Directiva No. 0005

"Por medio de la cual se adoptan criterios sobre la prescripción de las graves violaciones a los derechos humanos"

I. CONTENIDO Y DECISIONES[1]

A. Resumen

A través de la presente Directiva se definen los criterios para el tratamiento de la prescripción de los delitos que adquieran la connotación de graves violaciones a los derechos humanos. Se decidirá que para estas conductas se aplica el máximo término prescriptivo de 30 años consagrado en el artículo 83[2] del Código Penal, que opera actualmente frente a los delitos de desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, y el homicidio de miembros de una organización sindical, defensores de derechos humanos o de periodistas.

---

[1] Con base en los lineamientos del Fiscal General de la Nación, la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales (DNEAC), en conjunto con asesores del Despacho del Fiscal General, proyectaron esta directiva. Además, tuvo como insumos para su elaboración, documentos presentados por contratistas externos de la DNEAC. La posición de la Fiscalía en esta directiva, no necesariamente compromete la opinión de los contratistas.

[2] Artículo 83 C.P. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible." (Mod. Artículo 16 de la Ley 1719 de 2014)

Con esa finalidad, en primer lugar se justificará por qué es procedente aplicar retroactivamente el término prescriptivo de 30 años a conductas que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y fueron cometidas con anterioridad a la Ley 599 de 2000.

Para ello, se demostrará que no hay una afectación al principio de legalidad, especialmente a la prohibición de retroactividad penal, ya que a través de dicha interpretación no se adicionan tipos penales ni penas sino que simplemente se amplía el tiempo que tiene el Estado para investigar la presunta comisión de tales hechos. A lo anterior se suma que las conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos serán adecuadas a los tipos penales vigentes al momento de su comisión.

Además, al aplicar retroactivamente el término prescriptivo de 30 años tampoco existe una vulneración al subprincipio de tipicidad o taxatividad de la pena, ya que las conductas ilícitas perpetradas con anterioridad a la Ley 599 de 2000, constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos, ya están clara y previamente definidas en el Código Penal.

La presente Directiva también realizará un juicio de proporcionalidad en el que se demostrará que la favorabilidad penal, que inicialmente parecería afectada con la interpretación aquí propuesta, es un principio constitucional que puede ser ponderado y limitado con el propósito de salvaguardar los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, la lucha contra la impunidad y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado Colombiano. En dicho juicio, se concluirá que si existe una afectación al principio de favorabilidad, es razonable y tiene un sustento constitucional.

Por otro lado, el documento sostiene que el término de 30 años aplica tanto para las conductas señaladas en el artículo 83 del Código Penal como para la

violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales. De no ser así, se obstaculizaría el cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado colombiano de investigar y juzgar todas las graves violaciones a los derechos humanos.

Además, no incluir esas conductas implicaría que las víctimas de estos comportamientos recibirían un trato diferenciado e injustificado con respecto a las demás vulneraciones que sí están contempladas por la norma.

Por otra parte, la Directiva demostrará que es necesario aplicar el término prescriptivo de 30 años a los delitos conexos a las graves violaciones a los derechos humanos. Esto se debe a que investigar y juzgar tales conductas hace parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano y es un mecanismo para garantizar los derechos de las víctimas, especialmente a conocer la verdad.

Finalmente, el documento mostrará que la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, y por consiguiente, el término prescriptivo de los 30 años, puede ser ponderado en contextos de justicia transicional en los que se implementen de forma holística medidas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

B. Decisiones adoptadas

1. A las conductas catalogadas como graves violaciones a los derechos humanos, les será aplicado el término de prescripción de 30 años consagrado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000. Éste tendrá aplicación incluso para las conductas perpetradas con anterioridad a la vigencia de ese cuerpo normativo, de conformidad con los tipos penales existentes al momento de su comisión.

2. El término prescriptivo de 30 años también aplicará para las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual contra las mujeres, niños, niñas, adolescentes y personas LGBTI, cuando adquieran la connotación de graves violaciones a los derechos humanos.

3. En los casos en que las conductas que constituyan graves violaciones a los derechos humanos también adquieran la connotación de crímenes internacionales (crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio) tendrán carácter imprescriptible.

4. La prescripción de la acción penal de los delitos de desaparición y desplazamiento forzado, por ser de ejecución permanente, comenzará a contarse desde la comisión del último acto.

5. La prescripción de la acción penal de la violencia sexual –contenida en el inciso tercero del artículo 83 del Código Penal– que hace referencia a los delitos cometidos contra menores de edad, también será de 30 años cuando cumpla los criterios para ser catalogada como una grave violación a los derechos humanos[3]. Dicho término comenzará a contar una vez las víctimas alcancen la mayoría de edad.

6. El término prescriptivo de 30 años será aplicable a los delitos conexos a las graves violaciones a los derechos humanos.

---

[3] La norma establece de forma general que "Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

C. Palabras clave

Graves violaciones a los derechos humanos, prescripción de la acción penal, principio de legalidad, principio de favorabilidad, Ley 599 de 2000, juicio de proporcionalidad, delitos conexos.

II. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha identificado una serie de vulneraciones que merecen un tratamiento especial por parte de los ordenamientos internos. Si bien no existe un listado que identifique cuáles son las graves violaciones a los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los comités encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos y los relatores de Naciones Unidas han identificado dos criterios alrededor de estas temáticas, en virtud de los cuales una conducta criminal debe tener un tratamiento especial por parte de los Estados.

De acuerdo con la explicación y fundamentación realizada en la Directiva sobre la noción de graves violaciones a los derechos humanos, hay dos criterios necesarios que serán expuestos brevemente. El primer criterio de carácter objetivo enlista una serie de comportamientos que son considerados especialmente graves. Este es el caso de (i) la tortura, (ii) la desaparición forzada, (iii) el desplazamiento forzado, (iv) las ejecuciones extrajudiciales y (v) la violencia sexual en contra de las mujeres, niños, niñas y personas LGTB. Por su parte, el segundo criterio de carácter subjetivo tiene en cuenta las calidades de presunto responsable de la comisión de dichas conductas.

De esta manera, toda conducta que haya sido el producto de una acción u omisión de un agente estatal, de un tercero bajo ciertas condiciones especiales o de un actor no estatal cuando este tenga la obligación de cumplir las normas de derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario o los derechos de las personas refugiadas en la zona donde dicho grupo ejerce su influencia y poder, será considerada como una grave violación a los derechos humanos.

Finalmente, el tercer criterio denominado "complementario" funciona de manera accesoria y se justifica básicamente por dos motivos. Por un lado,

debido a la intolerancia o discriminación que conlleva a la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. Y por el otro, en razón a las circunstancias especiales de vulnerabilidad del sujeto, que a su vez, son aprovechadas por el perpetrador.

En esta medida, el criterio complementario que es desarrollado con mayor profundidad dentro de la Directiva "por medio de la cual se describen las conductas que constituyen graves violaciones a los derechos humanos", pretende dar cuenta de la especial protección constitucional que el ordenamiento jurídico le ofrece a ciertas personas y grupos sociales. Ese es el caso de los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, las personas LGBT, los pueblos indígenas, las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas, los defensores de derechos humanos, los sindicalistas y los periodistas.

A. Razones para ampliar el término de prescripción de las graves violaciones a los derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado insistentemente a los Estados parte que están obligados a respetar los derechos humanos y que, además, están llamados a garantizarlos y a asegurar su ejercicio. Por ello, ese Tribunal ha argumentado que los Estados no pueden alegar disposiciones de derecho interno, o figuras como la prescripción de la acción penal, para evadir su obligación de investigar y judicializar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

Así, la presente Directiva fundamentará que es posible aplicar el término prescriptivo de 30 años –establecido en el artículo 83 del Código Penal– a toda clase de comportamientos que atenten gravemente contra los derechos

humanos, con base en distintos argumentos del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos.

La tesis aquí defendida genera dos problemas jurídicos. El primero, referente a las posibles consecuencias que conlleva la aplicación retroactiva del término prescriptivo de 30 años a hechos que alcancen la categoría de graves violaciones a los derechos humanos y sean anteriores a la Ley 599 de 2000, especialmente porque pareciera que afecta los principios de legalidad y favorabilidad. Y segundo, las implicaciones que tiene que dicho término sea trasladable a conductas que no están enunciadas en el artículo 83 del Código Penal, tales como la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales.

En relación con el primer problema, la Directiva demuestra que la aplicación retroactiva del término de 30 años no vulnera el principio de legalidad, por cuanto éste hace referencia a la creación de tipos penales o a la imposición de sanciones, que debe ser previa a los hechos. Sin embargo, la prescripción no entra dentro de ninguna de las dos categorías, y por ello, al aplicarla retroactivamente dicho principio no resulta flexibilizado.

Por el contrario, en lo que respecta al principio de favorabilidad, la Directiva sostiene que a pesar de que los términos de prescripción anteriores a la Ley 599 de 2000 son menores, así como lo referente a la violencia sexual y a las ejecuciones extrajudiciales, la limitación a ese principio resulta idónea, necesaria y proporcional. Esto se debe a que ampliar la prescripción de la acción penal a 30 años es una medida que garantiza los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

Adicionalmente, de conformidad con los pronunciamientos del Sistema Interamericano, la ampliación de los términos de prescripción honra los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en relación con la

obligación de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, así como frente a la lucha contra la impunidad.

Por otro lado, para solucionar el segundo problema jurídico, la Directiva explica que el término de 30 años también operará frente a la violencia sexual y a las ejecuciones extrajudiciales, debido a que son conductas que han sido catalogadas igualmente como graves violaciones a los derechos humanos. Sostener lo contrario generaría un déficit de protección de los derechos de las víctimas de tales crímenes.

Una vez explicada brevemente la tesis y la estructura del presente documento, y a modo de aclaración inicial, a continuación se narrará la evolución del artículo 83 del Código Penal. Esto se hará con la finalidad de brindar precisión en relación con la manera en la que dicho artículo ha cambiado gracias a la inclusión de diversas conductas por medio de leyes posteriores, como por ejemplo el homicidio de defensores de derechos humanos.

1. Evolución del artículo 83 de la Ley 599 de 2000

El texto original del inciso segundo del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 estableció un término de prescripción de 30 años para el genocidio, la desaparición forzada, la tortura y el desplazamiento forzado. El motivo por el cual se le asignó ese término prescriptivo a dichas conductas fue la especial gravedad que revisten.

Con posterioridad, a dicho listado se agregaron las conductas relacionadas con el homicidio de los miembros de una organización sindical, periodistas y defensores de derechos humanos, a través de las Leyes 1309 de 2009 y 1426 de 2010. En esas oportunidades las razones aducidas fueron varias, entre ellas y para citar un caso, la protección que se le debe brindar a los defensores de

derechos humanos, debido al tipo de actividades que desempeñan y la importancia de su labor, ya que con ella "coadyuvan con el Estado en el cumplimiento de sus obligaciones de garantía, promoción y protección de los derechos fundamentales"[4].

Finalmente, la Ley 1719 de 2014 declaró que el genocidio es imprescriptible y confirmó que la acción penal en los casos de desaparición forzada, la tortura, el desplazamiento forzado y el homicidio de miembros de una organización sindical, defensores de derechos humanos o de periodistas prescribe a los 30 años.

Ahora bien, los cambios normativos que fueron explicados anteriormente, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, pueden extenderse a todas las graves violaciones a los derechos humanos. Esto se debe a que existe la obligación para que todas estas conductas sean investigadas, juzgadas y sancionadas por los Estados en condiciones similares.

Por consiguiente, y con el fin de adecuar el ordenamiento jurídico colombiano a los compromisos internacionales, esta Directiva justificará por qué todas las graves violaciones a los derechos humanos deben tener con un régimen prescriptivo especial, que le permita al Estado contar con el tiempo suficiente para investigar, judicializar y sancionar a los responsables de dichos crímenes.

[4] Exposición de motivos. Ley 1426 de 2010.

III. JUSTIFICACIÓN

A. La acción penal en los casos de graves violaciones a los derechos humanos prescribe a los 30 años aun cuando las conductas se hayan consumado con anterioridad a la Ley 599 de 2000

Tal como se dijo antes, el legislador estableció términos especiales de prescripción para las conductas consideradas particularmente graves. De esta manera, el Código Penal señala en el artículo 83 que la acción penal prescribe a los 30 años en los casos relacionados con (i) la desaparición forzada, (ii) la tortura, (iii) el desplazamiento forzado y (iv) el homicidio de miembros de una organización sindical, defensores de derechos humanos o de periodistas. La Ley 1719 de 2014 modificó esa disposición, al declarar que la acción penal será imprescriptible frente a los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra[5].

Una primera interpretación de esa norma conduciría a afirmar que el régimen de prescripción de los delitos allí consagrados depende de la norma vigente al momento de haber ocurrido los hechos. Originalmente el artículo 83 del C.P. (Ley 599 de 2000) consagró el término de prescripción de 30 años para los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento. Pero antes del 2000, el término de prescripción de estos delitos sería de máximo 20 años.

A primera vista, pareciera que la aplicación del término de 30 años a conductas cometidas con anterioridad a la Ley 599 de 2000 viola la

---

[5] Artículo 83 del Código Penal. "El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible".

prohibición de retroactividad de la ley penal, que hace parte del principio de legalidad. No obstante, como se explicará a continuación, dicha afirmación no es cierta, en tanto el concepto de legalidad únicamente opera frente a la imposición de sanciones y la creación de penas, más no en relación con la aplicación de la prescripción.

1. La aplicación del término de 30 años no vulnera el principio de legalidad

El presente capítulo se dividirá en cuatro partes. Primero, se explicará en qué consiste el principio de legalidad, con la finalidad de mostrar que la aplicación de los 30 años no lo vulnera. Segundo, se sostendrá que aún si en gracia de discusión aceptáramos que se flexibiliza el principio de legalidad, existen casos a nivel nacional en los cuales se ha aceptado que esto ocurra para garantizar los derechos de las víctimas. Tercero, se usará como ejemplo al Tribunal Alemán para evidenciar que también a nivel internacional se considera que dicho principio puede ser flexibilizado para alcanzar la justicia material. Y finalmente, se formularán algunas conclusiones.

a. Explicación del principio de legalidad

El principio de legalidad no solamente se configura como un principio rector dentro de la configuración del Estado, sino que también goza de un carácter protagónico dentro del derecho penal, toda vez que legitima el uso del poder de coerción.

Así, el principio de legalidad penal juega un papel esencial en la comprensión del Estado Social de Derecho, el cual está basado en el respeto de los derechos humanos. A partir de este principio, los ciudadanos conocen de manera previa

cuándo y por qué motivos sus conductas pueden estar sujetas a penas privativas de la libertad o a otro tipo de sanciones penales.

Según la doctrina y la jurisprudencia constitucional, del principio de legalidad se derivan tres principios adicionales[6]. El primero, el subprincipio de reserva legal. De este se desprende el segundo, que es la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal. Y finalmente, el subprincipio de tipicidad o taxatividad de la pena. A continuación se hará una breve explicación de cada uno, con la finalidad de analizar las implicaciones que tendría la aplicación retroactiva del artículo 83 del Código Penal.

i. Subprincipio de reserva legal

El subprincipio de reserva legal señala que solo el legislador tiene la competencia para establecer nuevos delitos y sanciones restrictivas de la libertad de las personas[7]. Esa labor, debido a la separación de poderes existente en la Constitución, no puede quedar al arbitrio de los jueces o de la administración, "con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la

---

[6] La Corte Constitucional en la Sentencia C-133 de 1999 señaló lo siguiente: "De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o "preexistente".
El artículo 1 del Código Penal incluye tal principio dentro de las normas rectoras del proceso penal, en estos términos: "Nadie podrá ser juzgado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella". Y en el artículo 3 del mismo estatuto establece: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.
El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sean privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma, toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas".

[7] Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2005.

voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo"[8].

El subprincipio de reserva legal tiene entonces un importante propósito, y no es vulnerado a través de la aplicación del término prescriptivo de 30 años que aquí se propone. Es claro que esa consecuencia jurídica ya existe en el Código Penal, y fue impuesta en el artículo 83 del Código Penal porque el legislador así lo quiso.

De manera que, los 30 años para el ejercicio de la acción penal no son una invención de la presente Directiva, sino que simplemente es la aplicación de la prescripción que el órgano legislativo consideró pertinente frente a conductas que por su gravedad, requieren que el Estado cuente con mayor tiempo para cumplir con su obligación de investigarlas y juzgarlas.

ii. Principio de prohibición de retroactividad de la acción penal

El principio de legalidad establece que la ley penal debe ser previa a la comisión de los hechos, de lo cual se deriva que no sea posible la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan penas. De lo contrario, la finalidad de salvaguardar los derechos de las personas para que conozcan previamente cuáles son las conductas consideradas ilícitas por el ordenamiento jurídico y cuáles son sus consecuencias penales, no se garantizaría. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> "(…) si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación

[8] *Ibid.*

retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo "un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale", sino que además la norma sancionadora "ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente"[9] (subrayado fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, aplicar retroactivamente el término prescriptivo de 30 años a conductas que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y fueron cometidas con anterioridad a la Ley 599 de 2000, no afecta la prohibición de retroactividad. La razón que lo justifica es que a través de dicha interpretación no se adicionan tipos penales ni penas sino que simplemente se amplía el tiempo que tiene el Estado para investigar la presunta comisión de tales hechos.

En ese sentido, es necesario recordar que la prescripción es un instrumento para garantizar el debido proceso, con el cual se evita la utilización intemporal por parte del Estado del *ius puniendi*[10]. Esto quiere decir que la prescripción marca el lapso de tiempo que tiene el Estado para iniciar o continuar jurisdiccionalmente una persecución penal contra alguien.

De esa manera, ampliar el tiempo con el que cuenta el Estado para investigar y judicializar a alguien, por ejemplo de 20 a 30 años, no equivale a que se estén aplicando retroactivamente leyes que crean delitos o aumentan penas a hechos pasados. En estos casos, sencillamente se extiende el lapso en el cual el Estado podrá, o no, ejercer la acción penal, pero de conformidad con los tipos penales ya existentes al momento de su comisión.

