



INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 2081 DE 2021

UNCONSTITUTIONALITY OF LAW 2081 OF 2021

SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
SEMILLERO EN PSICOLOGÍA FORENSE DE LA UNIVERSIDAD EL BOSQUE

Fecha de recepción: 09 de marzo de 2021

Fecha de aceptación: 06 de mayo de 2021

Disponible en línea: 30 de junio de 2021

RESUMEN

El 3 de febrero de 2021 se aprobó la Ley 2081 de 2021 “Por la cual se declara imprescriptible la acción penal en caso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años”. Por considerar que esta norma vulnera el mandato constitucional establecido en los artículos 28 de la Constitución Política de Colombia, 2-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, algunos integrantes del Semillero en Derecho Penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana y del Semillero en Psicología Forense de la Universidad El Bosque¹, presentamos demanda de inconstitucionalidad, la cual fue admitida mediante auto del 5 de marzo de 2021 (expediente D-14138)² por la Corte Constitucional.

1 **Demandantes:** Norberto Hernández Jiménez (Profesor – Tutor del Semillero en Derecho Penitenciario), Alexa Liliana Rodríguez Padilla (Profesora – Tutora del Semillero en Psicología Forense), Santiago Anzola Hurtado, Daniela Neira Marquez, Ana María Rodríguez González, Diana Paola Calle Zamora, Juan Manuel Sotelo Espinoza, Katerine Johanna Olaya Saavedra, Gineth Paola Cárdenas Garzón, Sandra Valentina Moscoso Rodríguez, Sara Catalina Rubiano Santacruz y María Alejandra Aguilar Salinas.

2 <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=25363>

El presente artículo contiene los argumentos de nuestra demanda, en donde señalamos que por mandato del constituyente primario — salvo en tratándose de delitos de genocidio, lesa humanidad, y crímenes de guerra, que tienen sustento en el Estatuto de Roma y el acto legislativo 2 de 2001 —, no pueden imponerse penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo sexual, celeridad judicial, psicología del testimonio.

ABSTRACT

On February 3rd, 2021, Law 2081 of 2021 was approved “criminal action is declared imprescriptible in the case of crimes against freedom, integrity and sexual formation, or the crime of incest, committed in persons under 18 years of age.” Some members of the Semillero en Derecho Penitenciario (Pontificia Universidad Javeriana) and the Semillero en Psicología Forense (Universidad El Bosque) considered that this norm violates the constitutional mandate established in articles 28 of the Political Constitution of Colombia, 2-1 of the International Covenant on Civil and Political Rights and 24 of the American Convention on Human Rights. These two groups filed a lawsuit of unconstitutionality, which was admitted last March 5, 2021 (file D-14138) by the Constitutional Court. This article presents the arguments of our lawsuit, where we point out that imprescriptible penalties or security measures cannot be imposed (mandate of the primary constituent), except in the cases of crimes of genocide, crimes against humanity, and war crimes supported by the Rome Statute and legislative act 2 of 2001.

Keywords: Sexual enemy criminal law, judicial speed, psychology of testimony.

INTRODUCCIÓN

Mediante el artículo 1° de la Ley 2081 de 2021 se modificó el artículo 83 del Código Penal (C.P), consagrando la imprescriptibilidad de los delitos sexuales y el delito de incesto contra menores de edad, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 83 de la Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, el cual quedará así:

ARTICULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en los incisos siguientes 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.

Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito de incesto, cometidos en menores de 18 años, la acción penal será imprescriptible.

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

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

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

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior. En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado. (Ley 2081, 2021)

Esta regulación debe ser objeto de confrontación con los artículos 28 de la Constitución Política de Colombia³, 2-1 del Pacto Internacional de Derechos

3 **Artículo 28.** Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Civiles y Políticos de las Naciones Unidas⁴ y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵, así como con nuestra jurisprudencia constitucional (Sentencias C-578 de 2002⁶, C-666 de 2008 y C-290 de 2012) con miras a establecer su constitucionalidad.

La tesis que proponemos en este texto, al igual que en nuestra demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 2081 de 2021, es que la simple confrontación de esta norma con el mandato superior contenido en la Constitución Política de 1991 y la figura del bloque de constitucionalidad, debe conllevar a una declaratoria de inexequibilidad. Adicionalmente, exponemos algunos argumentos de facticidad que anulan las buenas intenciones que pueden existir con la consagración de esta ley, teniendo en cuenta aspectos procesales y probatorios, que inescindiblemente deben ser analizados entre las ciencias jurídicas y la psicología forense.

I. DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL

Por expreso mandato del artículo 28 constitucional [se sigue lo desarrollado preliminarmente en Hernández & Mestre (inédito)], como una garantía fundamental reconocida por el Estado a los asociados, no existen en Colombia penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.

La prescripción como instituto jurídico de carácter extintivo pretende teológicamente en todas las esferas del derecho imponer un límite temporal al ejercicio de las acciones o de las prerrogativas, para precaver la inseguridad que se generaría si las situaciones jurídicas no se consolidaran de manera definitiva;

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Énfasis nuestro).

- 4 **Artículo 2.-I.** “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”
- 5 **Artículo 24.** “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”
- 6 Se concluye en esta sentencia lo siguiente: “Así, la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones del Estatuto de Roma que contienen tales tratamientos diferentes no autorizan ni obligan, por ejemplo, a los jueces nacionales a imponer la pena de prisión perpetua ni al legislador colombiano a establecer la imprescriptibilidad de las penas”. (Énfasis nuestro).

empero, en materia penal, este fenómeno ofrece dos vertientes claramente diferenciadas: la prescripción de la acción y la prescripción de la pena.

Como críticas al instituto jurídico de la prescripción en general, encontramos de antaño, conforme lo expone Cabanellas (1968, p. 358), que “el solo transcurso del tiempo no debe ser un factor suficiente ni para adquirir derechos ni para liberar de obligaciones, para hacer lo injusto, justo”. Y en el ámbito penal señala que “transcurrido cierto tiempo, desde que el hecho delictuoso se produjo, la sociedad parece no tener interés en la sanción, puesto que el olvido viene a ser una amnistía que se presume concedida por el simple transcurrir del tiempo”. Ese interés público en la sanción debe ser analizado conforme nuestras dinámicas de investigación y judicialización y la posible bondad que emana de la imprescriptibilidad consagrada en la Ley 2081 de 2021, que como desarrollaremos más adelante, parece salir mal librada.

Sobre la prescripción en materia penal, el maestro Bernardo Gaitán Mahecha advertía:

“El fenómeno de la prescripción tiene fundamento en que no es posible mantener latente la prosecución de un juicio, cuando ha transcurrido cierto tiempo, sin que por negligencia o dificultades de diverso orden haya podido la sociedad hacer efectiva esa acción, contra el delincuente; de la misma manera en el caso de la pena, cuando ésta no ha podido hacerse efectiva” (Gaitán, 1958, p. 185).

La Corte Constitucional, ha definido la prescripción de la acción penal en los siguientes términos:

“La prescripción de la acción penal es una institución de orden público, en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. Dicho fenómeno ocurre cuando los operadores jurídicos dejan vencer el plazo señalado por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual a la postre implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra del ciudadano beneficiado con la prescripción.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-416, 2002).

Esta institución tiene una doble connotación: (i) como garantía a favor del procesado y (ii) como sanción estatal. Esto se encuentra ligado al principio de

celeridad que debe regir en todas las actuaciones y en especial aquellas relacionadas con el ámbito punitivo, pues en caso de inactividad, el Estado pierde la posibilidad de perseguir y sancionar un delito.

Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Esto por cuanto, ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado culmine la investigación o profiera una sentencia definitiva, ni la sociedad y la víctima pueden esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad (Corte Constitucional, Sala Plena, C-290, 2012).

En este sentido, existe una corriente que sostiene que la prescripción se sostiene por razones de dignidad humana del sindicado⁷. Es decir que la prescripción, se justifica no solo en relación con la comunidad sino con el sujeto, pues limita en el tiempo la contingencia de punición. Así, dentro de los factores de punibilidad, se encuentra el temporal (Cabezas, 2019). En este punto, también debe tenerse en cuenta la función resocializadora de la pena.

