombia*, n.º 50.652, Bogotá, 12 de julio de 2018.

Proyecto de Acto Legislativo n.º 066 de 2018, “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”. *Gaceta del Congreso*, n.º 667, Bogotá, 13 de septiembre de 2018.

Proyecto de Ley n.º 197 de 2006, “Por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, en *Gaceta del Congreso*, n.º 1103, Bogotá, 5 de diciembre de 2016.

Proyecto de Ley n.º 200 de 2016, “Por medio de la cual se modifica el artículo 208 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia en especial de menores de 14 años”. *Gaceta del Congreso*, n.º 1124, Bogotá, 13 de diciembre de 2016.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [tratado]. Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional. Sentencia C-225/95, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, 18-05-1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-345/95, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, 02-08-1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-416/2002, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 28-05-2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-1033/2006, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis, 05-12-2006.

Corte Constitucional. Sentencia T-1073/07, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, 12-12-2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-061/08, magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla, 30-01-2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-397/10, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez, 25-05-2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-290/12, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, 18-04-2012.

Corte Constitucional. Sentencia SU-312/20, magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 13-08-2020.

Corte Constitucional. Sentencia SU-433/20, magistrados ponentes: Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas, 01-10-2020.

Corte Constitucional. Sentencia C-294/21, magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger, 02-09-2021.

Corte Constitucional. Sentencia C-422/21, magistradas ponentes: Paola Andrea Meneses Mosquera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-422/21. Salvamentos de voto de los magistrados Alejandro Linares Cantillo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, 01-12-2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos c. Perú*, 14-03-2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, 26-09-2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros c. Ecuador*, 22-11-2007.

Corte Suprema de Justicia. Proceso 30380 de la Sala de Casación Penal, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos, 22-09-2010.

Corte Suprema de Justicia. Auto AP-3905 de la Sala de Casación Penal, magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar, 22-06-2016.