---

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-996 de 2000.
[10] Este argumento puede inferirse principalmente de la sentencia C-580 de 2002 y ha sido reiterada por la Corte entre otras, en las sentencias C-011 de 2010 y C-620 de 2011.

Además, en cualquier caso la facultad de ejercer la acción penal no genera automáticamente que se vaya a abrir un proceso penal. Este último es un paso subsiguiente que dependerá de otras circunstancias, como por ejemplo que se encuentren elementos materiales suficientes que vinculen a alguien con la comisión de un delito.

Finalmente, se debe reiterar que el aumento de los términos de prescripción de la acción penal no puede entenderse como un aumento de la pena ni como una violación a la libertad personal. Lo anterior fue expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-580 de 2002, al referirse a la imprescriptibilidad de la acción penal en los casos de desaparición forzada, como a continuación se indica:

"En esa medida, la imprescriptibilidad de una acción penal no tendría como consecuencia automática prolongar en el tiempo la ejecución de una actividad material concreta del Estado tendiente a privar de la libertad individual a un sujeto determinado, ni a agravar la carga que tiene que soportar.

Por lo tanto, contrario a lo que sucede con las garantías contenidas en el artículo 28 de la Carta –salvo, como se dijo antes, el arresto y la prisión por deudas-, la prescripción de la acción penal no puede concebirse como un mecanismo de protección frente a la libertad personal salvo que una autoridad judicial haya proferido una resolución que tenga la potencialidad de afectar materialmente la libertad personal de un individuo determinado (…)"[11] (Subraya fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, si la imprescriptibilidad no afecta automáticamente la privación de la libertad de una persona, mucho menos va a pasar esto con la extensión de la prescripción a 30 años. Frente a las graves

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002.

violaciones de los derechos humanos las consideraciones son aún más garantistas para el presunto responsable, ya que el aumento no alcanza a cobijar la imprescriptibilidad de las mimas.

En conclusión, ampliar el término prescriptivo a 30 años no genera que el Estado esté privando a una persona de su libertad personal, ya que la acción penal inicia únicamente cuando hay una resolución que vincula a alguien formalmente en el proceso penal. Y no, simplemente, con que se extienda el tiempo que tienen las autoridades para investigar la comisión de un hecho punible.

iii. Subprincipio de tipicidad

El subprincipio de tipicidad o taxatividad de la pena establece que el legislador debe definir de manera expresa y clara cuáles son las conductas ilícitas. En palabras del alto Tribunal, el legislador debe:

> "(i) Definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso"[12].

De modo que no solamente la imposición de las penas por parte de las autoridades judiciales surge de los criterios establecidos por el Congreso, sino que, además, estas conductas punibles deben ser definidas de manera clara y completa por la ley.

---

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2002.

Ahora bien, extender el término prescriptivo consagrado en la Ley 599 de 2000 a todos los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos no atenta contra el principio de taxatividad. Esto se debe a que a través de dicha interpretación no se están creando nuevos tipos penales para castigar la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.

La aplicación de los 30 años en materia prescriptiva no implica que ahora existen nuevos delitos en el ordenamiento jurídico colombiano. La tesis que defiende la presente Directiva únicamente reafirma que todas las conductas catalogadas como graves violaciones a los derechos humanos deberán contar con el mismo término de prescripción, lo cual solo se predica frente a los tipos penales que ya están claramente definidos por la ley penal.

Así, con el propósito de garantizar los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas, puede considerarse que el término de prescripción de 30 años aplica a todas las graves violaciones, siempre y cuando con ello no se creen nuevas conductas. De esta manera se satisface también la exigencia internacional según la cual no puede oponerse la prescripción como excusa para evitar la investigación y juzgamiento de las graves violaciones a los derechos humanos.

iv. Síntesis del acápite

Tal como se ha demostrado hasta este momento, no existe una violación del principio de legalidad, específicamente del subprincipio de reserva legal, pues es el mismo artículo 83 del Código Penal, por decisión del legislativo, el que señala que las graves violaciones a los derechos humanos prescriben en 30 años.

Además, no hay una aplicación retroactiva de una disposición normativa que crea delitos o aumenta penas, sino del término que tiene el Estado para perseguirlas. Cabe resaltar que el artículo 83 del Código Penal únicamente establece el tiempo que tiene el Estado para determinar si en cierta situación ejerce o no la acción penal.

Por último, las conductas que ahora prescribirán a los 30 años ya existen dentro del ordenamiento jurídico y su descripción típica es clara. Por esa razón, se respeta el principio, según el cual, la aplicación de la norma "ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente"[13]. Es importante reiterar que las conductas que constituyan graves violaciones a los derechos humanos se adecuarán a los tipos penales existentes al momento de su comisión.

b. Casos a nivel nacional en los cuales el principio de legalidad ha sido ponderado

Si se aceptara en gracia de discusión que el principio de legalidad se ve afectado por la extensión del término prescriptivo, lo que ya fue desvirtuado en el capítulo anterior, cabe mencionar que de todas maneras esta restricción superaría un juicio de proporcionalidad. Debe recordarse que este principio no goza de carácter absoluto, por tanto, puede ser flexibilizado[14] y ponderado

[13] Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1999.
[14] Incluso, es importante mencionar que cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte Constitucional ha señalado que el deber de perseguir, investigar y sancionar dichas conductas es el mismo que hay en relación con los delitos de lesa humanidad. Esto se debe a que son "hechos que comparten el similar nivel de gravedad, de reproche internacional y que convocan, en ese plano las mismas exigencias en materia de lucha contra la impunidad" (Al respecto consultar: Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010). En ese sentido, aún si en el presente caso se aceptara que hay una flexibilización del principio de legalidad, esto se justifica porque son conductas igualmente graves que intentan proteger principios y valores de similar relevancia constitucional. Lo anterior, implica que las obligaciones del Estado son mayores ya que "entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables" (Al respecto consultar: Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 2003).

con otros principios constitucionales. Al respecto, existen varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional que se mencionarán a continuación.

i. Flexibilización jurisprudencial del subprincipio de reserva legal

En dos ocasiones, la Corte Constitucional decidió ampliar el ámbito de aplicación de una norma penal proferida por el legislador, con dos propósitos. Por una parte, garantizar una mayor protección a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, y por otra, asegurar que los deberes de investigación en cabeza del Estado fueran atendidos de manera diligente. En consecuencia, el principio de legalidad, en su componente de reserva legal, cedió parcialmente ante la protección de otros derechos constitucionales[15].

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha encontrado que, ante objetivos imperiosos como la protección a las víctimas y la lucha contra la impunidad, es posible flexibilizar el principio de legalidad. En varios pronunciamientos de esa Corporación sobre el caso del grupo político de la Unión Patriótica, ese Tribunal aseveró que la preexistencia del tipo penal imputado no solo se refiere al ordenamiento jurídico interno, sino también al internacional.

De esta manera, aunque el delito de genocidio no se encontraba tipificado en Colombia al momento de los hechos, era posible realizar la adecuación típica por parte de la Fiscalía, toda vez que esa conducta ya estaba contemplada por el ordenamiento jurídico internacional. En esa decisión, la Corte Suprema de Justicia también señaló que la interpretación de los principios de legalidad e

---

[15] En este sentido, consultar: Corte Constitucional, Sentencias C-004 de 2003 y Sentencia C-979 de 2005.

irretroactividad de la ley debía atender a las obligaciones de garantía de los derechos humanos[16].

En otra ocasión, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resaltó que el principio de legalidad puede ceder ante el deber que tienen las autoridades judiciales de garantizar los mandamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, señaló que es imperativo optar por esa hipótesis, en consideración a la integración de estos mandamientos a nuestro ordenamiento jurídico y en virtud del bloque de constitucionalidad[17].

---

[16] "A partir de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Política, sus principios se convierte en parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes constitucionales. Por lo tanto, bajo esa consideración se deben apreciar los postulados básicos del derecho penal interno sobre los cuales se ha construido la legitimidad del derecho de penar –entre ellos el de legalidad e irretroactividad de la ley–, y las normas de derecho internacional que se refieren a los compromisos materiales de justicia, verdad y reparación ante graves infracciones contra derechos humanos fundamentales. En ese contexto se piensa que puede ser contradictorio que en aras de la justicia se cuestionan en su nombre principios del derecho penal demoliberal; sin embargo, esa antinomia sólo puede ser admisible a partir de una elaboración que tiene en cuenta la lectura de los textos legales desde una visión positivista que mira más al trazo lingüístico (sic) de la ley que a la realización material de principios y valores superiores. En cambio, "por la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad... El Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del ordenamiento jurídico a los contenidos del Derecho Internacional Humanitario con el fin de potenciar la realización material de dichos valores", lo cual implica que principios del derecho penal tradicional se afecten con mayor intensidad en aras de la realización de otros de mayor relevancia, como el de protección de la dignidad humana, fundamento de los Estados civilizados". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de mayo de 2013, Única Instancia 33118.

[17] "La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático, asegura que sea el Congreso de la República el que defina las conductas punibles y sus sanciones. La irretroactividad garantiza que no se apliquen sanciones ex post facto, es decir, establecidas con posterioridad a la realización de los hechos.
(...) Los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (artículos 93 y 214, numeral 2°, de la Carta Política) forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad. La obligatoriedad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad imponen al Estado –todo– adaptar las normas internas a los contenidos del derecho internacional humanitario. En este orden de ideas, las autoridades colombianas deben observar no solo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bajo esos parámetros, la labor de la fiscalía, no solo en la etapa de investigación y verificación sino de adecuación típica de la conducta, así como la de los jueces que de alguna manera intervienen en los procesos de justicia y paz, debe estar orientada por esos principios y mandatos superiores. Esa labor no puede ser ajena, entonces, a los postulados del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 31 de julio de 2009, Rad. 32539.

ii. Flexibilización jurisprudencial del subprincipio de tipicidad o taxatividad penal

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es importante indicar que el subprincipio de tipicidad o taxatividad penal cede ante la necesidad de proteger un derecho constitucional. Esto ha ocurrido mediante la declaración de inexequibilidad de una parte de la descripción típica, con el efecto de ampliar su alcance.

Un caso que demuestra lo anterior, fue la ampliación que hizo la Corte Constitucional de nuevos sujetos activos frente al tipo de desaparición forzada. En esa oportunidad, el Tribunal consideró que dicho tipo penal no es cometido exclusivamente por los "particulares que pertenecían a un grupo al margen de la ley", como inicialmente estaba previsto, sino también por muchos otros actores, que incluso en ocasiones son estatales. De manera que, en una lectura garantista de la norma declaró inexequible ese apartado[18].

Algo similar ocurrió en lo referente a la extensión de la protección penal a nuevos sujetos, como por ejemplo, en la sentencia C-468 de 2009, en los cuales se analizó el tipo penal de abandono. La norma original establecía que el ilícito únicamente era punible cuando la víctima era menor de 12 años. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que ese aparte debía ser declarado inexequible para proteger a todas las personas que no han cumplido los 18 años[19].

Finalmente, en la sentencia C-148 de 2005 la Corte Constitucional eliminó las circunstancias que calificaban las lesiones ocasionadas a los bienes jurídicos

---

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 2002.
[19] Corte Constitucional, Sentencia C-468 de 2009.

protegidos por la norma penal. Ese fue el caso de la eliminación de la palabra "graves", que estaba contenida en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000, con la finalidad de que dicha condición no se requiriera para la configuración del delito de tortura en persona protegida[20].

c. Casos resueltos por el Tribunal Constitucional Alemán que justifican la flexibilización del principio de legalidad para privilegiar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación

La necesidad de acudir a herramientas jurídicas para la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos no es un fenómeno exclusivo de Latinoamérica. Con posterioridad a las experiencias históricas de la Segunda Guerra Mundial y la República Democrática Alemana (RDA), ese país europeo promulgó varias leyes y pronunciamientos judiciales de interés para el estudio que nos ocupa.

Así, el Tribunal Constitucional Alemán estudió la aplicación de normas que extendían los términos de prescripción en el caso de los crímenes cometidos con ocasión del régimen del nacionalsocialismo, así como el recurso presentado por los guardianes del muro de Berlín que fueron judicializados después de la caída de la RDA. En los casos mencionados, esa Corporación determinó que los principios que podían verse afectados por la aplicación de esas medidas debían ceder ante otros intereses, como por ejemplo, la efectiva sanción de conductas graves.

[20] Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2005.

i. Decisión del Tribunal Constitucional Federal en relación con la constitucionalidad de la Ley sobre el Cálculo de los Plazos en Materia Penal de 1965

Durante los últimos 50 años el Estado alemán ha adelantado diferentes cambios del régimen de prescripción penal, con el objeto de continuar la investigación y juzgamiento de aquellos delitos cometidos bajo el régimen nacionalsocialista. Tales cambios buscaron ampliar los términos de prescripción respecto de aquellos crímenes cuya acción penal aún no se había extinguido. De esta manera, en 1979, a través de la Ley 16 de Reforma Penal, se estableció la imprescriptibilidad de los homicidios pasados que no hubieran prescrito. Esto llevó a que la persecución penal de los homicidios cometidos bajo el régimen nacionalsocialista no pudiera cesar.

Ahora bien, a raíz de uno de estos cambios, el Tribunal Constitucional Federal estudió la constitucionalidad de la Ley sobre el Cálculo de los Plazos en Materia Penal de 1965, mediante la cual se prorrogaron los plazos de prescripción para los delitos de homicidio cometidos durante el régimen nazi y la posguerra, los cuales prescribían el 31 de diciembre de 1969. Con base en la ley promulgada y en relación con tales delitos, el término de prescripción de la acción penal se extendía más allá de esa fecha.

Argumentos del Tribunal alemán que justifican un tratamiento especial a los términos de prescripción de las graves violaciones a los derechos humanos

Conforme a lo planteado por los demandantes ante el Tribunal alemán, la ley transgredía el párrafo 2 del artículo 103 de la Ley Fundamental (prohibición de retroactividad penal). Sin embargo, para el Tribunal tales planteamientos no fueron de recibo, por cuanto omiten una distinción básica entre la noción

de punibilidad y la de persecución penal, la cual debe ser entendida en los siguientes términos:

> "La punibilidad de un hecho es presupuesto para su persecución. Una actuación sólo puede ser considerada punible, si su punibilidad determina legislativamente con anterioridad a la comisión del hecho. La punibilidad comprende la persecución, pero la persecución, por el contrario, no comprende la punibilidad. Un hecho punible, ya cometido, no pierde su carácter de ilegalidad por el hecho de que no hubiere sido perseguido o no pueda ser perseguido, por motivos legales o materiales.
>
> Las leyes retroactivas -fuera del ámbito de los asuntos contemplados en el artículo 103, párrafo2 de la Ley Fundamental- no son per se inadmisibles. Los límites constitucionales se originan aquí, sin embargo, en el mandato de la seguridad jurídica contemplado en el principio del Estado de Derecho.
>
> El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que pueda comportarse en forma correspondiente. En principio, se puede contar con que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsibles al momento de comisión de esos hechos (retroactividad perfecta). Bajo ciertas circunstancias la confianza de los ciudadanos puede requerir que se proteja su posición jurídica de una desvalorización a través de disposiciones posteriores, que simplemente actúan sobre asuntos actuales, aun no concluidos (retroactividad imperfecta). La seguridad jurídica significa para el ciudadano, ante todo, protección de la confianza.

Al Estado de Derecho, sin embargo, pertenece no solo la seguridad jurídica sino también la justicia material. Ambas caras del Estado de Derecho no pueden ser tenidas en igual forma por el legislador. Si la seguridad jurídica se encuentra en oposición a la justicia, entonces será función del legislador decidirse a favor de una u otra. Si esto ocurre sin arbitrariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos constitucionales

La prórroga de los plazos de prescripción para la persecución de los delitos que se encuentran sancionados con una pena privativa de la libertad por largos años, no tiene como consecuencia, desde la perspectiva constitucional, ningún daño relevante para la confianza"[21].

Los argumentos empleados por el Tribunal Federal fueron acogidos de modo generalizado por la doctrina alemana y, actualmente, constituyen una posición dominante sobre la materia[22].

De hecho, el principio de legalidad consagrado en el artículo 103 de la Ley Fundamental Alemana contempla solo casos en los que se establecen nuevas conductas punibles o se aumentan las penas, pero no menciona aquellas situaciones en las que se amplía el término de prescripción para el ejercicio de la acción penal. Así mismo, el artículo 103 II de la Ley fundamental únicamente establece prohibiciones respecto a la punibilidad, pero no establece límite alguno sobre el tiempo en el que debe investigarse una conducta.

---

[21] Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVERFGE 25, 269 – Prescripción de la acción penal, en SCHWABE, Jûrgen (comp.). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán* (México: Fundación Konrad Adenauer, 2009), 534-537.

[22] Ver, entre otras, Münchener Kommentar, 2012, Verlag C.H.Beck Comentario al Art. 78, Rudolphi/Horn/Samson StGB Systematischer Kommentar, 1993; Die Verjährung im Strafrecht (Helmut Satzger, Revista Jura, cuaderno 6, 2012), 43 y ss.

Lo descrito en líneas anteriores permite dilucidar las hondas semejanzas que existen entre los valores y principios constitucionales que rigen la prescripción de la acción penal en el sistema alemán y los contenidos propios de la Carta Política respecto al principio de legalidad. De ahí la fuerza que tiene la decisión atrás citada y que justifica un tratamiento especial a las graves violaciones a los derechos humanos.

Tampoco es posible afirmar que exista una violación de la prohibición general de retroactividad de la ley como expresión del principio de Estado de Derecho (artículo 20 III de la Ley Fundamental), pues como lo argumentó el Tribunal Constitucional, la aplicación con efectos en el pasado de la abolición o la ampliación de los términos de prescripción de la acción penal es un caso de retroactividad de la ley.