Al respecto, en reciente pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, a propósito de la constitucionalidad de la Ley 1918 de 2018 [el análisis de esta ley y la sentencia que estudio su constitucionalidad se desarrolla en Hernández & Rodríguez (inédito b)], se señaló:

“la regla que elimina toda posibilidad de imponer penas imprescriptibles, esto es, que no tengan un término definido, cierto, indiscutible, es una garantía constitucional que obliga al Estado a enfocarse en la función resocializadora de la pena, que como se dijo antes, se funda a su vez en el contenido preponderante de la dignidad humana”. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-407, 2020). (Énfasis original).

Ahora bien, mediante providencia del año 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condensó las reglas de la prescripción en materia penal (Tabla No. 1), haciendo énfasis en la excepción introducida a la regla señalada en el artículo 83 del C.P., mediante el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007, según la cual, en materia de delitos sexuales o el delito de incesto, cometidos

7 *“De esta orientación no escapa el instituto de la prescripción de la acción penal, el cual encuentra su razón de ser en los principios de dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad y eficiencia, los cuales, vistos en conjunto, conducen a la necesidad de limitar en el tiempo, a través de un conjunto de reglas (entre otras las fijadas en los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000) y, por ende, la facultad-deber que la asiste al aparato judicial para mantener al ciudadano sometido a los rigores de un proceso penal”.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de junio de 2011), Sentencia 36403 [M.P. Barceló, J.L.].

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. Esta regla fue modificada por la Ley 2081 de 2021 que no se encontraba vigente para la fecha de dicho pronunciamiento judicial.

Tabla No. 1. Reglas de la prescripción en materia penal

Regla	Contenido	Sustento normativo	Excepción/aclaración
Primera	La acción penal se extingue en un tiempo igual al de la pena máxima dispuesta por la ley para el delito respectivo, si es privativa de la libertad, lapso que de todas formas no puede ser inferior a 5 años, ni exceder de 20.	Art. 83, inc. 1° C.P. (Término)	<ul style="list-style-type: none"> - 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 es de 30 años (Ley 1719, 2014). - La acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra es imprescriptible. - Delitos sexuales e incesto, cuando la víctima es un menor de edad la acción penal prescribe a los 20 años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad (Ley 1154, 2007). *Imprescriptibles (Ley 2081, 2021). - Los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio o con ocasión de sus funciones⁸.
Segunda	El término de prescripción empieza a contarse, para los delitos instantáneos desde el día de su consumación, en los tentados o permanentes desde la perpetración del último acto, y en las conductas punibles de comisión por omisión a partir de cuando haya cesado el deber de actuar.	Art. 84 C.P. (Contabilización)	Cuando se trate de varios hechos punibles juzgados dentro de un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada uno de ellos.

8 Ley 1474, 2011, art. 14.

Regla	Contenido	Sustento normativo	Excepción/aclaración
	sentencia de segunda instancia, y empieza a correr por un nuevo periodo que no puede ser superior a 5 años.	Art. 189 C.P.P.	

Fuente: Elaboración propia con base en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (25 de noviembre de 2015), Sentencia SP16269-2015, Radicación N° 46325, [M.P. Fernandez, E].

La prohibición de imprescriptibilidad contenida en el artículo 28 Constitucional aplica tanto para la prescripción de la acción penal como para la prescripción de la sanción penal, como se dejó por parte de nuestro Tribunal Constitucional:

“6.3.4.5.2.3 Imprescriptibilidad

(...)

Precisamente en relación con la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de las penas, en un pronunciamiento anterior la Corte declaró exequible la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988”, bajo el entendido de que el Gobierno Nacional, al momento de depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención, formularía las reservas y declaraciones hechas por el Congreso de la República, entre ellas la sexta relativa a que “Colombia entiende que el párrafo 8° del artículo 3° de la Convención no implica la imprescriptibilidad de la acción penal.” Sostuvo la Corte sobre la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de la pena lo siguiente:

“Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto -prescripción del delito-, sino en concreto -prescripción de la pena-, y, por consiguiente, pone fin al proceso penal.

El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de

los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.

Esta idea es reiterada por Eissen cuando afirma que ello “implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos”.

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena, por lo cual la declaración se ajusta plenamente a la Constitución.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-578, 2002). (Énfasis propio).

En todo caso, de conformidad con las perspectivas contemporáneas del derecho internacional, especialmente haciendo énfasis en los derechos humanos, se ha tomado la decisión de declarar como imprescriptibles algunos delitos que abarcan una vulneración mayor de derechos y los cuales se consideran intolerables. Entre ellos, se encuentran los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, la dinámica legislativa en torno a la política criminal debe estar acompañada del respeto por los derechos constitucionales de los ciudadanos, es decir que no es una decisión discrecional. El límite de la política criminal es el reconocimiento de los derechos y en especial la dignidad de las personas. En estos términos, se ha optado por que la prescripción sea la regla, y la decisión de imprescriptibilidad la excepción. Respecto del caso en concreto, cabe hacer un cuestionamiento especial: ¿existe una voluntad de persecución de los delitos cometidos en contra de la integridad, libertad y formación sexual de los menores? En Colombia, parece que esta voluntad es firme, pero lamentablemente lo que haría esta medida sería favorecer la ineficiente actividad de investigación

y juzgamiento de estos delitos. En definitiva, el término de prescripción — que apremia a muchos funcionarios judiciales —, dejaría de ser un incentivo para dar resultados.

Como se observa, de la simple confrontación de la Ley 2081 de 2021 con el artículo 28 Constitucional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es imposible consagrar la imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad integridad y formación sexual contra menores de edad, así como el delito de incesto, razón por la cual esta norma debe ser declarada inexecutable.

Ahora bien, agotada la confrontación normativa-constitucional que conlleva a la consecuencia que se pretende con la interposición de nuestra demanda, a continuación desarrollamos algunos argumentos de facticidad que anulan las buenas intenciones que pueden existir en la actual dinámica legislativa — reflejada en la norma demandada —, por desconocer la realidad procesal y algunos aspectos propios de la psicología forense aplicados al testimonio como medio de prueba fundamental en esta clase de procesos.

II. CELERIDAD JUDICIAL, PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Los derechos de los menores tienen prevalencia sobre los derechos de los demás como se encuentra establecido en el artículo 44 Constitucional (Sentencias C-093 del 2001, C-740 del 2008 y C-289 del 2019). De dicha consagración constitucional se desprende el principio *pro infans*¹⁰.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio *pro infans* es un instrumento jurídico:

“valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, puesto que en el evento en que se llegaren a encontrar en tensión, deberá escoger-

10 “En relación con esta disposición, la Corte mediante sentencias C-041 y T-283 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), manifestó que la Constitución, más allá de pretender reconocer la naturaleza fundamental de los derechos de los niños, la cual se deriva de su propia existencia como sujetos a quienes la familia, la sociedad y el Estado les debe atención y cuidado; pretendió establecer una nueva categoría de sujeto constitucional de protección especial, frente al cual, en aplicación de la regla *pro infans*, siempre debe ampararse de cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral, y frente a quien deben establecerse medidas especiales de amparo y defensa, como manifestación del carácter corrector del Estado Social de Derecho, hacia sujetos privilegiados que demandan cuidados específicos y especiales.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-170, 2004).

se aquella interpretación que otorgue la mayor protección y sea la más respetuosa de los derechos de los niños.” (Corte Constitucional, T-593, 2009).

La imprescriptibilidad de los delitos consagrada en la Ley 2081 de 2021 vulnera los derechos de los niños y en específico el principio *pro infans* toda vez que, sin tener un término de prescripción, la Fiscalía General de la Nación no priorizará los casos de violencia sexual en contra de los menores. Esto generará que no se logre una justicia pronta para las víctimas.

Empero, al convertir estos delitos en imprescriptibles, el legislador claramente está violando la obligación de priorizar los derechos de los menores, premiando la inactividad y negligencia en materia de criminalización secundaria (investigación y judicialización penal).

III. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO SEXUAL

El carácter aberrante de los delitos sexuales contra los menores de edad es innegable. Sin embargo, por más deplorables que sean estos comportamientos, no puede olvidarse que las personas que enfrenten un proceso penal deben contar con todas las garantías, ya que, si bien existen sujetos penalmente responsables, también se debe reconocer la existencia de inocentes (presunción de inocencia). En este sentido, es importante enfatizar que el delincuente no es un enemigo que merece solo castigo ni puede ser objeto de cosificación como consecuencia de su actuar errado [Fundamentos 20 y 32 (Corte Constitucional, Sala Plena, C-407, 2020)].