En síntesis, de acuerdo con el Tribunal Alemán, la protección de cierta confianza en la continuidad de reglamentaciones legales no puede perjudicar los intereses de justicia material, porque se trata de crímenes que revisten alta gravedad. Además, el interés que el autor pueda tener en determinar el tiempo durante el cual podrá ser penalmente perseguido antes de cometer el delito, no es susceptible de protección. Esto puede observarse en la regulación de suspensión de los términos de prescripción (artículo 78 c StGB), que permite que tales términos comiencen a contar de nuevo sin que la confianza del autor del delito goce de protección.

a. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los guardianes del muro de Berlín

Existe otro ejemplo que demuestra por qué la extensión de la prescripción se justifica en relación con la persecución penal de las graves violaciones a los derechos humanos. El Tribunal alemán resolvió un caso en el que algunos

soldados alemanes alegaban una violación al principio de legalidad, ya que fueron condenados por los homicidios que cometieron al haber asesinado a varias personas que intentaban cruzar el Muro de Berlín[23]. En esa oportunidad, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

> "El artículo 103, segundo párrafo, L.F., es una expresión del principio del Estado de Derecho. Este sienta las bases para el ejercicio de los derechos de libertad, garantizando la seguridad jurídica, sujetando el poder estatal a la ley y protegiendo la confianza. Pero el principio del Estado de Derecho también contiene como una de las ideas conductora de la Ley Fundamental la exigencia de justicia material.
>
> [...] Por cierto que esta situación jurídica, conforme a la cual la Republica Federal ha de ejercitar su poder punitivo basándose en el Derecho de un Estado que no hizo efectivos ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales, puede conducir a un conflicto entre las irrenunciables exigencias del Estado de Derecho contenidas en la Ley Fundamental y la prohibición absoluta de retroactividad del artículo 103, segundo párrafo, L.F. La estricta prohibición de retroactividad del artículo 103..., encuentra su justificación constitucional... en el especial principio de confianza, que alcanza a las leyes penales cuando ellas son dictadas por un legislador democrático sujeto a los derechos fundamentales. Ese especial principio de confianza desaparece cuando el otro Estado, aunque establece tipos penales para el ámbito de los más graves injustos criminales, al mismo tiempo ha excluido sin embargo su punibilidad para ciertos sectores a través de causas de justificación, exhortando precisamente –por encima de las normas escritas- a esos injustos, encubriéndolos y

[23] Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVERFGE 95, 96 – Guardianes del Muro – MAUERSSCHÛTZEN. En VIGO, Rodolfo (Coord.). *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy*. México: Distribuciones Fontamara, 2008, pp. 73-99.

menospreciando así de manera graves los derechos humanos generalmente reconocidos por la comunidad internacional. De este modo, el portador del poder estatal estableció una extrema injusticia estatal que solo puede imponerse mientras exista de hecho el poder estatal responsable por ella.

El Tribunal ha considerado que en los casos de una insoportable contradicción del derecho positivo con la justicia, el principio de la seguridad jurídica puede ser estimando menos valioso que el de la justicia material. (…)"[24] (Subraya fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, la pretensión de seguridad jurídica que tienen las personas de que no serán perseguidas penalmente por la comisión de determinados hechos, no puede prevalecer sobre el interés del Estado de proteger la justicia material y los derechos humanos de las víctimas. Aceptarlo constituye además, una afrenta contra la comunidad internacional quien, a través del cuerpo normativo que ha creado, e incluso el derecho de gentes, se convierte en un límite para el actuar de los Estados. Sobre esto último trata la cita que se transcribe a continuación:

"[…] Una causa de justificación de ese tipo, que confiere lisa y llanamente a la prohibición de cruzar la frontera un rango superior frente al derecho a la vida de las personas, no produciría ningún efecto al atentar de manera evidente e insoportable contra elementales exigencias de justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho de Gentes. Ese atentado sería tan grave que ofendería las convicciones jurídicas comunes a todos los pueblos acerca del valor y la

[24] Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVERFGE 95, 96 – Guardianes del Muro – MAUERSSCHÛTZEN. En VIGO, Rodolfo (Coord.) *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy* (México: Distribuciones Fontamara, 2008), 73-99.

dignidad del hombre. En un caso así el derecho positivo debería retroceder ante la Justicia.

La relación entre los así vinculados criterios de la fórmula de Radbruch y de los derechos humanos protegidos por el Derecho de gentes ha sido precisada por la Corte Suprema Federal en el sentido de que los criterios de la fórmula de Radbruch, difíciles de operar a causa de su indeterminación, se les habría añadido pautas de evaluación más concretas, dado que los pactos internacionales sobre derechos humanos ofrecerían puntos de apoyo para ello, cuando un Estado lesiona derechos humanos según la convicción de la comunidad jurídica universal."[25] (Subrayado fuera del texto original).

En consecuencia, los anteriores casos resueltos por el Tribunal Constitucional Alemán permitirán entender que la aplicación del término ampliado de prescripción a conductas cometidas en el pasado garantiza dos cosas. Por un lado, que las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos puedan conocer la verdad de los hechos. Y por el otro, que la sociedad en sí misma pueda contar con la seguridad de que aquellos crímenes serán investigados, con el fin de judicializar y sancionar a los responsables.

d. Conclusiones en relación con el principio de legalidad

Con base en los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales tanto nacionales como internacionales, puede afirmarse que, como resultado de una interpretación armónica del ordenamiento constitucional, es posible flexibilizar el principio de legalidad con el fin de garantizar la vigencia del

---

[25]Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVERFGE 95, 96 – Guardianes del Muro – MAUERSSCHÛTZEN. En VIGO, Rodolfo (Coord.) *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy (*México: Distribuciones Fontamara, 2008), 73-99.

derecho internacional de los derechos humanos, y con ello, los derechos de las víctimas y de la sociedad en general.

Parte de la doctrina ha apoyado esta postura, al señalar que "el estricto entendimiento de la persecución penal en el sentido del principio de legalidad opacaría la flexibilidad necesaria para responder a las situaciones político criminales modernas"[26]. Esto se debe a que "la tarea del derecho penal moderno también pertenece el dirigir procesos sociales a través de la persecución penal especialmente orientada y, así dar respuestas prontas a las nuevas situaciones de conflicto social"[27].

Por ello, el logro de la justicia material, así como la importancia de que el derecho penal se adecúe a las nuevas realidades y contextos en los que opera actualmente, como por ejemplo en el caso colombiano a la persecución de las graves violaciones a los derechos humanos, justifica que el principio de legalidad pueda ser limitado en circunstancias específicas. Así, en "la época contemporánea se ha producido la flexibilización del tradicional principio de legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad"[28].

No obstante, en el presente caso, al aplicar retroactivamente el término prescriptivo de 30 años no hay una vulneración del principio de legalidad, debido a que como lo explicó el Tribunal Alemán, la punibilidad comprende la persecución, pero la persecución no comprende la punibilidad. Tal como lo mencionó dicho órgano, "un hecho punible, ya cometido, no pierde su carácter

---

[26] José Fernando Perdomo Torres, *Fundamentación Penal Material Para el Ejercicio Procesal del "Ius Puniendi" y su Renuncia,* Conferencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, agosto de 2005, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pág.75

[27] *Ibid.*

[28] Fernando Velásquez Velásquez, *La Flexibilidad del Principio de Legalidad y los Crímenes que Agravian a la Humanidad,* Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, julio de 2012, pág.91.

de ilegalidad por el hecho de que no hubiere sido perseguido o no pueda ser perseguido, por motivos legales o materiales"[29].

En conclusión, extender el tiempo con el que cuenta el Estado para investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos no afecta automáticamente la libertad personal de los asociados, porque no implica que necesariamente se vaya a abrir un proceso penal. Además, no viola el principio de legalidad, por cuanto las conductas que alcanzan esta categoría existen en nuestra legislación desde hace muchos años, lo cual permite sostener que sus autores ya conocían que eran ilícitas al momento de cometerlas.

B. La aplicación retroactiva del término de 30 años a hechos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos es una limitación proporcional al principio de favorabilidad

Como se observa, la presente Directiva afirma que para todas las conductas que configuran graves violaciones a los derechos humanos se aplicará el término de prescripción de la acción penal de 30 años. Esta afirmación no es arbitraria. Tiene como fundamento el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, que como ha sido señalado, establece que para ciertas conductas que son particularmente graves, ese será el término de prescripción.

Con base en lo anterior, la presente Directiva sostiene también que ese término tiene aplicación incluso para conductas ocurridas con anterioridad a la Ley 599 de 2000. Una primera inquietud que surge en relación con ello, es si este entendimiento es constitucional, pues la prescripción de la acción penal

---

[29] Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVERFGE 95, 96 – Guardianes del Muro – MAUERSSCHÛTZEN. En VIGO, Rodolfo (Coord.) *La injusticia extrema no es derecho: de Radbruch a Alexy (*México: Distribuciones Fontamara, 2008), 73-99.

de esos delitos era más corta antes de dicha norma, lo cual pareciera afectar el principio de favorabilidad.

Con la finalidad de debatir el anterior postulado, será necesario realizar un juicio de proporcionalidad entre dos principios. Por un lado, las obligaciones que tiene el Estado colombiano de salvaguardar los derechos de las víctimas y su compromiso para garantizar que esos casos no queden en la impunidad. Y por el otro, el principio de favorabilidad, que hace parte del debido proceso del presunto responsable.

Para poder fundamentar lo anterior, a continuación se expondrán los siguientes puntos: (i) los llamados de la comunidad internacional a garantizar los derechos a las víctimas y a luchar contra la impunidad, sobre todo, a investigar las graves violaciones a los derechos humanos, (ii) se explicará el principio de favorabilidad, (iii) se demostrará que tiene carácter de principio, y (iv) se entrará a hacer el juicio de proporcionalidad.

1. Llamados de la comunidad internacional a garantizar los derechos de las víctimas y la lucha contra la impunidad

a. Lucha contra la impunidad y pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos

El Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha contra la Impunidad, elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, estableció lo siguiente sobre las obligaciones que tiene el Estado de impedir la impunidad:

> "Principio 1°. Obligaciones generales de los estados de adoptar medidas eficaces para luchar contra la impunidad. La impunidad constituye una

> infracción de las obligaciones que tienen los Estado de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas".

Por otra parte, mediante la Resolución No. 2004172, la Comisión de Derechos Humanos resaltó la necesidad de que los Estados luchen contra la impunidad, como una manera de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de las personas. Ese organismo internacional resaltó "[l]a importancia de combatir la impunidad para prevenir la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario"[30]. Y le pidió a los Estados que pusieran "fin a la impunidad por esos delitos enjuiciando a sus autores"[31].

De igual manera, la Resolución No. 60 de 2006 de la Asamblea General de la ONU, adoptó los Principios y Directrices Básicas sobre los Derechos de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos, a partir de los cuales las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario no podrán prescribir, cuando constituyan crímenes internacionales.

Si bien el ejemplo citado antes no es el mismo caso de las graves violaciones a los derechos humanos, sí evidencia que las consideraciones sobre la prescripción son diferentes en aquellas situaciones en las que los delitos son particularmente graves, por afectar altamente la dignidad de las personas.

Adicionalmente, la Asamblea General instó a los países miembros para que las disposiciones sobre la prescripción no fueran demasiado restrictivas. De

---

[30] Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Resolución No. 2004172.
[31] *Ibid.*

acuerdo con los anteriores principios, la Asamblea General determinó lo siguiente:

> "6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.
>
> Las disposiciones nacionales sobre la prescripción de otros tipos de violaciones y que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas"[32].

En el marco de las anteriores directrices generales, el Comité de Derechos Humanos insistió en que la acción penal para la persecución de crímenes que constituyen graves violaciones a los derechos humanos merece un trato especial por parte del ordenamiento jurídico. Así lo señaló en sus observaciones finales, luego de examinar diversos informes presentados por los Estados parte sobre el cumplimiento de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por ejemplo, en la Observación General No 31, el Comité señaló lo siguiente frente a la persecución de las graves violaciones a los derechos humanos:

> "Ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de

---

[32] Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución No. 60 de 2006 "Principios y Directrices Básicas sobre los Derechos de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos".

> responsabilidad jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos excesivamente breves de prescripción en los casos en que esas limitaciones son aplicables"[33].

Igualmente, al analizar la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por la dictadura militar en Panamá, el Comité expresó su preocupación por la prescripción de la acción penal en aquellas violaciones del derecho a la vida[34]. Al respecto, sostuvo lo siguiente:

> "El Estado parte debería asegurar que todos los casos de violaciones graves de derechos humanos, (...) sean debidamente investigados, que los responsables sean juzgados y, en su caso, sancionados y que las víctimas o sus familiares reciban una indemnización justa y adecuada. La prescripción de delitos por violaciones graves de derechos humanos debería ser suprimida"[35] (Subraya fuera del texto).

De igual modo, al evaluar el informe presentado por el Estado de Uruguay, el Comité resaltó la necesidad de inaplicar los términos legales de la prescripción de la acción penal en los casos de las graves violaciones a los derechos humanos.

En esa oportunidad, el organismo aprovechó para expresar su preocupación sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, en el cual, a pesar de que se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad por encontrarla contraria al derecho internacional de los derechos humanos, se afirmó "no reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

---

[33] Comité de Derechos Humanos, Observación General No 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, párr. 18.
[34] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Panamá, CCPR/C/PAN/CO/3, 17 de abril de 2008.
[35] *Ibid.*

y otras violaciones graves de derechos humanos, tales como las desapariciones forzadas, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales"[36] (Subrayado fuera del texto original).

Frente al caso chileno, el Comité contra la Tortura le recomendó "eliminar la prescripción o ampliar el actual plazo de 10 años previsto para el delito de tortura, habida cuenta de su gravedad"[37]. Incluso, dicho organismo fue más allá al pedirle al Estado de Eslovenia que declarara "imprescriptible el delito de tortura y aumente el plazo de prescripción de los demás tipos de malos tratos"[38].

De esta manera, resulta claro que a partir de los principios internacionales sobre impunidad, así como de los diferentes pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, las graves violaciones a los derechos humanos deben gozar de un tratamiento especial por parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados. Este tratamiento especial implica términos de prescripción amplios, que permitan la adecuada investigación, juzgamiento y sanción.

b. Derechos de las víctimas

En el Estado Social de Derecho, fundado en una democracia constitucional participativa y democrática (artículo 1, CP), las víctimas tienen el derecho a conocer la verdad de los hechos y a ser reparadas integralmente por las

---

[36] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Uruguay (CCPR/C/URY/5), 14 de octubre a 1 de noviembre de 2013.
[37] Comité contra la Tortura, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Conclusiones y recomendaciones al Estado de Chile, CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004.
[38] Comité contra la Tortura, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Conclusiones y recomendaciones al Estado de Eslovenia, CAT/C/CR/30/4, 27 de mayo de 2003, párr. 6 b).

consecuencias que hubiera podido causar la comisión del delito en sus vidas. Así lo ha señalado la jurisprudencia:

> "[e]n un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1°, CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes y, por ello, el concepto de víctima hace parte de la Constitución"[39].

Por otra parte, el artículo 2 de la Constitución afirma que las autoridades del Estado "están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (…)"[40]. Los funcionarios judiciales, especialmente los de la Fiscalía General de la Nación, están en el deber de adelantar las investigaciones que permitan aclarar los hechos y encontrar a los responsables de los delitos.

Precisamente, el Acto Legislativo 03 de 2002 reconoció la importante labor que los Fiscales del país deben cumplir para garantizar los derechos de las víctimas y lo consignó en el artículo 250 de la Constitución Política. La Corte resaltó la relación existente entre las víctimas y la Fiscalía General de la Nación al afirmar que no solamente tienen derecho a la verdad, sino también a la reparación y a una administración de justicia. En relación con ello, mencionó lo siguiente:

> "[s]e aclara que la víctima tiene un ámbito de protección verdaderamente amplio, ligado estrechamente a los deberes constitucionales de la Fiscalía General de la Nación y al derecho de acceder a la administración de justicia. De acuerdo a tales postulados la víctima y en general los perjudicados por un hecho delictual, tienen la máxima opción de "restablecer su derecho", mediante el otorgamiento

---

[39] Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002.
[40] Artículo 2, Constitución Política de Colombia.

de una protección plena e integral de sus derechos, a partir de su expectativa de "saber la verdad de lo ocurrido" para que se haga justicia; igualmente tienen derecho a procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y obligaciones, la definición de la controversia planteada dentro de un término prudencial y la adopción de las decisiones con respecto al debido proceso, entre otros"[41].

Todo esto generó que la Corte Constitucional reconociera que la protección a las víctimas requiere la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, como se indica a continuación:

"(…) la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que estos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos"[42].

Estos tres derechos de las víctimas fueron desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

"1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

---

[41] Corte Constitucional, Sentencia T-1057 de 2007.
[42] Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002.

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito"[43].

En síntesis, la reivindicación de los derechos de las víctimas exige que estas conozcan la verdad de los hechos y que los responsables de su sufrimiento sean declarados responsables. De ahí que el proceso penal deba garantizar una reparación integral a las víctimas. En otras ocasiones, el alto Tribunal Constitucional indicó que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación se configuran como presupuestos básicos que justifican la medida de otorgar especiales términos de prescripción a las acciones penales de conductas que atentan contra derechos y valores que merecen especial protección, de acuerdo con el ordenamiento interno e internacional.

C. La prescripción de la acción penal en casos de graves violaciones de derechos humanos según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano ha sido claro al señalar que no se puede oponer ninguna figura jurídica o política que impida la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos. Según la jurisprudencia de este Tribunal, en el caso de graves violaciones debe reforzarse el derecho a la tutela judicial efectiva en favor de todos los ciudadanos, así como el deber correlativo de los Estados de hacer eficaces dichas herramientas jurídicas.

---

[43] Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002.

Precisamente, esa Corporación formuló la obligación de los Estados en relación con las graves violaciones de derechos humanos de la siguiente manera:

> "La investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, (…) es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad"[44].

En consonancia con lo anterior, el alto Tribunal Interamericano estableció la prohibición general de que cualquier tipo de amnistía absoluta, prescripción, indulto u otro instituto jurídico, pueda alegarse para que un Estado se abstenga de investigar, juzgar y sancionar algún tipo de delito que constituya una grave violación de los derechos humanos. Por consiguiente, la obligación de los Estados no solo comprende la adopción de medidas conducentes a la investigación en el plano formal de la ley, sino que también se extiende a la exigencia de disponer los medios físicos y tecnológicos efectivos que garanticen el procesamiento y juzgamiento de los delitos que revisten violaciones de gravedad a los derechos humanos.