En el ámbito de los delitos sexuales [se sigue lo desarrollado en Hernández & Rodríguez (inédito a)], es importante tener en cuenta las reformas legislativas implementadas en los últimos años (Hernández 2017, Hernández 2018a, 270-271, 276-277). Estas leyes se han enfocado en el endurecimiento de las penas, evidenciando así períodos más largos de encarcelamiento, prisión perpetua (Acto Legislativo 1 de 2020), mayor restricción para la reinserción en la comunidad y el empleo (Ley 1918 de 2018); así como propuestas de castración química, que todavía no se encuentran vigentes.

Importante señalar que en un estudio jurisprudencial sobre delitos sexuales contra menores y los juicios que los procesados enfrentan se logró observar que las garantías de aquellos han sufrido grandes afectaciones que los han dejado en grave desventaja frente al órgano de persecución penal, aun cuando durante el juicio se les presume inocentes (Patrón, 2020).

La imprescriptibilidad de los delitos es un claro ejemplo de una limitación arbitraria, no solo a los derechos de las personas investigadas y judicializadas, sino también a los derechos de las víctimas. Es por esto que se requiere de la intervención del juez constitucional para declarar inexecutable esta ley.

La Corte Constitucional al referirse a las garantías mínimas con las que se debe contar en un debido proceso advirtió en la sentencia C-641 del 2002 que una de aquellas garantías es “el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas”. Esto permite reflexionar sobre el acatamiento de la doctrina constitucional por parte del legislativo, cuyas directrices parecen ser omitidas.

IV. ÁMBITO PROBATORIO

Si se tiene en cuenta que el transcurso del tiempo resulta determinante en este tipo de delitos para efectos probatorios, lo cierto es que la imprescriptibilidad de la acción penal termina siendo inconveniente.

Por ejemplo, las lesiones que se ocasionan en el cuerpo de la víctima son de suma importancia en la tarea de cumplir con el estándar probatorio de llegar a un conocimiento más allá de toda duda frente a lo sucedido. De la misma manera, el transcurso del tiempo es especialmente grave en cuanto a la credibilidad de los testimonios de las víctimas toda vez que “el paso del tiempo deteriora las huellas de la memoria, pudiéndose perder las conexiones entre la conciencia y el recuerdo, siendo a veces imposible recuperarla” (Patrón, 2020, p. 33).

Permitir que este tipo de delitos no prescriban, no ayudará a las víctimas a encontrar una verdadera justicia, si al llegar a un juicio les será imposible completar el estándar probatorio que se requiere para condenar. Insistimos, en muchas oportunidades la incapacidad de recoger pruebas físicas o biológicas en delitos sexuales contra menores de edad termina centrando la investigación en la entrevista psicológica forense (huella mnésica). La fragilidad de la huella de la memoria en los menores de edad y la alta probabilidad de subjetividad en esta desembocan en problemas probatorios, al no existir un perfil psicopatológico único de Abuso Sexual Infantil (ASI), además de contar con la posibilidad de errores en el momento de la entrevista, debido a la falta de preparación, experiencia o conocimiento del entrevistador en la situación específica (Muñoz, et al, 2016). [El testimonio desde la psicología forense será analizado en el siguiente apartado (*infra D.*)].

Teniendo en cuenta que la imprescriptibilidad de los delitos sexuales genera problemas en específico en el ámbito probatorio, es necesario poner de presente que si lo que se pretende es que no exista impunidad, el Estado debe concentrarse en crear mecanismos que permitan reaccionar prontamente a estos delitos y no limitarse a establecer herramientas como la imprescriptibilidad que puede traer peores consecuencias, otorgando simplemente una sensación de seguridad que no se logra en la práctica (como pasa también con la cadena perpetua) [sobre la constitucionalidad de esta norma ver Semillero en derecho penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana (2020)].

V. PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

La psicología del testimonio es uno de los temas con mayor desarrollo en el ámbito de la psicología experimental. Uno de los primeros escritos fue del francés A. Motet (1887) quien habló sobre testimonios infantiles falsos. Otro escrito muy relevante fue publicado por el austriaco H. Gross (1897) el cual se titula “*Kriminalpsychologie*” (Manzanero & Recio, 2012).

De otra parte, en Estados Unidos la revista *The American Journal of Psychology*, publicó un artículo con el título de “*Individual memories*”, en el cual se hablaba sobre las memorias vívidas. A partir de esto, en el siglo XX se encontraron tres figuras fundamentales para el nacimiento de la Psicología del Testimonio desde un punto de vista experimental y aplicado al campo forense con Alfred Binet, Hugo Munsterberg y William Stern, los cuales fueron considerados los cofundadores de la especialidad junto a Gross (Manzanero & Recio, 2012).

Para cualquiera de las dos perspectivas en el ámbito judicial (la mirada de la víctima o el agresor), el interés está por fuera del alcance de la prevención del delito, porque en cualquiera de las dos miradas, tratándose de un caso que en realidad sucedió, la Ley 2081 de 2021 sigue encaminándose hacia el endurecimiento de las garantías penales (derecho penal del enemigo sexual), siendo una alternativa sin fundamento científico, que en nada contribuye a la prevención real del flagelo de la violencia sexual, que tantas víctimas cobra a diario en nuestro país.

Cuando se aborda la problemática de los delitos sexuales, es necesario hacer la distinción si dicho abordaje se realiza desde la perspectiva de la víctima o del agresor, ambas absolutamente importantes y pertinentes, no solo porque se trata de seres humanos, sino porque la violencia sexual es una problemática

multicausal que implica factores de tipo biológicos, psicológicos, sociales y culturales que no puede explicarse a partir de una sola variable.

A continuación, señalamos algunos problemas prácticos que devienen de la imprescriptibilidad introducida con la Ley 2081 de 2021, a pesar de las buenas intenciones de nuestro legislador:

Falsas memorias. Las falsas memorias son conocidas como los recuerdos que varían de la realidad. Existen dos tipos: la falsa memoria implantada y la espontánea. En la primera influye la perspectiva de otras personas alterando el contenido del recuerdo, y en la segunda, lo que influye son los aspectos internos y propios de la persona (Ambrocio, 2018; Navas-Camejo & Neira-Galvis, 2019).

- Las falsas memorias espontáneas son el resultado de mecanismos internos de distorsión de la memoria, lo que provoca que no se pueda recordar con claridad los eventos vividos, lo que podría ocasionar que la persona incurra en falsos testimonios.
- Las falsas memorias implantadas son el resultado de la influencia del entorno, la persona recibe e integra información engañosa a su repertorio de conocimiento, ocasionando que se altere la información verdadera y se emiten falsos testimonios.
- Las falsas memorias también se pueden producir, influenciadas por las experiencias emocionales que viven las personas, dado que las experiencias con contenido emocional, ya sea positivo o negativo se recuerdan mejor que las experiencias con contenido neutros. En ocasiones estas no se procesan de manera adecuada lo que hace que las víctimas omitan algunos hechos o se altere la información.
- La información almacenada en la memoria no es la realidad completa, sino una interpretación y reinterpretación de la misma. Por tanto, la exactitud de los recuerdos nunca queda libre de posibilidad de distorsión, más aún cuando se trata de un hecho traumático (Manzanero & Recio, 2012).
- Las falsas memorias tienen igual persistencia en el tiempo que los recuerdos verdaderos. Por tal razón que un recuerdo se mantenga vigente en el tiempo no asegura su veracidad.
- Hay diversos factores que alteran el recuerdo de la información, uno de estos es el paso del tiempo y lo que suceda después del acontecimiento.

- En 2017, una investigación realizada en Colombia encontró que 7 de cada 10 personas acusadas y condenadas por delitos de abuso sexual infantil, las condenas se produjeron por errores en los recuerdos de las víctimas y testigos al momento de identificar al culpable (Navas-Camejo & Neira-Galvis, 2019).
- Se debe tener en cuenta la edad del menor al momento de los hechos y de la recepción del testimonio, dada su capacidad cognitiva y memoria como única prueba en la mayoría de los casos. Los menores entre 3 y 5 años presentan un tipo de memoria episódica por lo que su memoria fundamental es la semántica, descontextualizada sin reconocer al protagonista. Así, no tienen anclaje espacio-temporal para determinar tiempo y lugar de lo sucedido. Por lo tanto, existe la alta probabilidad de crear falsas memorias al ser interrogados en repetidas ocasiones (Muñoz, et al, 2016).
- Frente al testimonio y la memoria se encuentran diferentes procesos que establecen los recuerdos. La codificación del evento es de mejor o peor calidad y/o intensidad según la recurrencia en el tiempo. En cuanto al proceso de retención (recuerdo), un tiempo después de que ha pasado el evento se produce el decaimiento del recuerdo debido al paso del tiempo o su modificación por la influencia de terceros.