Por lo tanto, el Estado tiene el deber de evitar que se configure la impunidad de tales conductas y de garantizar que este tipo de hechos no se repitan. La anterior obligación resulta, entonces, un imperativo cuyo cumplimiento los Estados no pueden evadir y, mucho menos, obstaculizar o interferir por su acción u omisión. En tal sentido, con ocasión de la revisión del caso Barrios Altos vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó lo siguiente:

---

[44] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, N° 101.

> "(...) 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 Humanos"[45].

De manera que los Estados no pueden alegar la prescripción de la acción penal como excusa para sustraerse de la obligación de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos. La anterior prohibición ha sido reiterada en diversas ocasiones por la Corte Interamericana. Por ejemplo, en el estudio del caso Albán Cornejo vs. Ecuador, la Corte indicó:

> "111. 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 inadmisible 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"[46] (Subrayado fuera del texto original).

---

[45] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos vs Perú, consideración 41. Reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras, en las sentencias de los casos Caso Gelman vs. Uruguay consideración 225 y Gomes Lund y otros Vs Brasil consideración 171.

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Caso Alban Cornejo vs. Ecuador, consideración 111.

En el caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, la Corte insistió en su jurisprudencia sobre la imposibilidad de que el Estado archive las investigaciones penales en contra de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos por la prescripción del término de la acción penal. Al respecto, afirmó:

> "(…) El Tribunal destaca que la reciente decisión de la Sala Penal Segunda respecto a la aplicación del delito de desaparición forzada por los hechos ocurridos en contra del señor José Luis Ibsen Peña es acorde con la jurisprudencia de este Tribunal. Sin embargo, respecto a los hechos relacionados con la tortura y vejámenes a los que fue sujeto el señor José Luis Ibsen Peña, o al homicidio cometido en contra del señor Rainer Ibsen Cárdenas, este Tribunal considera conveniente recordar que ya ha señalado que en materia penal la prescripción determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Ahora bien, en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisible e inaplicable la prescripción, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas.
>
> En el presente caso este Tribunal estima que, independientemente de si una conducta es determinada por el tribunal interno como crimen de lesa humanidad o no, para el análisis de la aplicación del instituto procesal de la prescripción a conductas tales como la tortura o el asesinato cometidas durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, como ya ha quedado establecido en la presente sentencia y como fue reconocido por el Estado, debe tenerse

> en cuenta el deber especial que este tiene frente a tales conductas de realizar las debidas investigaciones y determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos respectivos para que estos no queden en la impunidad"[47] (Subraya fuera del texto).

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta claro que cualquier tipo de acción u omisión del Estado que interfiera con el adecuado procesamiento y juzgamiento de una conducta que revista el carácter de grave violación a los derechos humanos, constituye una infracción de la Convención Americana. Por ello, los Estados infractores deben asumir la responsabilidad por los hechos que se le imputan y adoptar las medidas pertinentes, con miras a reparar integralmente los daños de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e impedir la impunidad.

El especial tratamiento de la prescripción de la acción penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está justificado en la necesidad de respetar y garantizar los derechos de las víctimas, especialmente los referidos a la tutela judicial efectiva, y la exigencia de evitar la impunidad de las graves violaciones a los derechos.

Así, con base en las reglas jurisprudenciales fijadas por el Tribunal Interamericano, no puede oponerse la prescripción de la acción penal para impedir la investigación, el procesamiento y el juzgamiento de los responsables de violaciones sistemáticas y graves a los derechos humanos o impedir la reparación integral de los derechos de las víctimas de estas conductas.

---

[47] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de Septiembre de 2010, serie C, N° 2017.

2. Explicación del principio de favorabilidad

Uno de los principios que conforman el derecho fundamental al debido proceso es el principio de favorabilidad, el cual se encuentra consagrado en el tercer inciso del artículo 29 de la Carta Política, de la siguiente forma: "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Así mismo, este principio está incluido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968[48], y en la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 97272, que lo plasma igualmente en el artículo 9 en los siguientes términos:

> "Artículo 9° Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello" (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior implica dos situaciones. Por un lado, si la nueva ley es favorable en relación con la derogada, esta regirá todos los hechos delictivos que se cometieron durante la vigencia de dicha norma. Y, por otro lado, cuando la nueva ley contiene elementos más favorables que la ley que deroga, lo correspondiente es aplicar la nueva ley a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

---

[48] "Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

a) La relación entre la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal y el principio de favorabilidad

El principio de reserva legal –o, más exactamente, de no retroactividad de ley penal– tiene una excepción cuando se habla del principio de favorabilidad, ya que "[e]n materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"[49]. De esta manera, no puede impedirse la aplicación de una ley penal que sea más benigna para el investigado o acusado. Este principio que garantiza la libertad y otros derechos de las personas fue desarrollado y resaltado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al considerar:

> "El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de esta"[50].

Por su parte, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de aplicar las normas penales no solo de manera ultractiva, es decir, las normas que han perdido su vigencia y son aplicadas por su favorabilidad a ciertos los hechos punibles, sino también de manera retroactiva. En otras palabras, aquellos

[49] Ver: Constitución Política, Art. 29.
[50] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Marzo 15 de 1961.

casos en los que la favorabilidad de nuevas normas lleva a que sean aplicadas a hechos pasados[51].

De acuerdo con lo anterior, la excepción que plantea la prohibición de retroactividad de la ley penal al principio de favorabilidad, es una muestra de que este último puede ser ponderado, debido a que no es una regla en estricto sentido sino que conforme a su carácter de principio, admite limitaciones. Sobre este asunto se hablará en el siguiente acápite.

i. **El principio de favorabilidad no es una regla, sino un principio constitucional que debe ser ponderado con otros principios constitucionales**

Tal como se ha mencionado en varias oportunidades dentro del presente documento, otro de los cuestionamientos que puede surgir al aplicar el término de prescripción de 30 años para todas las conductas que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, y hacerlo para los hechos ocurridos con anterioridad a la Ley 599 de 2000, es que se vería afectado el principio de favorabilidad penal. Si bien la favorabilidad es un derecho que está consagrado en la Constitución Política, es necesario reconocer que puede ser objeto de ponderación por ser una norma con estructura de principio.

---

[51] "Esta consideración llevaría en principio a esta Corporación a concluir en la necesidad de condicionar la constitucionalidad del artículo atacado al respeto del principio de favorabilidad y concretamente a que se establezca que se aplicará de manera ultractiva la ley procesal penal si ella resulta favorable al procesado.
Sin embargo, estima la Corte que no procede declarar la constitucionalidad condicionada de la disposición atacada como lo sugieren tanto el Ministerio Público como los intervinientes, puesto que precisamente por expresa disposición constitucional (art 29 C.P.), toda norma en materia penal debe aplicarse de conformidad con el aludido principio de favorabilidad. Cabe resaltar además que este principio, referido a la disposición atacada, hace relación a la aplicación de la misma y no a la interpretación de su contenido, el cual como hemos visto se ajusta a la Constitución. No existe pues justificación para proferir una sentencia de constitucionalidad condicionada, en tanto que necesariamente, con o sin pronunciamiento de la Corte, el principio de favorabilidad debe ser respetado" ver: Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2002.

A continuación veremos que no es cierta la afirmación de que la interpretación propuesta en la presente Directiva anula el principio de favorabilidad. Por el contrario, y a través de un juicio de proporcionalidad y ponderación, se mostrará que (i) la favorabilidad es un principio y por tanto puede ser ponderada con otros principios y valores constitucionales, como es el caso de los derechos de las víctimas; y (ii) el resultado del juicio de proporcionalidad justifica extender el término especial de prescripción.

Esta interpretación ya ha sido expuesta en otros escenarios. Por ejemplo, en el informe pericial del caso de La Rochela vs. Colombia que fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se indicó que el principio de favorabilidad no es una regla, y por lo tanto, debe ser ponderado con otros principios consagrados en la Constitución Política[52].

La especial naturaleza que tiene el principio de favorabilidad lleva a que se deba "lograr un equilibrio entre los derechos del imputado y de las víctimas, teniendo en cuenta las situaciones concretas"[53], tal como lo manifestó el Estado colombiano en el caso de la masacre de La Rochela. En consecuencia, la ponderación entre la favorabilidad penal y otros derechos constitucionales debe asegurar, como lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que "no se haga ilusoria la justicia penal"[54].

Frente a esto último, la jurisprudencia constitucional indicó que, en los casos de colisión del principio de favorabilidad penal, deberá analizarse la situación concreta, con el propósito de determinar y evaluar si debe proceder o no un juicio de ponderación entre dicho principio y los derechos constitucionales que se quieren privilegiar con la medida:

---

[52]Arango Rivadeneira, Rodolfo. Informe pericial, Caso La Rochela vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
[53] Alegados finales del Estado colombiano, Caso La Rochela vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
[54] Caso La Rochela vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

> "Cabe precisar finalmente que como en dicha decisión –Sentencia C-200 de 2002– se puso de presente, la aplicación del principio de favorabilidad es un asunto que atañe el examen de situaciones concretas y por tanto, es un asunto precisamente de aplicación de la ley, por lo que corresponderá a los encargados de ello atender el mandato imperativo del tercer inciso del artículo 29 superior"[55].

Por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó que el principio de favorabilidad penal no puede aplicarse en los casos de desaparición forzada, ya que este es un delito de ejecución permanente que llevaría a que los responsables de dichas conductas recibieran beneficios penales injustificados, así como situaciones de injusticia y desigualdad entre dos conductas semejantes. Las razones que en esta oportunidad manifestó la Sala fueron, entre otras, las siguientes:

> "Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultra-actividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado (...).
>
> Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de

[55] Corte Constitucional, Sentencia T-941 de 2006.

protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola (...).

Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa (...).

Tercera, si de acuerdo con el artículo 6° de la Carta Política, las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto (...).

Cuarta, obsérvese que si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultractiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior (...)"[56] (Subraya fuera del texto original).

---

[56] Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencias de 26 de septiembre de 2002, radicación 11885; de 20 de mayo de 2008, radicación 23538 y de 24 de junio de 2009, radicación 31401

Por consiguiente, y tal como se observa en el caso de la desaparición forzada, la aplicación del principio de favorabilidad puede verse sujeta a restricciones de distinta índole. Una de ellas, es la necesidad de no favorecer injustificadamente a los responsables de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos. Esto se debe, además, a que de manera previa esas personas ya conocían que su actuación era ilícita.

3. Ponderación del principio de favorabilidad con los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación

Los ciudadanos tienen la expectativa legítima de que se les aplicará la norma más favorable. Por eso, no se puede negar que aceptar la tesis de que es posible extender el término prescriptivo contemplado en la Ley 599 de 2000 a los casos de graves violaciones ocurridos antes de la entrada en vigencia de dicha norma implica que probablemente el principio de favorabilidad se vería afectado. Lo anterior se da, por cuanto la prescripción que normalmente rige la acción penal de estas conductas es menor a 30 años.

No obstante, en el próximo apartado se mostrará que si bien podría existir una limitación al principio de favorabilidad, ésta es legítima y se fundamenta en la obligación que tiene el Estado de salvaguardar los derechos de las personas que fueron objeto de graves violaciones.

Lo anterior, podrá observarse al adelantar el juicio de proporcionalidad entre el principio de favorabilidad penal y los derechos de las víctimas, así como la obligación que tiene el Estado colombiano de erradicar la impunidad. Para lograrlo, se estudiará la adecuación de aplicar el término de prescripción contemplado en la Ley 599 de 2000, así como su necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

a. Juicio de proporcionalidad

Después de haber identificado la medida a implementar, así como los principios que deben sopesarse para la aplicación del término prescriptivo de 30 años, se pasará a hacer un juicio de proporcionalidad.

i. Idoneidad o adecuación del fin perseguido

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional los medios escogidos para la consecución del fin perseguido deben ser adecuados. En otras palabras, deben servir a la consecución de un fin constitucionalmente válido. La Corte ha sostenido al respecto lo siguiente:

> "En esta etapa del test de proporcionalidad se debe verificar si la medida enjuiciada resulta útil y adecuada para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima que persigue, ello ocurre si contribuye de manera efectiva a la consecución del fin propuesto, es decir, a la satisfacción de los principios y valores constitucionales para cuya protección se implementa"[57].

En este caso, se deberá determinar si la medida de aplicar de manera extensiva el término de prescripción contemplado en la Ley 599 de 2000 a casos de graves violaciones a los derechos humanos es idónea para lograr la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación, así como para la erradicación de la impunidad.

[57] Corte Constitucionales, Sentencia C-575 de 2009.

La tesis aquí sostenida afirma que la aplicación extensiva de los términos de prescripción de la acción penal garantiza los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación. Esto será explicado a continuación.

Es idóneo ampliar el término de prescripción de las graves violaciones a los derechos humanos para garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación

En relación con el derecho a la justicia, que ha sido definido por la Corte Constitucional como la garantía de que se haga justicia en el caso concreto, es decir, de que no quede en la impunidad, extender el término de prescripción le permite al Estado contar con un tiempo mayor para realizar de forma efectiva la investigación y juzgamiento de los responsables.

Su finalidad entonces, es que al tener 30 años para ejercer la acción penal, las autoridades puedan investigar con mayor profundidad lo ocurrido y así judicializar a los responsables. Por esa razón, se constituye en una manera de erradicar la impunidad y de garantizar que se haga justicia.

Aquí juega un papel protagónico una consideración adicional, y es que las graves violaciones a los derechos humanos en Colombia son conductas cometidas masivamente e involucran diversos actores. Esto genera complejidades al momento de investigarlas, pues requiere de la determinación del modus operandi de esas estructuras criminales y de sus patrones, entre otros aspectos que implican necesariamente que su esclarecimiento judicial tomará más tiempo del que se usa frente a los delitos ordinarios.

Además, esto logra generar conciencia en la sociedad sobre lo ocurrido, lo cual lleva a que exista una garantía de no repetición, dado que el "conocimiento público de los hechos", como lo titula la Corte, permite

identificar a los responsables. Lo anterior, a su vez, facilita que esas personas reconozcan y se responsabilicen por sus delitos, para luego reparar efectivamente a las víctimas. Precisamente, la Corte Constitucional afirmó lo siguiente:

> "El conocimiento público de los hechos, el señalamiento de responsabilidades institucionales e individuales y la obligación de reparar los daños causados son mecanismos útiles para crear conciencia entre las personas acerca de la magnitud de los daños causadas por el delito. En esa medida, son también mecanismos de prevención general y especial del delito, que sirven para garantizar que el Estado no apoye, autorice o asuma una actitud aquiescente frente a tales conductas"[58].

Igualmente, al estudiar la exequibilidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Corte Constitucional argumentó que conceder unos términos especiales de prescripción de la acción penal a este tipo de conductas era una medida adecuada, debido a la dificultad que representa encontrar a los responsables y lograr la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación. De ahí que la medida adoptada por el legislador sea constitucional:

> "Esta objeción parte de un hecho innegable: en términos generales el tiempo afecta también la posibilidad de conocer la verdad e identificar a los responsables. Sin embargo, frente a semejante objeción es necesario advertir dos circunstancias. Por una parte, resultaría difícil establecer un criterio definitivo para determinar en qué momento la acción penal y el interés en proteger los derechos a la verdad y a identificar a los responsables debe ceder frente a la dificultad que ello plantea. Por otra parte, aunque la dificultad de conocer la verdad sea una realidad en la mayoría de los casos, no es necesariamente así en todo ellos. No se

[58] Corte Constitucional, Sentencia C-875 de 2002.

> puede aceptar la dificultad para proteger los derechos individuales en la mayoría de los casos como argumento para negar absolutamente su protección. En esa medida, la eficacia variable de la acción penal en el tiempo no significa que su imprescriptibilidad sea inadecuada para proteger el interés general y los derechos individuales a conocer la verdad y los individuos e instituciones responsables"[59](Subraya fuera del texto).

Los anteriores desarrollos jurisprudenciales demuestran que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación gozan de una especial tutela dentro del ordenamiento nacional, puesto que las personas afectadas cuentan con una especial protección dentro del Estado, que es consecuencia de la aplicación de los conceptos de "Estado Social de Derecho", "democracia participativa" y "dignidad humana". Todo ello con el propósito de que sean protegidas y reparadas con ocasión de un hecho punible.

En ese orden de ideas, privilegiar la lucha contra la impunidad resulta ser un medio idóneo y acorde con el ordenamiento constitucional. Más aún, cuando la aplicación extensiva de los términos de prescripción de la acción penal garantizaría que las autoridades judiciales cumplan con sus deberes de protección y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así mismo, hace posible establecer las responsabilidades de quienes participaron en la comisión de dichos delitos. En suma, con esta medida el Estado podrá garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

ii. Necesidad

El segundo criterio que se debe estudiar en el juicio de proporcionalidad es la necesidad. Debe asegurarse que no existe otro medio más idóneo que pueda

---

[59] Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002.

dirigirse hacia el fin y que, además, disminuya el sacrificio de la medida de los principios constitucionales afectados por el uso de los medios escogidos para lograr el fin deseado. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

> "Es preciso determinar si el mismo propósito puede alcanzarse por medio de medidas que sean menos gravosas de los restantes principios, valores y derechos en juego"[60].

En relación con el caso concreto, la extensión del término de prescripción a 30 años es necesaria y no existe otra medida más idónea y menos gravosa. Podría pensarse que declarar la imprescriptibilidad de todas las graves violaciones a los derechos humanos es más garantista, que extender el término de prescripción a 30 años. Sin embargo, en este caso no existe un fundamento normativo que permita aplicar la imprescriptibilidad a las graves violaciones a los derechos humanos –como sí ocurre con los delitos de lesa humanidad. En este sentido, el término de prescripción de 30 años es una medida menos gravosa, fundada en la normatividad vigente y con la cual se protege ampliamente los derechos de las víctimas.

Como es sabido, en diversas ocasiones las graves violaciones de derechos humanos comprenden cadenas de hechos complejos cuya reconstrucción exige una gran cantidad de tiempo, y recursos. Estos hechos se enmarcan en circunstancias sociales y políticas que dificultan la realización de investigaciones y el desarrollo del proceso penal.

Por tal razón, la aplicación del término de prescripción de 30 años en las condiciones propuestas no solo es un medio idóneo, sino necesario para que el Estado cumpla con su obligación de investigar delitos de alto impacto social. De ese modo, se logra la satisfacción de los intereses de las víctimas y de la

---

[60] Corte Constitucional, Sentencia 575 de 2009.

sociedad, sobre todo, en el establecimiento de la verdad y la consecución de justicia y reparación.