Confabulación. Cuando las víctimas cometen errores verbales de recuperación creyendo que estaban siendo precisos o correctos, se le denomina confabulaciones, por un lado, son asociadas a los trastornos de memoria, y por otro, a un tipo de narración falsa de contenido fantástico (Lorente, et al, 2011).

- Las confabulaciones son falsas memorias dentro del contexto de recuperación del recuerdo que a menudo contienen detalles falsos en su propio contexto, por lo que pueden ser recuerdos reales mal situados dentro de un tiempo, mientras que otros parecen carecer de toda base real (Pérez, et al, 2012).
- En las confabulaciones no hay intención de engañar y la víctima no es consciente de la falsedad, sin embargo, es probable que se genere una especie de falso recuerdo debido a un problema de recuperación en la memoria (Lorente, et al, 2011).

Revictimización. La revictimización se define como el hecho de que una persona sea víctima de violencia (física, sexual o emocional) en dos o más mo-

mentos de su vida; ambas experiencias deben estar separadas en el tiempo y realizadas por parte de, al menos, dos perpetradores diferentes.

La experiencia de abuso durante la niñez provoca resultados negativos en diversos ámbitos de la vida adulta, cómo presentar problemas de salud en general, baja autoestima, depresión, adicciones como el tabaquismo o alcoholismo, y tienen mayor probabilidad de ser víctimas de este tipo de violencia en etapas posteriores de su vida (Rivera-Rivera, et al, 2006).

- La revictimización es una repetición de violencias contra quien ha sido previamente víctima de alguna agresión, aunque sea por omisión; a la hora de realizar la denuncia es fundamental preparar a la víctima y su familia para el proceso legal, con el fin de evitar la revictimización en un futuro (Sáenz, et al, 2016).
- El abordaje institucional actual en torno a la investigación y judicialización de los delitos sexuales conduce a una revictimización, debido a que es el resultado de una inadecuada implementación de procedimientos de atención que trazan una ruta llena de obstáculos y que no respeta la vivencia penosa de la víctima, reactivando emociones negativas en relación con el delito y propiciando una repetición de la experiencia de violencia (Dupret & Unda, 2013; Mantilla, 2015).

Finalmente, es importante enfatizar que, según la UNICEF, las recomendaciones generales para evitar la revictimización son: **actuar de inmediato**, realizar la denuncia cuando se tenga sospecha de la comisión de un delito, **considerar primordial el interés superior de la persona afectada**, asegurar la privacidad y la seguridad de la víctima y mantener la confidencialidad de la información (UNICEF, 2016). Estos aspectos parecen quedar insolutos con la consagración de la fórmula mágica contenida en la Ley 2081 de 2021: *imprescriptibilidad*.

CONCLUSIÓN

De la simple confrontación de la Ley 2081 de 2021 con los límites consagrados en el artículo 28 constitucional, la imprescriptibilidad de los delitos sexuales e incesto contra menores de edad resulta inexecutable y en consecuencia debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. En todo caso, esta facultad es del resorte exclusivo de la Corte Constitucional, entidad que deberá surtir el trámite procesal correspondiente para decidir la constitucionalidad de la norma, tras la admisión de las demandas D-14138 y D-14140 (acumuladas).

Aunado a la trasgresión de nuestra Constitución Política por parte del legislador del año 2021, las buenas intenciones que devienen de la consagración de imprescriptibilidad de los delitos sexuales e incesto contra menores de edad presenta serio problemas fácticos, relacionados con la celeridad que debe orientar las actuaciones judiciales, cuyo término se extiende de manera intemporal y por contera imposibilita reivindicar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como pretensión principal sobre la cual todos coincidimos.

A su vez, en el ámbito probatorio, la Ley 2081 de 2021 enfrenta problemas relacionados con la psicología del testimonio, que gracias a la estructura de investigación y judicialización que se habilita gracias a la novísima regulación, puede degenerar en falsas memorias, confabulaciones y en definitiva, actualizando el fenómeno de la revictimización, no solo por la dinámica probatoria al interior de los despachos judiciales sino también por el riesgo de impunidad que conlleva el paso inclemente del tiempo y la ineffectividad de la Judicatura en este contexto.

REFERENCIAS

- Ambrocio, H. (2008). Origen y manifestaciones de las falsas memorias. Acta colombiana de Psicología. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/acp/v11n1/v11n1a04.pdf>
- Cabezas, C (2019) “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”. Revista de Derecho (Valdivia) recuperado en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rev-vider/v32n1/0718-0950-revider-32-01-275.pdf>
- Cabanellas, G. (1968). *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Dupret, M. & Unda, N. (2013) Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual. *Universitas, Revista de ciencias sociales y humanas*, 19, 101-128.
- Gaitán, B. (1958). *Esquema de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá: Temis, p. 185.
- Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT.
- Hernández, N. & Mestre, J.F. (inédito). “Inescindibilidad del derecho penal sustantivo y adjetivo. Bernardo Gaitán Mahecha, el profesor de derecho procesal penal”.
- Hernández, N. & Rodríguez, A.L. (inédito a). “Castración química y política criminal colombiana. Un análisis psico-jurídico”.
- Hernández, N. & Rodríguez, A.L. (inédito b). “Expansión punitiva y tratamiento para agresores sexuales: A propósito de la inhabilidad de la Ley 1918 de 2018 y la Sentencia C-407 de 2020”

- Lorente Rovira, E., Berrios, G., McKenna, P., Moro-Ipola, M. & Villagrán Moreno, J. M. (2011). Confabulaciones (I): Concepto, clasificación y neuropatología. Recuperado de: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/80326/50574.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mantilla S. (2015). La revictimización como causal del silencio de la víctima. Rev. cienc. forenses Honduras.
- Manzanero, A. & Recio, M. (2012). El recuerdo de hechos traumáticos: exactitud, tipos y características. Cuadernos de Medicina Forense. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062012000100003
- Muñoz, J., González-Guerrero, L., Sotoca, A., Terol, O., González, J. & Manzanero, A. (2016). La entrevista forense: obtención del indicio cognitivo en menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil. *Papeles del psicólogo*, 37(3), 205-216. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/778/77847916008.pdf>
- Navas-Camejo, S., & Neira-Galvis, F. (2019). *Falsas memorias y testimonio: entre la ciencia y la ley* (Tesis de pregrado). Universidad Cooperativa de Colombia, Arauca.
- Patrón, M. (2020). *Pruebas en los delitos sexuales en el contexto del precedente judicial, una aproximación desde el estudio de casos*. Bogotá: Ibañez, pp. 19-22.
- Pérez, F., Orozco, G., Galicia, M., Gómez, M., Ortega, L., García, N. & Pérez, H. (2012). Las Confabulaciones: más allá de un déficit mnésico. *Revista Chilena de Neuropsicología*, 7(3), 134-140. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1793/179324986007.pdf>
- Rivera-Rivera, L., Allen, B., Chávez-Ayala, R. & Ávila-Burgos, L. (2006). Abuso físico y sexual durante la niñez y revictimización de las mujeres mexicanas durante la edad adulta. *Salud pública de México*, 48, s268-s278. Recuperado de: <https://www.scielosp.org/article/spm/2006.v48suppl2/s268-s278/>
- Sáenz, M. G., Umaña, S. V. Á., Cerdas, J. V. S. & Quirós, V. D. Q. (2016). Abordaje del abuso sexual infantil: Combatiendo la revictimización. *Medicina Legal de Costa Rica*, 33(1), 116-125. Recuperado de: <https://www.scielo.sa.cr/pdf/mlcr/v33n1/2215-5287-mlcr-33-01-00116.pdf>
- Semillero en derecho penitenciario de la Pontificia Universidad Javeriana (2020). “Inconstitucionalidad de la cadena perpetua en Colombia”. *Revista Universitas Estudiantes*, No. 22, pp. 113-138.
- UNICEF (2016). Protocolo de actuación en situaciones de violencia física, psicológica, sexual, acoso y hostigamiento sexual. PP. 12-13. Recuperado de: <https://www.unicef.org/PROTOCOLO-ACTUACION-VIOLENCIA.pdf>