En este contexto, aumentar el término de prescripción a conductas ocurridas con anterioridad a los términos prescriptivos que contempla actualmente el artículo 83 del Código Penal, otorga al Estado y a las víctimas un plazo razonable sin el cual estas no podrían formular sus reclamaciones, ni las autoridades judiciales cumplir con su deber de investigar. Al respecto, cabe recordar que la necesidad de establecer un plazo razonable para realizar la investigación está contemplada en la Constitución (artículo 29 superior) y, además, está señalada por la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 8.1 establece:

> "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".

Así mismo, en la Sentencia C-580 de 2002, la Corte Constitucional avaló la declaratoria de la imprescriptibilidad de la acción penal, puesto que se trata de una medida necesaria y no existe otra menos gravosa con los derechos y las garantías constitucionales. En este sentido, la extensión de los términos de prescripción de acción penal satisface los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y a la reparación. Igualmente, contribuye en la lucha contra la impunidad. Al respecto, la Corte señaló lo siguiente:

> "(…) En este sentido podría alegarse que la acción penal no es el único medio para saber la verdad, identificar a los responsables y reparar a las víctimas. Por lo tanto, debería preferirse otro mecanismo que no

afectara tanto los derechos de las personas inculpadas de haber cometido una desaparición forzada de personas. Así, en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, puede alegarse que las víctimas del delito tienen la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar del Estado la reparación directa de los perjuicios causados"[61].

Sin embargo, a dicho postulado la Corte Constitucional respondió que la vía contenciosa administrativa no resulta el medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de las víctimas, dentro de ellos el derecho a la verdad. En palabras de la Corte Constitucional:

"En cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, la acción de reparación directa no resulta tan eficaz como la acción penal. Así, aun cuando el tiempo puede imponer barreras para el esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables, son la Fiscalía General de la Nación y sus órganos adscritos, y no las partes, el juez o los auxiliares de la justicia dentro de un proceso contencioso administrativo, quienes tienen la mayor disponibilidad de los medios técnicos necesarios para sobrepasarlas.

En esa medida, frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalece

[61] Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002.

el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas"[62].

Del anterior análisis sobre la necesidad de la medida, puede concluirse que la aplicación extensiva de los términos de prescripción de la acción penal en los casos de graves violaciones de los derechos humanos es una herramienta que combate la impunidad, ayuda a establecer responsabilidades penales individuales y garantiza el acceso a la verdad de las víctimas. Incluso así ya ha sido reconocido por la Corte Constitucional frente a la desaparición forzada que también se encuentra incluida dentro del artículo 83 del Código Penal.

Lo anterior, quiere decir que si bien frente a un delito que alcanza la categoría de grave violación a los derechos humano, como la desaparición forzada, se considera que la extensión del término prescriptivo de la acción penal es necesaria, lo mismo ocurriría en relación con las demás conductas que también son graves violaciones.

iii. Proporcionalidad en estricto sentido

El tercer paso del test o proporcionalidad en estricto sentido es quizás el paso más importante y decisivo de este ejercicio argumentativo, por cuanto el intérprete debe sopesar y cerciorarse de que la medida a implementar no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso dentro del ordenamiento jurídico. En otras palabras, es necesario asegurar que existe una proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen como consecuencia de implementar la medida.

De esta manera, deberá justificarse por qué la aplicación extensiva del término de prescripción, consagrado en la Ley 599 de 2000, a todas las graves

---

[62] Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002.

violaciones de derechos humanos y a todos los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma que alcanzan tal categoría, logra grandes beneficios en términos de garantías y derechos de las personas.

Como se sostuvo líneas atrás, el hecho de aplicar de manera extensiva los términos de prescripción de la acción penal a casos de graves violaciones a los derechos humanos no comporta una violación al principio de legalidad, pues con ello no se viola el principio de reserva de ley ni tampoco de tipicidad de la acción penal. Esto se debe a que las conductas a las que se les aplicaría un régimen de prescripción distinto ya existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Adicionalmente, la medida que se pretende implementar tampoco viola el principio de prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, puesto que la prescripción entendida como el tiempo que tiene el Estado para ejercer la acción penal no es equivalente a las nociones de delito o pena. Esta se refiere a la oportunidad que tiene el Estado para investigar y responsabilizar a los culpables de los crímenes.

De igual modo, la aplicación extensiva del término de 30 años de prescripción se hará sobre los tipos penales y comportamientos que ya eran punibles para el momento en que ocurrieron, es decir, previos y preexistentes a los hechos.

Ahora, frente al principio de favorabilidad, ya se ha dicho que no hay duda de que, en los casos de graves violaciones de derechos humanos, las exigencias de punibilidad, de verdad, justicia y reparación son mayores que en otro tipo de delitos, debido al impacto que tienen estas conductas en la sociedad.

Por ello, deviene la necesidad de que las acciones penales de dichas conductas cuenten con un término de prescripción mayor al ordinario, así implique que

sea menos "favorable" para el presunto autor. De manera semejante lo ha exigido la jurisprudencia interamericana al Estado colombiano.

Sobre ese asunto, se ha dicho que el "nuevo derecho penal con dimensión internacional, (…) deja a un lado la ley como fuente formal y pone su atención a la costumbre, los principios generales del derecho y la doctrina"[63]. Esto a su vez, implica la flexibilización de principios tradicionales, como el de favorabilidad, en aras de proteger intereses superiores.

Cabe recordar que las graves violaciones a los derechos humanos desafían al sistema jurídico porque minan la confianza general en las instituciones estatales. De hecho, la zozobra y el dolor en el que sumergen a los miembros de la sociedad justifican que se otorgue a las autoridades judiciales la posibilidad de contar con un plazo mayor para el desarrollo de las investigaciones. Proceder en contrario comprometería gravemente las obligaciones que tiene el Estado de investigar y su posibilidad de responder integralmente a través del sistema penal a los diferentes intereses de la justicia, la verdad y la reparación, a los cuales tienen derecho las víctimas de los crímenes que atentan contra sus derechos.

El eventual menoscabo que sufre el principio de favorabilidad al extender el término de prescripción de 30 años a todas las conductas que constituyan graves violaciones, incluso para hechos ocurridos con anterioridad a la Ley 599 de 2000, es menor en relación con las exigencias sociales de investigar y juzgar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Esto se debe al alto impacto que dichas conductas tienen en la sociedad, pues desafían a las instituciones y atentan contra las condiciones más básicas de constitución de los seres humanos como sociedad, lo cual amerita una respuesta mucho más garantista y exigente por parte del sistema penal.

---

[63] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso Nº 33039 Bogotá D.C., 16 de diciembre de 2010.

Hasta este momento hemos mostrado cómo es constitucionalmente admisible extender el término especial de prescripción a todas las graves violaciones a los derechos humanos. A continuación se explicará, con base en lo anterior, que esto incluye que los 30 años también operen frente a la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales.

D. Aplicación extensiva del término de 30 años de prescripción a todas las graves violaciones de derechos humanos, incluida la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales

De acuerdo con la presente Directiva, se ha mostrado que de conformidad con los mandatos del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, no es posible oponer figuras como la prescripción para evadir la obligación de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos. La pregunta que debe resolverse entonces es cuál es el término de prescripción que razonablemente debe aplicarse en Colombia para todas las graves violaciones a los derechos humanos.

La respuesta parte de los siguientes dos presupuestos. Primero, en el ordenamiento colombiano no existen normas que establezcan la prescripción de las graves violaciones a los derechos humanos, tal y como ocurre con los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. Y segundo, en la normatividad interna existen disposiciones que establecen un término de prescripción amplio para algunas graves violaciones a los derechos humanos (art. 83 Ley 599 de 2000) pero no para todas. Es decir: ni la violencia sexual ni las ejecuciones extrajudiciales prescriben en 30 años de acuerdo a lo establecido en ese artículo.

Con base en esas dos premisas, puede inferirse entonces que actualmente existe para algunas graves violaciones de derechos humanos un término de prescripción amplio de 30 años. Y es razonable interpretar que ese término aplica y se extiende a las demás conductas que constituyen graves violaciones. Puesto de otro modo, es lógico entender que a partir de esa normatividad es posible aplicar ese mismo término de prescripción a todas las graves violaciones de derechos humanos, incluso si no se encuentran consagradas en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Esta es la interpretación que de forma más equilibrada resuelve el mandato que el derecho internacional de los derechos humanos le impone a Colombia, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La razón que lo sustenta es que ello armoniza la obligación de no oponer la prescripción como excusa para dejar de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, con la necesidad de fundamentar el tratamiento de la prescripción de estas conductas con base en disposiciones consagradas en el ordenamiento interno.

Para explicar lo anterior, el presente apartado se dividirá en cinco partes. Primero, se harán unas consideraciones iniciales sobre el tema. Segundo, se sostendrá que el artículo 83 del Código Penal es meramente enunciativo. Tercero, se explicará lo referente a las ejecuciones extrajudiciales. Cuarto, se hablará de la violencia sexual en Colombia. Y quinto, se formulará una síntesis del capítulo.

1. Consideraciones iniciales

El artículo 83 del Código Penal establece el término de prescripción de la acción penal para las graves violaciones a los derechos humanos[64]. Ese es el

[64] Artículo 83 del Código Penal. "El término de prescripción para las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de Derechos

caso de la desaparición forzada, el desplazamiento, la tortura, el homicidio contra periodistas, sindicalistas y defensores de derechos humanos. Sin embargo, hay otras conductas que también constituyen graves violaciones, pero no se encuentran enunciadas allí. Dos ejemplos de ello son la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales.

En relación con aquellas graves violaciones a los derechos humanos que están enunciadas dentro del artículo 83 es claro, por un lado, que el término de 30 años comenzará a contar desde la comisión de la conducta. Y por el otro, que cuando se trate de delitos de ejecución permanente, dicho término iniciará desde el último acto. Ese es el caso, por ejemplo, del desplazamiento forzado y de la desaparición forzada. En este último, la prescripción de la acción penal correrá desde que se tenga información cierta sobre el paradero de la persona o la ubicación de su cadáver adecuadamente identificado.

Al respecto, también es importante señalar que las desapariciones forzadas que iniciaron antes de que esta conducta fuera tipificada como delito y que continuaron ejecutándose después de que fue incorporado dicho tipo penal, deberán ser perseguidas según lo indicado actualmente. Este criterio fue adoptado por el Tribunal Superior de Bogotá en los siguientes términos:

> "Si bien es cierto, para el momento en que sucedieron los mismos la conducta penal sólo podía ser enmarcada en el punible de secuestro, es evidente que la misma se ha prolongado en el tiempo, permitiendo actualizar su actuar en el delito de desaparición forzada como norma penal que deviene en una descripción jurídica más precisa al acontecer investigado, pues este a más de reproducir los elementos típicos de otro

---

Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado será de treinta (30) años. En las conductas punibles de ejecución permanente el término de prescripción comenzará a correr desde la perpetración del último acto. La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible".

más general (secuestro), añade elementos adicionales que recogen con mayor riqueza descriptiva y más concreta la conducta desplegada"[65].

Por otro lado, en relación con las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual –que también son graves violaciones a los derechos humanos, pero no están enunciadas dentro del artículo 83 del Código Penal– es necesario señalar que subsiste el mismo imperativo de investigarlas, juzgarlas y sancionarlas. Así lo expresaron la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.

Adicionalmente, el hecho de no extenderles el término prescriptivo generaría un déficit de protección a los derechos de las víctimas de esas conductas. Mientras que en relación con las demás graves violaciones a los derechos humanos, como la tortura o el desplazamiento, el Estado contará con 30 años para perseguirlas, frente a estos dos delitos no ocurriría lo mismo.

2. Carácter enunciativo del artículo 83 del Código Penal

Según los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional el carácter taxativo y por ende restrictivo de la ley penal aplica para aquellas normas que establecen conductas punibles, toda vez que en virtud del principio de legalidad todos los delitos deben estar inequívocamente definidos por la ley[66]. En este sentido, el legislador deberá identificar el hecho, así como la consecuencia jurídica del mismo con el fin de que el funcionario judicial determine si el acusado incurrió o no en un delito.

---

[65] Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 30 de enero de 2012, Radicación 11001070400320080002509, Procesado Luis Alfonso Plazas Vega. http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/palacio20.html

[66] Corte Constitucional, Sentencia C-843 de 2009.

Por ese motivo, resulta fundamental que la normativa penal contenga los sujetos, el verbo rector y la sanción a aplicar de manera clara y precisa. Así lo ha expresado el alto Tribunal constitucional al resaltar:

> "La taxatividad consiste en la descripción de los hechos que merecen reproche penal, se hace de manera precisa y delimitada en relación con una circunstancia o situación específica, abstracta y objetiva, sin que ello sea obstáculo para que en algunas oportunidades existan elementos subjetivos, normativos o complementarios, directos, y/o indirectos y/o circunstanciales. Así, será posible determinar en forma clara los sujetos, el verbo rector, los objetos material y jurídico, y la pena en forma clara y precisa"[67].

Lo anterior permite afirmar que el principio de taxatividad penal busca que los ciudadanos puedan conocer cuáles son las conductas prohibidas por el ordenamiento, así como las penas correspondientes a cada uno de los delitos, ya que como lo resaltó el alto Tribunal:

> "[E]l límite al poder punitivo del Estado, en lo relativo a asegurar el principio de legalidad, se refleja como garantía de objetividad, pues la finalidad perseguida con la determinación de los hechos punibles consiste en que sean previsibles para el ciudadano los presupuestos de punibilidad y la clase de pena imponible para reprimir la conducta ilícita"[68].

En ese sentido, aquellas reglas penales que no establecen los comportamientos objeto de reproche penal, sino que por el contrario regulan el desarrollo de la acción penal deberán interpretarse de una manera sistemática y adecuada, es decir, a la luz de los demás contenidos del ordenamiento jurídico. De este

---

[67] Corte Constitucional, Sentencia C-996 de 2000.
[68] Corte Constitucional, Sentencia C-996 de 2000.

modo, aquellas normas que, como el artículo 83 C.P. le asignan a ciertas conductas un tratamiento especial a los términos de prescripción de la acción penal tienen un carácter netamente enunciativo.

Precisamente, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del numeral 4° del artículo 32 del Código Penal y en virtud del cual, "no se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura" consideró que dicha regla no gozaba de un carácter taxativo, sino enunciativo. Por ello, podrían incluirse otras conductas que de acuerdo con el ordenamiento no pueden ampararse bajo la obediencia debida. En esta oportunidad, el alto Tribunal argumentó lo que a continuación se cita:

"La referencia expresa que se hace de ellos, en forma enunciativa, simplemente resulta coherente, como lo recuerda la vista fiscal, con el artículo 91 inciso primero de la Carta, así como con los diferentes textos de derecho internacional aplicables en nuestro ordenamiento en este campo (art. 93 C.P.), en los que expresamente se excluye la posibilidad de acudir a la obediencia debida para excusar los actos de genocidio desaparición forzada y tortura, así como otras conductas claramente prohibidas en cualquier circunstancia

Una interpretación sistemática y adecuada del ordenamiento penal y procesal penal permite afirmar que además de las exclusiones expresas que hizo el legislador en el inciso cuestionado, tampoco podrá declararse la ausencia de responsabilidad por obediencia debida, sea cual fuere el delito investigado, si no se cumplen la totalidad de los requisitos para reconocerla según nuestro ordenamiento jurídico, los cuales se consagran en el mismo numeral 4 del artículo 32 de la ley 599 de 2000 en su inciso primero. Es necesario entonces que se obre en cumplimiento de orden legítima (lo que implica que no sea antijurídica),

que ésta sea emitida por la autoridad competente y que se respeten las formalidades legales"[69] (Subrayado fuera del texto original).

A partir de los anteriores desarrollos jurisprudenciales puede concluirse que la taxatividad penal solo opera para aquellas normas que fijan conductas y sanciones penales. Eso se da en la medida que, es indispensable que tanto los ciudadanos como los funcionarios judiciales puedan determinar los elementos en virtud de los cuales "es esa y no otra la conducta que de manera objetiva, da lugar a una sanción penal"[70].

Por esta razón, aquellas normas que regulan la acción penal de las conductas podrán interpretarse de manera sistemática y adecuada con los demás contenidos del ordenamiento jurídico, ya que frente a ellas no opera en igual medida el principio de taxatividad penal.

---

[69] De acuerdo con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N°47/133 del 18 de diciembre de 1992 ninguna orden o instrucción de autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada, y en consecuencia, toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla (art. 6.1.). Y en relación con la tortura, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos", y sobre el tema específico de acuerdo al artículo 5 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, mediante Resolución 34/169, ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá, infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza a la seguridad nacional o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De otro lado, en relación con el genocidio figura la Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio, aprobada por Ley 28 de 1959. Adicionalmente deben tenerse en cuenta en este campo una serie de normas de derecho internacional en relación con otros delitos en los que prima facie no cabe la obediencia debida como excusa. Así en relación con las ejecuciones arbitrarias o sumarias, la violación y actos de agresión sexual, y la mutilación, se debe señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Civiles y Políticos, así como los Convenios de Ginebra, artículo 3 común y Protocolo II, artículo 4; Finalmente sobre el Apartheid, debe mencionarse la Convención sobre la Represión y el castigo del crimen de Apartheid. (Ley 26 de 1987).

[70] Corte Constitucional, Sentencia C-996 de 2000.

Lo anterior, es precisamente lo que ocurre con el artículo 83 del Código Penal, pues las conductas enlistadas allí tienen carácter enunciativo. Eso permite que bajo una interpretación armónica del derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución y la garantía de los derechos se las víctimas, se pueda atribuir la misma consecuencia jurídica en materia de prescripción a la violencia sexual y a las ejecuciones extrajudiciales.

3. Ejecuciones extrajudiciales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que en aquellos casos en los que agentes estatales detengan y asesinen a ciudadanos, los Estados tienen la obligación de investigar penalmente a los responsables y asegurarles a las víctimas un debido proceso en la determinación de sus derechos[71].

En relación con ello, en el caso de Barrios Altos vs. Perú, el Tribunal Interamericano calificó un caso de ejecución extrajudicial como una grave violación a los derechos humanos y consideró que el Estado había vulnerado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial al impedir que las víctimas fueran oídas por una autoridad judicial. De la misma manera, indicó que las ejecuciones extrajudiciales deben ser investigadas penalmente y no pueden ser objeto de prescripción, ni amnistía[72].

El anterior precedente jurisprudencial fue tenido en cuenta en la sentencia del caso Myrna Mack contra Guatemala. Allí, la Corte Interamericana abordó el homicidio de un activista de derechos humanos ocurrido en una operación de

---

[71] Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37

[72] En este sentido se pueden ver entre otros: Corte IDH. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 119.

inteligencia militar, el cual se produjo en medio de otras ejecuciones extrajudiciales selectivas[73].

En esa oportunidad, la Corte Interamericana fue enfática al señalar la necesidad de que las autoridades judiciales investiguen tanto los móviles como los responsables de las ejecuciones extrajudiciales. En palabras de ese Tribunal: "En caso de ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos sus responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales"[74].

Los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos demuestran que Colombia está en la obligación de investigar y juzgar a los responsables de las ejecuciones extrajudiciales, pues la comunidad internacional ha insistido en reconocer que son graves violaciones a los derechos humanos. De ahí que, con la finalidad de que el Estado colombiano cumpla dichas obligaciones, el término prescriptivo de 30 años contenido el artículo 83 también deberá ser aplicado a estos casos, pues existe el mismo imperativo de perseguir penalmente tanto la desaparición forzada, o la tortura, como las ejecuciones extrajudiciales.

a. No otorgarle el mismo término de prescripción genera una desigualdad negativa que se traduce en un déficit de protección a los derechos de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales

La jurisprudencia constitucional indica que la igualdad es un concepto de carácter relacional:

---

[73] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 276.
[74] Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 276.

> "Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de comparación". Cuáles sean estos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado ***tertium comparationis,*** para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y solo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad"[75].

En este caso, al comparar el término prescriptivo de las dos conductas, por un lado, aquellas graves violaciones a los derechos humanos que tienen una prescripción de 30 años. Y, por otro, las conductas que son consideradas como graves violaciones por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que tienen una prescripción corriente, genera una desigualdad que atenta contra los principios y derechos consagrados en la Constitución Política.

El trato desigual que surge en razón a que legislador no incluyera dentro del artículo 83 del Código Penal a las ejecuciones extrajudiciales desconoce los artículos 13, 29 y 229 de la Constitución Política, ya que las víctimas de este tipo de conductas cuentan con menores posibilidades de que la administración de justicia investigue y judicialice a los responsables de estas graves violaciones a los derechos humanos.

A su vez, estas condiciones ocasionan una afectación negativa que está prohibida por el ordenamiento constitucional. La Carta Política reconoce derechos iguales a todas las personas, sobre todo, cuando se encuentran en un

---

[75] Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992.

estado de debilidad manifiesta. Esto es lo que ocurre con las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos, quiénes como consecuencia de los crímenes que debieron soportar y las serias afectaciones que sufrieron, son sujetos de especial protección por parte del ordenamiento colombiano.

En concordancia con ello, resulta evidente que el trato diferenciado genera una desigualdad negativa para la situación de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales, debido a que estas se encuentran excluidas del artículo 83 del Código Penal, el cual permite al Estado contar con mayor tiempo para la investigación de las conductas calificadas como graves violaciones a los derechos humanos. Dicha situación implica que haya un déficit de protección de sus derechos, pues el artículo 83 no reconoce que sus casos también requieren términos de prescripción más amplios, encaminados a luchar contra la impunidad y a garantizar la verdad, la justicia y la reparación.

4. La violencia sexual en contra de las mujeres y otros sujetos de especial protección constitucional como las niñas, niños, adolescentes y personas LGBT

Una de las conductas que ha sido catalogada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de los tribunales internacionales como una grave violación a los derechos humanos es la violencia sexual en contra de las mujeres[76]. Las razones que lo sustentan son diversas, pero en términos generales, están orientadas a evidenciar las serias afectaciones que este tipo de conductas generan contra la integridad de las personas. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente:

[76] Directiva "Por medio de la cual se determinan los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos".

> "La violación es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente", situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas"[77].

La violencia sexual se agrava cuando hay participación de agentes estatales. Así lo señaló la Corte Interamericana en el caso del Penal Miguel Castro vs. Perú. En esa ocasión, el Tribunal aseguró que "la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente"[78].

Lo mismo ocurre cuando la violencia sexual es perpetrada contra otros sujetos de especial protección constitucional. Por ejemplo, en el caso de las personas LGBT, se observa que es frecuente la comisión de agresiones sexuales en su contra por los estereotipos de género que las estigmatizan.

a. No permitir que la acción penal de la violencia sexual prescriba en 30 años constituye un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y genera un déficit de protección de las víctimas de estas conductas

Mantener una distinción del término prescriptivo de 30 años entre la violencia sexual y las demás graves violaciones a los derechos humanos genera un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano. Sucede de esa manera porque existe el mismo imperativo de investigar, juzgar y sancionar tanto las graves violaciones como los crímenes internacionales.

---

[77] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú (2006), párr. 311.
[78] *Ibid.*

Para sostener lo anterior, resulta ilustrativa la Sentencia C-936 de 2010. En esa ocasión, la Corte Constitucional declaró una omisión legislativa relativa al artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, el cual consagra los delitos sobre los cuales no es posible aplicar el principio de oportunidad. Dicha norma hacía referencia a los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, entre otros, pero no incluía a las graves violaciones a los derechos humanos.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional señaló que incluir a los crímenes de lesa humanidad dentro del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal era insuficiente, ya que pueden presentarse actos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos que no estén dentro de esa categoría, pero frente a los cuales el Estado tiene la misma obligación de investigar y juzgar. En palabras de ese Tribunal:

> "El parágrafo 3° examinado excluye de sus consecuencias jurídicas, una categoría de violaciones que por su gravedad y relevancia en el plano internacional, es asimilable a los casos previstos en la norma. Su inclusión se hace necesaria para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta, toda vez que no existe ninguna justificación para no incluir las graves violaciones de los derechos humanos dentro de las prohibiciones para la aplicación del principio de oportunidad. Se trata de hechos que comparten el similar nivel de gravedad, de reproche internacional y que convocan, en ese plano las mismas exigencias en materia de lucha contra la impunidad"[79] (Subraya fuera del texto).

Por consiguiente, está claro que la jurisprudencia constitucional considera que existe la misma obligación de investigar y juzgar tanto los crímenes

[79] Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010.

internacionales como las graves violaciones a los derechos humanos, a pesar de que estos últimos no contengan ciertos elementos para ser considerados, por ejemplo, crímenes de lesa humanidad.

Así, la obligación de mantener un término prescriptivo más amplio para las graves violaciones a los derechos humanos, tal como lo consagra el artículo 83 del Código Penal, es aplicable frente a todas las conductas que alcanzan esta categoría, incluida la violencia sexual.

Existe la misma obligación jurídica y ética de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos, frente a cualquier conducta que alcance esa categoría. Por ello, es importante reiterar que según el Sistema Interamericano de Derechos humanos, "de acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos"[80].

Igualmente, no aceptar que se aplique el término de 30 años crearía un déficit de protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual, pues a pesar de que son hechos igual de reprochables, existirá mayor probabilidad de que las víctimas, por ejemplo, de desaparición forzada o tortura, vean satisfechos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Esto se debe a que en relación con esas conductas, el Estado contará con mayor tiempo para ejercer la acción penal y encontrar a los responsables.

Lo anterior es inadmisible. Tal como lo sostuvo la Corte Constitucional, si bien el legislador goza de una amplia potestad legislativa, existen límites que se derivan del respeto a los "derechos de las víctimas de los delitos y del

[80] Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad"[81]. Así que no es posible justificar que el artículo 83 del Código Penal genere una distinción desfavorable frente a las víctimas de violencia sexual.

b. La exclusión de la violencia sexual del listado de conductas enunciadas dentro del artículo 83 del Código Penal es particularmente grave en el contexto colombiano

En el contexto colombiano hay razones adicionales para sostener que es necesario que la violencia sexual en contra de las mujeres tenga un tratamiento especial, en relación con la aplicación del término de prescripción del artículo 83 del Código Penal. Esto se debe a que, con el objetivo de conseguir que dichos casos no queden en la impunidad, y debido al carácter sistemático y generalizado con el cual se comenten, es indispensable que el Estado cuente con todas las herramientas necesarias para poder investigarlas efectivamente. Sobre ello existen reconocimientos judiciales que resultan importantes, entre los cuales se incluyen los de la Corte Constitucional, que sostienen lo siguiente:

> "La violencia sexual contra la mujer es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano, así como lo son la explotación y el abuso sexuales, por parte de todos los grupos armados ilegales enfrentados, y en algunos casos aislados, por parte de agentes individuales de la Fuerza Pública"[82].

Con base en lo anterior, es evidente que los casos de violencia sexual en Colombia no son graves solamente por las conductas en sí mismas, sino

---

[81] *Ibid.*
[82] Corte Constitucional, Auto 092 de 2008.

porque además alcanzan un alto nivel de generalidad al afectar a un gran número de mujeres. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al sostener que:

> "Numerosas fuentes nacionales e internacionales han informado a la Corte Constitucional, mediante relatos consistentes, coherentes y reiterados, sobre la ocurrencia reciente de cientos de actos atroces de contenido sexual contra niñas, adolescentes, mujeres y adultas mayores a todo lo ancho del territorio nacional y en distintos escenarios del conflicto armado, que en sí mismos constituyen crímenes graves bajo la legislación nacional y el Derecho Internacional Humanitario"[83] (Subrayado fuera del texto original).

En síntesis, las serias afectaciones que genera la violencia sexual y el número de niñas y mujeres que han sido víctimas, demuestran que en el contexto colombiano es aún más importante que el Estado cuente con un término de prescripción prolongado, en este caso, de 30 años. De lo contrario, es muy probable que no se logre garantizar que se conozca quiénes son los responsables, y con ello, que las víctimas vean satisfechas sus demandas de justicia, verdad y reparación.

c. Particularidades en relación con la prescripción de la violencia sexual

Dado que fue posible argumentar que la violencia sexual también constituye una grave violación a los derechos humanos, es importante hacer una aclaración sobre la manera en la que operará la prescripción cuando las víctimas son menores de edad.

---

[83] Corte Constitucional, Auto 092 de 2008.

El inciso 3 del artículo 83 del Código Penal señala que "cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en 20 años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad".

De acuerdo con la doctrina, la razón que sustenta el hecho de que el término prescriptivo cuando se trata de conductas constitutivas de violencia sexual contra menores de edad comience a correr una vez la persona cumple la mayoría de edad, es la siguiente:

> "Dado que estos delitos pueden afectar a un sujeto a edades muy tempranas de su formación, su descubrimiento puede no producirse de inmediato o simplemente quedar en el anonimato, por lo que el legislador presume que llegado un cierto momento, en este caso la mayoría de edad del ofendido, este posee la madurez suficiente o cuenta con los medios para desvincularse de las presiones o amenazas de las que pudo haber sido objeto y así denunciar el delito, evitando de este modo la promesa de impunidad que supondría la llegada del plazo de prescripción de la acción penal"[84].

Lo anterior, responde a las recomendaciones que ha hecho el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas a varios países. Un ejemplo, fue la calificación positiva que dicho organismo hizo frente al caso chileno, debido a que en ese país, como actualmente ocurre en Colombia, "el inicio de la cuenta de la prescripción de la acción, en el caso de los delitos sexuales (...) se computará desde el momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

---

[84] Carlos Cabezas. *Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código penal.* Polít. crim. Vol. 8, Nº 16 (Diciembre 2013), Art. 12 pp. 386-407. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A2.pdf]

Con ello se ha otorgado más tiempo a las víctimas para procesar su experiencia y realizar la denuncia"[85].

No obstante, si la conducta constitutiva de violencia sexual cometida contra menores de edad alcanza la categoría de grave violación a los derechos humanos, la acción penal deberá prescribir en 30 años. Ese término también comenzará a correr una vez la persona cumple la mayoría de edad. Y el motivo que lo justifica es que, tal como se ha sostenido a lo largo del texto, frente a esta conducta es indispensable que el Estado cumpla con su obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables. Lo anterior se hace incluso más evidente, debido a que en dichas circunstancias la víctima es un sujeto de especial protección constitucional.

En consecuencia, si se trata de una grave violación a los derechos humanos, la acción penal de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o el delito consagrado en el artículo 237 del Código Penal, que sean cometidos en contra de menores de edad, prescribirá en 30 años contados a partir del momento en el cual la víctima alcance la mayoría de edad.

5. Síntesis del presente capítulo

Tanto las graves violaciones contenidas dentro del artículo 83 del Código Penal como la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales, que también alcanzan dicha categoría, deben prescribir en 30 años. Sostener lo contrario implicaría que el Estado le está restando importancia a conductas que también son graves, alrededor de las cuales es fundamental contar con el máximo término de prescripción para asegurar una investigación seria y efectiva.

---

[85] Derechos de los Niños en Chile. Informa alternativo al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile. Santiago, octubre de 2014. P. 26.

Adicionalmente, el listado enunciado dentro del artículo 83 del Código Penal no puede ser interpretado de forma restrictiva, pues de conformidad con la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, el Estado no debe permitir que ninguno de estos hechos, ya sea la violencia sexual, las ejecuciones extrajudiciales o las otras enunciadas en dicho artículo, queden impunes. De lo contrario, se "propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares"[86].

Es importante recordar que la obligación general de investigación, juzgamiento y sanción contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue ratificada por el Estado colombiano y hace parte del bloque de constitucionalidad, se acentúa cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos. Así lo ha aceptado la Corte Interamericana al sostener que la "obligación de investigar, juzgar y sancionar (...) adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados"[87].

Por consiguiente, la prescripción de la acción penal de la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales será de 30 años, con independencia de los tipos penales a través de los cuales se persiguen esas conductas actualmente, o incluso, antes de la Ley 599 de 2000. Esto ocurrirá también cuando la víctima de violencia sexual sea menor de edad.

---

[86] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Sentencia del 12 de septiembre de 2005, párr. 95.
[87] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso la Cantuta vs. Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006.

E. Los delitos conexos a las graves violaciones a los derechos humanos tienen el mismo régimen prescriptivo

1. La conexidad de delitos

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la conexidad sustancial de delitos consiste en la relación estrecha entre comportamientos con descripciones típicas y autónomas que están envueltas "en una sola motivación finalista. Vale decir, todos ellos se hallan unidos en un propósito determinante final que los unifica"[88].

Así, esa Corporación señaló que la relación entre los punibles puede ser de tres formas. Primero, teleológica, en los casos en que los delitos cometidos en diferentes momentos de una misma cadena finalística, por ejemplo, el homicidio cometido para realizar un hurto. Segundo, paratática, en los casos en que "no existe una sola cadena finalística sino dos que coinciden en determinado momento y siguen juntas hacia un fin único", tal como el lavado de activos procedente de un delito de extorsión. Y tercero, hipotática, en los casos en que existen dos cadenas finalísticas, pero los delitos no se sobreponen en ningún momento, como cuando se causa la muerte al testigo de otro delito[89].

a. Régimen prescriptivo de los delitos conexos a las graves violaciones a los derechos humanos

De estos parámetros, se deduce que los delitos conexos se constituyen en medios para cometer el delito fin o en medidas orientadas a garantizar su

---

[88] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de junio de 1982. Rad. 26836. Reiterada por en la Sentencia de Casación del 21 de junio de 2012, Rad. 33101.
[89] Ibíd. Ejemplos tomados de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 5 de 2007. Proceso No. 25931. M.P: María del Rosario González de Lemos

resultado u ocultamiento, que en este caso, son las graves violaciones a los derechos humanos. Así, ante la gravedad de las conductas y la necesidad de satisfacer de manera adecuada los derechos de las víctimas y los estándares internacionales, se concluye que los delitos conexos a las graves violaciones a los derechos humanos deben ser sometidos al mismo régimen prescriptivo de éstas.

i. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Para sustentar esta idea, en primer lugar, vale rememorar que la jurisprudencia interamericana demanda a los Estados la satisfacción del recurso judicial efectivo sin distinguir entre las graves violaciones a los derechos humanos y sus delitos conexos. En el estudio del caso Albán Cornejo vs. Ecuador, la Corte indicó:

> "111. 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 inadmisible 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"[90] (Subraya fuera del texto).

[90] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Caso Alban Cornejo vs. Ecuador, consideración 111.

Además, cabe reiterar el importante precedente de esa Corte en el caso Barrios Altos vs. Perú. En esta providencia la Corte IDH dictaminó:

> "41. 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 Humanos"[91] (Subraya fuera del texto).

Como vemos en los apartes aquí citados y en las demás decisiones referidas a lo largo de este documento, la Corte Interamericana (i) se refiere a la prescripción como uno de los institutos penales sin distinguir entre las graves violaciones a los derechos humanos en sí mismas consideradas y sus conexas y (ii) demanda la satisfacción de la tutela judicial efectiva como fin último de sus órdenes.

A manera de ejemplo puede citarse la sentencia del Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, en el que la Corte Interamericana demandó al Estado la investigación y sanción efectiva de los responsables de esa masacre. En dicha oportunidad, ese Tribunal señaló lo siguiente:

> "263. A la luz de las anteriores consideraciones, Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran

[91] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos vs. Perú, consideración 41.

resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria. El proceso deberá versar sobre los hechos y sus implicaciones jurídicas. Asimismo, los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Finalmente, la Corte dispone que el resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad colombiana conozca la verdad de lo ocurrido."[92] (Subraya fuera del texto).

De allí, que a las autoridades estatales les corresponda disponer la adopción de términos prescriptivos especiales para delitos conexos a las graves violaciones a los derechos humanos en uso del *control de convencionalidad*. Cabe recordar que según lo indicado por ese tribunal internacional:

> "176. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos

[92] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2004, Caso 19 comerciantes vs. Colombia, consideración 262 y 263. En la cita, el Tribunal cita los casos de Myrna Mack Chang vs Guatemala y el Caso de Caracazo vs Venezuela y Trujillo Oroza vs Boliva.

> jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."[93] (Subraya fuera del texto).

Por consiguiente, y de acuerdo con los pronunciamientos del Sistema Interamericano que fueron señalados antes, la prescripción no puede ser un instrumento para que el Estado incumpla con su obligación de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos. Igual suerte deben correr entonces, los delitos que son conexos a éstas, ya que son conductas punibles que van de la mano. Incluso, permitir que se les aplique el mismo término prescriptivo garantiza los derechos de las víctimas, entre ellos, a conocer la verdad de lo sucedido, tal como se demostrará en el siguiente acápite.

ii. Derechos de las víctimas

Es necesario mencionar que las conductas ilícitas conexas constituyen medios para alcanzar el delito fin o en medidas para garantizar su resultado u ocultamiento. Por ello, resulta imperativa su investigación penal, con el fin de esclarecer la ocurrencia de los hechos y satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad en general.

---

[93] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil, consideración 176.

Así, el Conjunto de Principios actualizado para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, reconoció el derecho inalienable de los pueblos a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes, sus circunstancias y motivos. Así como, el derecho imprescriptible de las víctimas a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones a sus allegados y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrieron sus familiares[94]. Igualmente, dichos principios señalan que los Estados están en la obligación de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a la verdad de las víctimas está contenido en las disposiciones que amparan el derecho a un juicio justo, libertad de pensamiento y expresión y el derecho a la protección judicial de la Convención Americana.

Así, el Tribunal Interamericano ha sostenido que (i) el Estado está obligado a proveer a las familias de las víctimas la verdad sobre las circunstancias relativas a los crímenes (Velásquez Rodríguez vs Honduras), (ii) el resultado de todos los procedimientos investigativos debe ser divulgado al público para que "la sociedad sepa la verdad" (Myrna Mack vs Guatemala), y (iii) la sociedad tiene el derecho a saber la verdad relacionada con los crímenes para prevenirlos en un futuro (Bámaca Velásquez vs Guatemala).

Como vemos, la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad en general involucra el esclarecimiento de las causas, motivos, autores y las circunstancias en las que se produjeron estas violaciones. Causas y circunstancias en las que puede estar involucrada la comisión de delitos para

---

[94] ONU, Comisión de Derechos Humanos, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principios 2 y 4.

garantizar su resultado u ocultamiento, esto es, de los delitos conexos a las graves violaciones a los derechos humanos.

iii. La jurisprudencia argentina sobre la prescripción de los delitos conexos

Es el ánimo de garantizar la verdad, el que ha permitido que países como Argentina hayan dispuesto – en su caso – la imprescriptibilidad de delitos conexos a las conductas de lesa humanidad con el fin de asegurar la investigación de conductas graves. Así, cabe recordar varios casos en los que jueces de ese país suramericano han permitido la judicialización de conductas conexas a los delitos de lesa humanidad, al considerar inadmisible su prescripción en razón a su relación sustancial.

En un primer caso, se revocó el sobreseimiento de un proceso en el que se investigaba al ex comisario Carlos Alberto Navarro por presuntamente haber destruido 23 libros con datos sobre las causas de muerte de personas desaparecidas durante la dictadura argentina. En su decisión, la Cámara Federal de la Plata declaró que el delito de "sustracción, ocultación, destrucción e inutilización de objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente"[95] era conexo a los delitos de lesa humanidad ventilados en ese juicio, y por tanto, imprescriptibles[96].

Un segundo caso, fue una causa en la cual estaba involucrado un juez federal por presuntamente encubrir las detenciones arbitrarias durante la dictadura. En esa oportunidad, la Cámara Federal de Mendoza afirmó lo siguiente:

---

[95] Camara Federal de la Plata, Sala I, Sentencia del 30 de abril de 2003, Caso Carlos Alberto Navarro.
[96] *Ibid.*

"En tal sentido, a modo ilustrativo, puede citarse el fallo de la Cámara Federal de la Plata (…) que revocó la resolución de primera instancia que había declarado extinguida la acción penal por prescripción y, en consecuencia, sobreseído al imputado acusado de los delitos previstos en los artículos 255 y 277 del Código Penal. Al efecto, dicho Tribunal tuvo en cuenta que "a esta altura del proceso no corresponde escindir los hechos que motivan la formación de esta causa, de la desaparición de personas en curso de investigación por ante la Secretaría Única del Tribunal, en tanto se ha alegado la destrucción de libros de reconocimiento médico legal, que contendrían datos que podrían conducir a esclarecer el lugar de inhumación de los cadáveres de aquellos que habrían desaparecido durante el período comprendido entre los años 1976 y 1983". Partiendo de la tesis de la manifiesta vinculación de los hechos investigados en la causa con los crímenes contra la humanidad cuya prueba habría sido objeto de supresión por medio de tales hechos, la Cámara de la Plata sostuvo –como argumento principal- que los delitos previstos por los artículos 255 y 277 del C.P. eran imprescriptibles, por resultar conexos, concomitantes y tributarios respecto del delito de desaparición forzada de personas que, de conformidad a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, es imprescriptible."[97] (Subraya fuera del texto).

Otro precedente argentino que vale la pena resaltar, es el referido a la causa llevada en contra del exdictador Jorge Videla y otros. En esa ocasión, se investigaba el apoderamiento del grupo económico Mackentor S.A. por parte de éste a través de la ocupación de sus bienes, el congelamiento de sus fondos por medio del Banco Central del país, y la tortura a sus directivos debido a un

[97] Camara Federal de Mendoza, Auto del 18 de mayo de 2011, Caso Otilio Romano,33. Reiterada por http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/mdza128.html

presunto "financiamiento a actividades subversivas". En la decisión, la Cámara Nacional de Casación Penal afirmó lo siguiente[98]:

> "Sin pretensión de analizar o valorar aquí las imputaciones delictivas deducidas, lo cierto es que las conductas endilgadas al acusado (...) no pueden escindirse del contexto en que supuestamente se habrían producido las privaciones ilegítimas de la libertad e imposición de tormentos a las víctimas de autos, esto es, a partir del telón de fondo de la llamada "lucha contra la subversión". Ello permite ser interpretado así, habida cuenta que las víctimas de los delitos de lesa humanidad que surgen del relato de los hechos eran miembros del órgano directivo de Mackentor S.A., empresa que habría sido objeto de apoderamiento mediante las conductas descriptas en la pieza acusatoria. Dicha circunstancia revelaría, pues, la relación directa existente entre la presunta actuación de Videla en este caso —los delitos de Abuso de autoridad, Allanamiento ilegal de domicilio, Usurpación y Robo calificado, en concurso real— y la comisión de los aludidos crímenes de lesa humanidad, padecidos por quienes estaban a cargo o trabajaban en aquella empresa.
>
> (...)
>
> A propósito de la conexidad de delitos comunes y de lesa humanidad, la Cámara Nacional de Casación Penal, en esta misma causa, ha entendido ya que "resulta prematura la declaración de extinción de la acción penal por prescripción" si se repara en que no se ha podido "determinar el contexto en el que habrían sucedido las afectaciones al derecho de propiedad, si media una relación directa entre las disposiciones

[98] Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, Sentencia del 22 de junio de 2012, Videla, Jorge Rafael y otros s/recurso de casación. http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-videla-jorge-rafael-otros-recurso-casacion-fa12261165-2012-06-22/123456789-561-1622-1ots-eupmocsollaf

> patrimoniales y los otros derechos cuya vulneración también fue esgrimida por los acusadores y si resulta posible escindir los sucesos a efectos de verificar si constituyen delitos de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles" [99] (Subraya fuera del texto).

Como vemos, el tratamiento prescriptivo de los delitos conexos en el caso argentino está originado en su especial relación con los "delitos principales" que pretenden abordarse judicialmente.

En iguales términos deberá operar en Colombia, cuando el esclarecimiento de los delitos conexos que constituyen medios para cometer graves violaciones a los derechos humanos, o en medidas para garantizar su resultado u ocultamiento, resulten indispensables para satisfacer de manera adecuada el derecho a la verdad de las víctimas. Esa también es una forma de ejercer el control de convencionalidad, ya que de acuerdo con los compromisos adquiridos por el Estado colombiano, la prescripción no puede ser una herramienta que propenda por la impunidad.

---

[99] Esa decisión judicial, también se hace referencia a diversos precedentes del caso Argentino, del que vale la pena resaltar la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal Argentina en el caso de Jorge Carlos Radice en que afirmó: "La defensa ha planteado que los delitos imputados a Radice no encuadrarían dentro de esta categoría y, por lo tanto, se encontrarían prescriptos. [...]. Una solución como la pretendida [...], en este estado del procedimiento, podría acarrear responsabilidad internacional dada la vinculación que tiene con las graves violaciones de los derechos humanos. [...] Y esto así, dado que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados, sino de los principios de ius cogens del derecho internacional." (C.N.C.P., Sala III, Causa n° 7112, Registro n° 444.07.3, 09.05.2007)". Así como la decisión en la causa de Gustavo Adolfo Alsina en la que se afirmó que "al abordar la situación procesal de los imputados- sostuve que correspondía dictar el procesamiento, como supuesto autor del delito de Encubrimiento, en contra del médico forense que había extendido el certificado de defunción de una de las víctimas de la "U.P.1", por estimar que, con su accionar, el encausado había supuestamente procurado encubrir los tormentos seguidos de muerte que le infligieran al detenido (ALSINA, Gustavo Adolfo p.ss.aa. Imposición de tormentos agravados y homicidio calificado" (resolución de fecha 21.10.2008, L° 298 F° 93).

F. Consideraciones en relación con la prescripción de las graves violaciones a los derechos humanos en el contexto transicional colombiano

La justicia transicional, como un conjunto de mecanismos encaminados a la superación de las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, enfrenta una serie de tensiones entre principios y valores de acuerdo a los contextos en que sea implementada.

Una de estas tensiones es la referida al cumplimiento estricto de la obligación de investigar, juzgar y sancionar todas las graves violaciones a los derechos humanos sin que sea posible alegar disposiciones de derecho interno como la prescripción para cesar su persecución penal. Ante este dilema, este escrito pretende mostrar que es posible flexibilizar este mandato, siempre y cuando, se implementen diversos mecanismos de justicia transicional que satisfacer los derechos de las víctimas de estas conductas.

1. La obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos es un principio que puede ser ponderado

a. La finalidad de la obligación

Con base en los deberes de respeto y garantía, tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que no es posible invocar disposiciones de derecho interno ante la falta de investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones de derechos humanos[100]. Según el segundo de estos organismos, este mandato tiene como

[100] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2007, Caso Alban Cornejo vs. Ecuador, consideración 111. ""111. La prescripción en materia penal determina la extinción de la

finalidad evitar la impunidad de estas conductas graves a la luz del derecho internacional, y con ello "mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas"[101].

b. Esta obligación tiene carácter de principio

La Corte Constitucional ha señalado que existe un pilar constitucional referido al "compromiso del Estado Social y Democrático de Derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas" a partir del cual se deriva la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario[102].

Igualmente, esa Corporación manifestó que la justicia transicional puede dar lugar a tensiones entre las obligaciones al Estado, las cuales obligan a llevar a cabo ejercicios de ponderación con el fin de "diseñar modelos transicionales que no desconozcan los contenidos mínimos de cada deber y que contengan un justo balance de los principios en pugna"[103].

Bajo estos supuestos, ese Tribunal concluyó que la obligación de investigar, juzgar y sancionar tiene el carácter de principio y por ende puede ser

---

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 inadmisible 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".

[101] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de Septiembre de 2010, serie C, Nº 2017.

[102] Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt, consideración 8 "Juicio de sustitución".

[103] Ibíd.

ponderada con los deberes de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos y buscar la paz estable y duradera. Así:

> "La ponderación se ha de llevar a cabo, en consecuencia, entre las diferentes maneras en que las normas demandadas afectan la justicia, y los demás valores y derechos constitucionales a proteger, a saber: la paz, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y el derecho a la no repetición de las conductas violatorias de derechos humanos".[104]

El especial carácter de esta obligación en contextos transicionales derivados de un conflicto armado también fue estudiado por los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el voto concurrente del caso de "El Mozote y lugares aledaños". En esta decisión, esa Corporación reconoció que existe una tensión entre los principios de reconciliación nacional y salida negociada del conflicto, de un lado, y la obligación de investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos, por el otro. Así, planteó que "no hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión, pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta".[105]

Ahora bien, la prescripción de las graves violaciones a los derechos humanos comparte este carácter. Por ello, resulta relevante resaltar que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas toma en consideración su cumplimiento gradual al admitir que la acción y la sanción penal por estas conductas, pueda corresponder a las del delito más grave en el respectivo Estado parte. Tratamiento diferenciado que fue avalado por la

---

[104] Fragmento expresamente citado en las sentencias C-579 de 2013 y C-370 de 2006.
[105] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador.

Corte Constitucional colombiana al estudiar la ley aprobatoria de esta Convención.[106]

2. La obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos puede ser flexibilizada en favor del alcance de una paz estable y duradera y los intereses de la justicia

a. Principios en tensión

La aplicación estricta de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, especialmente, en lo relacionado con la prescripción especial de estas conductas puede implicar la permanente indeterminación sobre la reinserción para los excombatientes y el tránsito del conflicto armado a la democracia para las víctimas y la sociedad.

En este sentido, se advierte una tensión entre (a) la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, materializadas en el deber de establecer términos prescriptivos especiales para estas conductas, y (b) la justicia transicional y el alcance de una paz estable y duradera, materializada en las necesidades de alcanzar la salida negociada al conflicto y garantizar de manera adecuada la satisfacción de los derechos de las víctimas.

---

[106] Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Al respecto afirmó: "Frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas".

La anterior dicotomía requiere evaluar la proporcionalidad de la flexibilización condicionada de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos cuando se lleve a cabo un proceso que cuente con la implementación de diversas medidas judiciales y extrajudiciales de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

i. Principio de investigación, juzgamiento y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos

De acuerdo con lo expuesto más arriba, la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos busca evitar la impunidad.

ii. Principio de la justicia transicional

La justicia transicional es "toda una variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación"[107]. En ese sentido, la implementación de medidas de justicia transicional rebasa el ofrecimiento de un tratamiento especial a un grupo armado y, por el contrario, implica el emprendimiento de diversos mecanismos para la superación del conflicto armado interno.

Así, tanto el Secretario General de las Naciones Unidas, como el Relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, han insistido en que las medidas no sean iniciativas aisladas e independientes, sino

---

[107] Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 3 de agosto de 2004, "El Estado de derecho y la justicia de transición", S/2004/616, párrafo 8. http://daccess-ods.un.org/TMP/9258252.97832489.html

que hagan parte de toda una política de superación de la violencia de acuerdo al contexto en el que se llevan a cabo[108].

3. El derecho a la paz

La paz es un pilar fundamental y un elemento fundacional de la Constitución de 1991. Por ello, la Corte Constitucional ha resaltado que la paz es un bien supremo, un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos constitucionales y uno de los principios fundacionales del Estado colombiano que justifican su existencia[109].

A su vez, la paz es el principio fundante del derecho internacional[110] y el presupuesto para el reconocimiento de la dignidad y los derechos de todos[111]. Por ello, Declaración Universal de Derechos Humanos contempla que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos"[112], mandato que es reiterado por la Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz de 1978[113] y la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz de 1984[114].

---

[108] Relator Especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, Pablo de Greiff, informe del 9 de agosto de 2012, A/HRC/21/46, consideraciones 20 a 27. http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf

[109] Corte Constitucional. Sentencia C- 579 de 2013.

[110] Así, el artículo 1° de la Carta de Naciones Unidas dota de contenido la expresión "paz y seguridad internacionales" al establecer que es necesario emprender medidas colectivas eficaces para garantizar los actos de agresión y el arreglo de controversias a través de medios pacíficos.

[111] Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[112] Artículo 28.

[113] Adoptada a través de la Resolución 33/73 del 15 de diciembre de 1978. Este documento destaca que "toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo tiene el derecho inmanente a vivir en paz".

[114] Adoptada a través de la Resolución 39/11 del 12 de noviembre de 1984, con las abstenciones de Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia. Esta Declaración indicó que "que los pueblos de nuestro planeta tienen el derecho sagrado a la paz", por lo que "fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado"

b. Finalidad de la medida

i. Contribución a la justicia transicional

A través de la flexibilización de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos se busca garantizar la participación de los excombatientes en la implementación de las diferentes medidas de justicia transicional, así como centralizar de los esfuerzos de persecución penal en los crímenes internacionales. De manera que esta limitación no tiene por objeto principal beneficiar a quienes pueden ser procesados en un futuro, sino asegurar la adecuada implementación de medidas de justicia transicional en beneficio de quienes fueron afectados por la confrontación armada.

ii. Contribución a la paz

En primer lugar, la restricción de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos busca asegurar el alcance de una paz estable y duradera y el cierre del proceso de justicia transicional.

En segundo lugar, la medida busca generar claridad sobre los deberes y las condiciones de quienes se acojan a un tratamiento penal favorable y evitar que la incertidumbre sobre estos tópicos entorpezca la firma de acuerdos de paz. Por ello, es necesario mencionar que la posibilidad de iniciar, reanudar o continuar la persecución penal de las graves violaciones, muchos años después de cesado el conflicto, y habiendo implementado medidas holísticas de justicia transicional, impide la efectiva reinserción de quienes vuelven a la vida civil, ante la permanente zozobra sobre su situación jurídica.

Así, la ponderación de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos resulta razonable cuando se implementan de forma adecuada los postulados de la justicia transicional holística e integral y se contribuya por parte de quienes dejan las armas a la satisfacción de los derechos de las víctimas y la sociedad en general.

c. Adecuación de la medida

i. Contribución a la justicia transicional

La flexibilización de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos a través de la limitación a la prescripción de estas conductas resulta adecuada para el alcance de diversas medidas de justicia transicional.

Así, esta medida puede constituir una vía significativa para canalizar los esfuerzos de persecución penal en la judicialización adecuada de los máximos responsables de crímenes internacionales, última frontera establecida por el Derecho Internacional para el tratamiento penal favorable en los contextos transicionales.

Conforme a estos argumentos, cabe recordar entonces que la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos tiene como propósito principal evitar la impunidad. No obstante, y conforme lo ha indicado el Relator Especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, "la práctica ha demostrado que las iniciativas aisladas y fragmentarias de enjuiciamiento no acallan la demanda de otras

formas de justicia distintas del mero enjuiciamiento"[115]. Por lo que la limitación puede constituir una medida adecuada no sólo para el desarrollo de los juicios, sino también para el progreso de un escenario posconflicto enmarcado en diversos esfuerzos para la superación de las graves vulneraciones de forma holística e integral.

De otro lado, esta medida se constituye en un estímulo para que quienes dejan las armas contribuyan a la verdad y la reparación a las víctimas ya que su tratamiento penal favorable puede estar condicionado al aporte en estos campos. En este sentido, es importante resaltar la contribución de los victimarios resulta vital para el esclarecimiento comprehensivo de las causas, circunstancias, modalidades y consecuencias de la violencia. Elementos que a su vez se interrelacionan con las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición ya que permiten reconocer el sufrimiento de quienes padecieron las vulneraciones y brindar elementos para las reformas políticas e institucionales necesarias para evitar su ocurrencia.

Cabe recordar que son los victimarios quienes también deben en gran parte ofrecer las disculpas públicas que incluyan el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades[116]. E igualmente, que la contribución de los victimarios a la verdad resulta indispensable para la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las vulneraciones graves, la adhesión de las instituciones públicas al imperio de la ley, la promoción de mecanismos para resolver los conflictos sociales o el funcionamiento independiente del poder judicial como garantías de no repetición de los hechos[117].

---

[115] Informe del relator especial para la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición al Consejo de Derechos Humanos del 9 de agosto de 2012, A/HRC/21/46, párrafo 23. http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf

[116] Contemplada como una medida de satisfacción por parte de la Resolución 60/147.

[117] Reconocidos como medidas de no repetición por la Resolución 60/147 y los Principios de Orentlicher.

ii. Contribución a la paz

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha resaltado que existe una relación bidireccional entre los procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración –DDR– y las medidas de justicia de transición. Así, ha señalado que los primeros brindan la estabilidad necesaria para la implementación de medidas de verdad, reparación y justicia, mientras que la segunda ofrece legitimidad e integralidad de las iniciativas de DDR y facilitar la reintegración[118].

Con esta base, la funcionaria recomendó que durante las negociaciones de paz se brinde claridad sobre los programas de DDR, las medidas de transición y sus relaciones con el fin de evitar la frustración de la futura desmovilización ante la imposición de condiciones no previstas a quienes hacen parte de los grupos. Además, resaltó la necesidad de coordinar ambos campos con el fin de mantener la estabilidad y promover "la rendición de cuentas, la búsqueda de la verdad y la reconciliación"[119].

Así, la flexibilización condicionada de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos es una medida adecuada para determinar las limitaciones y los condicionamientos a los que están sujetos quienes dejan las armas y asegurar la ejecución de las medidas de justicia transicional al establecer un umbral para la definición de la situación jurídica de quienes dejan las armas.

La principal consecuencia de esta flexibilización, es decir, la centralización de los esfuerzos de persecución penal en los crímenes internacionales, permite la

---

[118] Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición a la Asamblea General, 4 de julio de 2011, A/HRC /18/23, párrafo 56. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-23_sp.pdf

[119] Ibíd., párrafos 59 y 60. Este abordaje temprano permitiría generar claridad a víctimas y excombatientes y generar los vínculos institucionales necesarios entre ambos programas una vez llegado el posconflicto.

realización de juicios en tiempos razonables y a su vez, impide la incertidumbre prolongada para quienes hacen parte del proceso de reintegración ya que ésta es un factor de riesgo para el desmantelamiento definitivo de los grupos armados como una garantía de no repetición.

d. Necesidad de la medida

i. Realización de la justicia transicional

La observancia inflexible de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos conlleva la inadecuada judicialización de las violaciones a escala cometidas en el conflicto armado colombiano y, contrario a su fin, propicia la impunidad en vez de evitarla, al demandar del Estado el cumplimiento de una tarea imposible de terminar.

Sobre este punto, es necesario mencionar que es precisamente la demanda de eficacia la que justifica la selección de casos y situaciones, que de acuerdo a lo determinado por la Corte Constitucional debe partir de la efectiva judicialización de los crímenes internacionales[120]. Así, vale recordar que:

> "La política de selección de casos parte del reconocimiento por parte de las autoridades judiciales, ejecutivas o legislativas, de la imposibilidad de investigarlo todo y de la necesidad de visibilizar ante la comunidad nacional e internacional los casos más complejos, de mayor impacto social y paradigmáticos que sirvan de modelo ejemplificativo de la verdadera capacidad que tiene un Estado para enfrentar la criminalidad

[120] Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

de sistema. Así mismo, debe servir como agente disuasorio de conductas punibles que no se deben repetir en la sociedad"[121].

Así, al comprender que la justicia transicional es un conjunto de medidas para superar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario es necesario acudir a otras medidas que permitan la satisfacción de los derechos de las víctimas y la sociedad en general. En este contexto, la ponderación de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos se torna necesaria para la implementación de algunas de las medidas de justicia transicional, sobretodo, para hacer posible la realización de juicios a los máximos responsables de las conductas más graves.

Igualmente, es necesario mencionar que la contribución de los excombatientes a mecanismos judiciales y extrajudiciales de verdad es indispensable para la garantía del "derecho a saber", debido a que cierta información sobre los hechos únicamente es conocida por ellos. De esta manera, es posible acudir al enfoque de complementariedad e integralidad de la justicia transicional para satisfacer los derechos de las víctimas.

ii. Contribución a la paz y a la no repetición

Los programas de DDR y la justicia de transición se encuentran íntimamente relacionados ya que los primeros son el primer paso para poner fin a la violencia y lograr la seguridad a corto y mediano plazo. "A la inversa, tales programas no pueden por sí solos consolidar la paz ni garantizar a largo plazo la seguridad y la estabilidad. Para la consecución de esos objetivos, los

---

[121] Forer, Andreas y López, Claudia. Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia. En: Ambos, Kai. Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales, GIZ – Profis, 2011, 240.

programas deben tener lugar en el contexto de una transformación política y socioeconómica y una reforma institucional más amplias" [122].

Así, la ponderación de la obligación de investigar, juzgar y sancionar se presenta como la condición necesaria para que quienes van a abandonar las armas puedan prever las consecuencias de su decisión y opten por participar de las diferentes medidas de justicia transicional y de los programas de DDR[123].

Por el contrario, sostener que a pesar de la contribución eficiente a cada uno de los componentes de la justicia transicional y el cumplimiento de cada uno de los condicionamientos propios de los programas de reintegración es posible la persecución penal de las graves violaciones a los derechos humanos, genera en quienes hacen parte del proceso de paz la seguridad de que nunca podrán reintegrarse completamente a la vida civil ante la permanente indeterminación sobre su situación jurídica y muy a pesar de las contribuciones que hagan al posconflicto.

e. Proporcionalidad en estricto sentido de la medida

La ponderación de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos no representa *per se* una restricción a la justicia y una medida de impunidad debido a que la extensión de la

---

[122] Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición a la Asamblea General, 4 de julio de 2011, A/HRC /18/23, párrafo 70. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-23_sp.pdf
[123] Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición a la Asamblea General, 4 de julio de 2011, A/HRC /18/23. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-23_sp.pdf

prescripción no implica necesariamente la punibilidad de las conductas, sino la posibilidad de investigar y juzgarlas[124].

Igualmente, tal y como se ha explicado, la ponderación de esta obligación sería un medio para garantizar los derechos de las víctimas y la sociedad en general. Así, en este apartado se hará referencia a las múltiples razones que permiten aseverar que la restricción condicionada del principio es razonable frente a la implementación de un esquema de justicia transicional en el caso colombiano.

i. Los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido a la posibilidad de ponderar la obligación de investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones a los derechos humanos cuando se trate de transiciones de conflictos armados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que la transición a la democracia como fruto de un conflicto armado interno representa un contexto diferente, en el que es pertinente el artículo 6.5. del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativa a la posibilidad de aplicar amnistías salvo por crímenes de guerra y de lesa humanidad[125].

---

[124] Al realizar el examen de constitucionalidad de la "Ley sobre el Cálculo de los Plazos en Materia Penal" de 1965 –mediante la cual el Legislador alemán prorrogó los plazos de prescripción para los delitos homicidio cometidos durante el régimen nazi y la posguerra, los cuales prescribían el 31 de diciembre de 1961– el Tribunal Constitucional Alemán estableció que la extensión de la prescripción de una conducta punible no implica, de forma necesaria, que esta vaya a ser efectivamente sancionada por parte del Estado. Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVERFGE 25, 269 – Prescripción de la acción penal, en SCHWABE, Jûrgen (comp.). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 534-537

[125] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador, consideración 141. Al "analizar e interpretar el alcance de las normas de la Convención Americana en el presente caso en que los hechos ocurrieron en el contexto de un conflicto armado no internacional y de conformidad con el artículo 29 de la Convención Americana, recurrir a otros tratados internacionales, tales como los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en particular el

Así, en el Caso de "El Mozote y lugares aledaños" la Corte Interamericana valoró los esfuerzos emprendidos por el estado salvadoreño durante la transición[126] y, aunque el Tribunal encuentra responsable internacionalmente al Estado salvadoreño al constatar que fueron sus agentes los autores de las masacres, realizó varias aclaraciones con relación a estos contextos. En primer lugar, los jueces señalaron que "no existe en el derecho internacional positivo una norma a través de la cual se haya proscrito explícitamente todo tipo de amnistía", ya que la única mención contenida en un tratado internacional es la referida al Protocolo Adicional II señalada anteriormente.[127] Bajo esa premisa entonces indicaron que:

> "El uso de amnistías en el contexto de violencia generalizada característico de los conflictos armados no internacionales plantea "un abanico de posibles resultados que pueden fijar los márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses en el propósito de conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro. No hay solución universalmente aplicable a los dilemas que plantea esa tensión, pues ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta. En este contexto, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, deben ser entendidos como interdependientes. Solo la aplicación integrada de medidas en favor de las víctimas en todos esos ámbitos pueden

---

artículo 3 común a los cuatro convenios, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977 (en adelante "Protocolo II adicional") del cual el Estado es parte, y el derecho internacional humanitario consuetudinario, como instrumentos complementarios y habida consideración de su especificidad en la materia".

[126]Ibíd., consideración 66 y siguientes.

[127] Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán a la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador , consideración 18. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

conseguir resultados eficaces y concordantes con el ordenamiento interamericano de derechos humanos."[128].

Con esa base, concluyeron que los estados tienen el deber de atender con la misma intensidad los derechos de las víctimas y la necesidad de prevenir nuevos actos de violencia. Así:

> "En ciertas situaciones de tránsito de un conflicto armado a la paz, puede ocurrir que un Estado no se encuentre en posibilidad de materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos y obligaciones contraídas internacionalmente. En esas circunstancias, tomando en consideración que no se le puede conferir a ninguno de esos derechos y obligaciones un carácter absoluto, es legítimo que se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás. Así, el grado de justicia al que se pueda llegar no es un componente aislado, del cual se podrían derivar legítimas frustraciones e insatisfacciones, sino parte de un ambicioso proceso de transición hacia la tolerancia recíproca y paz"[129].

ii. La aplicación estricta de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos no implica de forma directa una adecuada rendición de cuentas

Los procesos penales emprendidos con ocasión de la Ley de Justicia y Paz demostraron que no es posible la investigación y juzgamiento de cada uno de los responsables y de los hechos relacionados con las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario[130].

---

[128] Ibíd., consideración 20.
[129] Ibíd., consideraciones 37 y 38.
[130] Gaceta del Congreso, 19 de diciembre de 2011, No. 690. El proyecto de ley fue presentado el 15 de septiembre de 2011 de acuerdo al texto de la Gaceta. En la exposición de motivos de la ley 1592 de 2012 –

Por ello, cabe recordar que, después de varios años de operación, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas[131] exhortó a los Tribunales Penales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda con el fin de que centraran su actividad "en los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad" ante el represamiento de casos en cada una de esas Corporaciones[132].

La aceptación de que los esfuerzos penales son limitados y que deben centrarse en los casos más graves está reflejada en los estatutos de los Tribunales Extraordinarios de Camboya y el Tribunal Especial para Sierra Leona en los que la Organización de las Naciones Unidas recomendó que la jurisdicción debía concentrarse en quienes tuviesen la mayor responsabilidad por los crímenes cometidos[133].

En esta medida, es importante resaltar que la experiencia nacional e internacional demuestra que la investigación caso a caso no es el camino

---

que reformó ese sistema especial – se señala que, a pesar del trabajo incansable de Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía (hoy Dirección Nacional de Justicia Transicional), después de cinco años de vigencia de la ley 975 de 2005, se tenían a 4.634 personas postuladas, 26.026 hechos confesadas y 349.586 víctimas, con una sola sentencia en firme al momento de presentación del proyecto de ley. Así, se requirió de una legislación que permitiera establecer una estrategia de priorización e identificación de patrones de macrocriminalidad en ese procedimiento penal especial (ley 1592 de 2012).

[131] Consejo de Seguridad, Resolución 1503 de 28 de agosto de 2003. el Consejo de Seguridad exhortaría a ambas Corporaciones a concentrarse "en los más altos dirigentes de quienes se sospeche que les cabe la mayor responsabilidad por los crímenes" de su competencia[131].

[132] "En 1999, la comunidad internacional se preguntaba por qué -luego de 7 años de trabajo y gastos por 400 millones de dólares- los dos tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda tan sólo habían logrado culminar 15 juicios". López Medina, Diego, Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional: su aplicación al caso colombiano, 16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, P. 54 (2010). Informe del grupo de expertos encargado de evaluar la eficiencia del funcionamiento y las actividades del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de noviembre de 2009, A/54/634, párrafo 32.

[133] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 228 de 27 de febrero de 2003, A/RES/57/228. http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/57/228 y Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1315 de 14 de agosto de 2000, S/RES/1315 (2000). http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4844fb432

adecuado para el enjuiciamientos de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

iii. La flexibilización condicionada de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos garantiza el logro de una paz estable y duradera

En nuestro ordenamiento constitucional, la paz es un bien supremo, un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos constitucionales y uno de los principios fundacionales del Estado colombiano que justifican su existencia[134]. Por ello, es un mandato que compromete en alto grado la responsabilidad de todas las ramas y órganos del Poder Público para garantizar a toda la comunidad los derechos que genera la paz[135]. Igualmente, derecho internacional reconoce que la paz el presupuesto para el reconocimiento de la dignidad y los derechos de todos y que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados se hagan plenamente efectivos.

Es por ello, que la Corte Constitucional ha afirmado que el deber de prevención de la guerra tiene hondas repercusiones para garantizar la paz y que por tanto los procesos de paz, reinserción y reincorporación de combatientes a la vida civil constituyen objetivo prioritario del Estado.[136]

Con esta base, es necesario señalar que la flexibilización de la obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, supeditada a la contribución de los beneficiarios a la verdad, justicia,

---

[134] Corte Constitucional. Sentencia C- 579 de 2013.
[135] Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 1993. "el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo."
[136] Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013.

reparación y garantías de no repetición, no sólo resulta razonable para lograr su desmovilización definitiva, sino también la satisfacción de los derechos de las víctimas y de la sociedad, indispensable para la consolidación de un nuevo orden social.

IV. CONCLUSIONES

En esta Directiva, se concluye lo siguiente:

1. Las graves violaciones a los derechos humanos prescriben a los 30 años, de conformidad con el artículo 83 del Código Penal.

2. En caso de que las conductas de desaparición forzada, desplazamiento forzado, violencia sexual, ejecución extrajudicial y tortura adquieran la connotación de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, serán imprescriptibles.

3. El término de prescripción de 30 años para las graves violaciones a los derechos humanos se extiende incluso para las conductas cometidas con anterioridad a la Ley 599 de 2000.

4. El inciso 2 del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 establece una prescripción de la acción penal de 30 años para las graves violaciones a los derechos humanos, pero no incluye a la violencia sexual y a las ejecuciones extrajudiciales. Dado que éstas conductas también hacen parte de esta categoría, deberá otorgárseles el mismo término prescriptivo, ya que el Estado colombiano tiene las mismas obligaciones de investigarlas y juzgarlas, y debe brindar igual protección a los derechos de las víctimas de esos delitos.

5. La prescripción de la acción penal del delito de desplazamiento forzado comenzará a contarse desde la comisión del último acto, tal como lo establece el artículo 83 del Código Penal.

6. La prescripción de la acción penal de la violencia sexual y las ejecuciones extrajudiciales será de 30 años, con independencia de los tipos penales a través de los cuales se persiguen esas conductas en la actualidad, o incluso, antes de la Ley 599 de 2000.

7. La prescripción de la acción penal de la violencia sexual contra menores de edad que sea catalogada como una grave violación a los derechos humanos será de 30 años. Este término comenzará a contarse una vez las víctimas cumplan la mayoría de edad.

8. La desaparición forzada es un delito de ejecución permanente cuyo término de prescripción debe ser contado a partir de su consumación, es decir, desde la revelación de información veraz sobre el paradero de la víctima o la plena identificación de sus restos mortales. Las conductas que iniciaron con anterioridad a su tipificación y que continuaron ejecutándose de acuerdo con la respectiva norma de nuestro ordenamiento, deben ser perseguidas conforme a este tipo penal.

9. La acción penal de los delitos que son conexos a las graves violaciones a los derechos humanos prescribe en 30 años. Esto se debe a que de su investigación y juzgamiento dependerá en gran medida la garantía de los derechos de las víctimas, especialmente el de conocer lo que realmente ocurrió.

10. La obligación de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, y por consiguiente, el término prescriptivo de los 30 años, puede ser ponderado en contextos de justicia transicional en los

que se implementen de forma holística medidas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Esto quiere decir que en el marco de un acuerdo de paz es posible aplicar los términos de prescripción del momento en el que ocurrieron los hechos, sin tener que acudir a las interpretaciones establecidas en esta directiva.

Comuníquese y cúmplase,

Dada en Bogotá, a los 27 MAR. 2016

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación