

Proceso No 14673

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 78

Bogotá. D. C., dieciséis (16) de julio de dos mil dos (2002).

V I S T O S

Se pronuncia la Corte respecto de la prescripción de la acción penal en el proceso que se adelanta contra JAIRO ANTONIO PARRA HEREDIA.

H E C H O S

Fueron relatados por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá de la siguiente manera:

“Da cuenta la investigación que Marco Antonio Parra Heredia en su condición de asesor jurídico de la secretaría de salud del distrito, en una reunión sostenida el 28 de mayo de 1993 con Jairo Antonio Vargas Buitrago, como socio de la compañía de vigilancia “dincolvop limitada”, le informó a éste que con ocasión de las irregularidades en el cumplimiento del contrato suscrito entre las dos personas jurídicas, la entidad Distrital se disponía a imponerle sanciones a su representada, entre ellas la aplicación de la caducidad pero, que por el cargo que desempeñaba, estaba en condiciones de evitar

esas acciones y agilizar la gestión, para la cancelación de cuentas atrasadas cuyo pago requerían todo, si accedían a entregarle treinta millones de pesos.”.

ANTECEDENTES

1.- En estas condiciones, se adelantó proceso penal contra JAIRO ANTONIO PARRA HEREDIA.

El 17 de octubre de 1995, la Fiscalía 203 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá dictó resolución de acusación contra el sindicado por el delito de concusión de que trataba el artículo 140 del Decreto 100 de 1980, que contemplaba una pena entre dos (2) y seis (6) años de prisión, determinación que quedó ejecutoriada el 30 de mayo de 1996, al ser confirmada integralmente por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de esta misma ciudad.

2.- El Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, en decisión del 22 de febrero de 1997, condenó a JAIRO ANTONIO PARRA HEREDIA a la pena de 30 meses de prisión por el delito de concusión.

Apelado el fallo por el procesado, fue confirmado integralmente por el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de enero de 1998.

Negado en la sentencia condenatoria el subrogado de la condena de ejecución condicional, se señaló que solamente se ordenaría la captura cuando quedara en firme el fallo.

Oportunamente, se interpuso por el defensor el recurso de casación y se presentó la respectiva demanda, por lo que las diligencias fueron remitidas a esta Corporación.

3.- Corrido el traslado de ley, la Procuraduría Delegada en lo Penal emitió el concepto

de rigor.

LA CORTE CONSIDERA

Sería del caso emitir la correspondiente sentencia de casación, de no encontrarse que la acción penal se ha extinguido por el fenómeno de la prescripción. En efecto:

1.- Con la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento penal (Ley 599 de 2000) se produjo un cambio sustancial en cuanto al método para calcular el lapso de prescripción de la acción penal en la etapa de juzgamiento, cuando se trata de delitos cometidos dentro del país, por un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos.

Una interpretación sistemática de los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal derogado (Decreto 100 de 1980) y 83 y 86 del vigente (Ley 599 de 2000), llevan a las siguientes conclusiones:

1.1. En ambos, el aumento de la tercera parte se aplica de manera autónoma tanto en el sumario como en el juicio.

1.2. En los dos, interrumpido el término prescriptivo de la acción penal, con la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del máximo señalado en la ley (artículos 80 del C. Penal derogado y 86 del actual).

1.3. En ambos estatutos el lapso prescriptivo no puede ser inferior a cinco (5) años (artículos 80 y 83, respectivamente).

1.4. En el Decreto 100 de 1980, para calcular el término de prescripción en la etapa de juzgamiento, primero se dividía por dos el máximo de la pena privativa de la libertad

previsto en la ley y luego se aumentaba la tercera parte, lo que significaba que si, por ejemplo, ese máximo era de ocho años, se dividía por dos, lo que daba cuatro. Como el resultado era inferior a cinco (5) años, entonces se aumentaba a ese guarismo, y a éste se le incrementaba la tercera parte, lo que daba seis (6) años y ocho (8) meses.

Este método de contabilización traía como consecuencia que cuando se trataba de delitos cometidos dentro del país por servidores públicos en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, el lapso de prescripción de la acción penal en el juicio, nunca podía ser inferior a seis (6) y ocho (8) meses.

En el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), al tenor de los incisos 1° y 5° del artículo 83, al máximo de la pena privativa de la libertad previsto en la ley, primero se le suma la tercera parte y luego sí se divide por dos.

En el ejemplo, partiendo de un máximo de ocho años (96 meses), se aumentará una tercera parte, lo que nos dará 128 meses que al dividirse por dos, dará un guarismo de 64 meses, esto es, cinco (5) años y cuatro (4) meses.

Como se observa, este segundo procedimiento de cálculo es más favorable al procesado, por lo que se deberá aplicar.

2.- En el caso que ocupa la atención de la Sala, si consideramos que la resolución de acusación proferida en contra de JAIRO ANTONIO PARRA HEREDIA quedó ejecutoriada el 30 de mayo de 1996 y que el máximo de pena fijado para el delito de concusión por el artículo 140 del Decreto 100 de 1980 era de seis (6) años, concluiremos que el lapso de prescripción de la acción penal es de cinco (5) años que ya transcurrieron, por lo que se impone la declaratoria de tal fenómeno procesal y, en consecuencia, se dispondrá la cesación del proceso que se adelanta contra el citado acusado, por el delito de concusión.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

R E S U E L V E

1.- DECLARAR que la acción penal por el delito de concusión al que se contrae este expediente y en el que aparece como procesado JAIRO ANTONIO PARRA HEREDIA, se encuentra prescrita.

2.- En consecuencia, se dispone la cesación de la actuación procesal.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de Origen.

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Salvamento de voto

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GALVEZ

Salvamento de voto

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGU

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento de voto

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Como la situación que aquí se debate tiene íntima relación con lo expresado en mi salvamento en la segunda instancia No. 18.766, magistrado Dr. Lombana Trujillo, me permito reproducir lo entonces dicho:

“De acuerdo con los artículos 80, 81 y 84 del Código penal recientemente derogado (Decreto 100 de 1980), la prescripción no operaba en la etapa de la causa antes del término de cinco años incrementado en una tercera parte, cuando se trataba de delito cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos.

Al respecto, en no pocas oportunidades la Corte precisó, por mayoría de votos, que el término de prescripción entratándose de procesado funcionario público que hubiere cometido el delito en ejercicio de sus funciones, de su cargo, o con ocasión de ellos, debe computarse de manera autónoma e independiente según se tratara del sumario o el juicio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 80 y 84 del Estatuto punitivo en cita, y luego sí, sobre el resultado obtenido, aplicar el incremento de la tercera parte contemplado en el artículo 82.

En ese sentido, en la decisión de segunda instancia de diez de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, con ponencia del Magistrado Doctor LISANDRO MARTINEZ ZUÑIGA, se sostuvo:

“2.- Razón le asiste al Tribunal a quo al no haber accedido a la petición del impugnante, pues, como lo afirma el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, en concepto que precede y lo ha reiterado esta Corporación últimamente en providencias de febrero 17 y julio 30 de 1987, dictadas en el proceso de única instancia número 948, el artículo 82

del estatuto punitivo no describe delito alguno sino que consagra un término que el legislador consideró apropiado para la prescripción de los delitos cometidos por los empleados oficiales dentro del país y en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.

“El incremento del término prescriptivo de una tercera parte que dispone el citado artículo 82 en relación con el lapso del artículo 80 del Código Penal, no viola el non bis in idem, pues, se insiste, se trata de un término más amplio respecto a los delitos de sujeto activo común, que encuentra fundamento en razones de interés del Estado por agotar el máximo de tiempo posible para investigar esta clase de conductas por obvias consideraciones político-criminales, mas no se trata de un incremento a la pena; simplemente se ha tomado por el legislador aquella como referencia y bien hubiera podido señalar el mismo término del artículo 82 en forma independiente”.

En pronunciamiento de única instancia proferido el veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho con ponencia del magistrado doctor RODOLFO MANTILLA JACOME, indicó la Sala:

“Finalmente, considera la Corporación de especial importancia plasmar en este acápite su criterio acerca del fenómeno de la prescripción de la acción penal en este particular evento, en consideración a que las conductas punibles que se le han atribuido al ex - gobernador P. S. se consumaron hace más de cinco años, y en atención a que el máximo de pena privativa de la libertad prescrita para ambas ilicitudes no supera los tres años de prisión.

“El vigente Código Penal, a diferencia del inmediatamente anterior, consagró en su artículo 82 un incremento de una tercera parte predicable del lapso señalado en el artículo 80 ibídem, cuando las conductas delictuosas fueron cometidas dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.

“La norma en comentario, en sentir de la Sala, no es otra cosa que la concreción de la voluntad del legislador penal dirigida a que el Estado retenga en su poder por un tiempo superior al indicado para las infracciones perpetradas por los particulares o por los funcionarios que delinquen sin relación con el servicio público, la potestad punitiva que le compete privativamente para la persecución de las conductas que el ordenamiento jurídico considera dignas de represión criminal.

“En este orden de ideas, surge obvio que el incremento a que alude el artículo 82 del estatuto represivo en tratándose de delitos sancionados con pena restrictiva de la libertad inferior a cinco años, o con penas diferentes a aquella, debe necesaria e inexorablemente aplicarse al mínimo a que se refiere el canon 80 de la codificación penal sustantiva.

“De lo anterior deviene con fuerza inocultable, que cuando se persiguen delitos cometidos por sujetos investidos de la cualificación jurídica de empleados oficiales, y siempre que su delincuencia sea por causa o en relación con el cargo o función, el término de prescripción no puede ser inferior a seis (6) años y ocho meses, que es el quantum temporal resultante de aplicar al mínimo del artículo 80 el incremento de la tercera parte que dispone el artículo 82 del Código Penal”.

Dicho criterio fue reiterado en Sentencia de segunda instancia proferida el 3 de mayo de 1988 con ponencia del Magistrado doctor JORGE CARREÑO LUENGAS, al precisar que la incorporación del artículo 82 al Código penal de 1980, según la exposición de motivos del proyecto de 1978, se hizo ‘atendiendo a la dificultad para descubrir e investigar delitos cometidos por empleados oficiales, quienes en no pocas veces se aprovechan de su posición para obstruir la acción de la justicia, por lo cual se amplía el término de prescripción para los delitos cometidos por ellos en ejercicio de sus funciones, recogiendo de esta forma el clamor nacional por la purificación de la administración pública’.

Ya entrada en vigencia la Carta Política de 1991, en sentencia de casación proferida el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y ocho, con ponencia del Magistrado JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, la Corte señaló:

“No obstante y dada la naturaleza de la infracción, es dable colegir según criterio que inspira a la mayoría de la Sala, que el fenómeno extintivo no se ha dado frente al contenido de los artículos 156, 80 y 84 del Código Penal, pues del artículo 82 ibídem se infiere que para el caso presente el lapso relevante se amplía en una tercera parte sobre el límite mínimo de cinco años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, por tratarse de una infracción cometida con ocasión del cargo oficial que el sujeto agente cumplía, porque la sustracción absoluta a los deberes oficiales, lejos de constituirse en motivo que excluya el incremento previsto para la perseguibilidad de la conducta, pone más bien en evidencia que ese desamparo en que coloca a la administración la conducta omisiva del sujeto agente se constituye en factor de interés preferente del Estado por no dejar impunes los comportamientos ilícitos de sus servidores, cuando éstos se verifican con ocasión del cargo o de las funciones que les había diferido”.

Y, en auto de casación de radicado 11361 proferido el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve con ponencia de quien esta salvedad suscribe, mayoritariamente indicó la Corte:

“Reiteradamente la Corte ha sostenido que el incremento del término prescriptivo establecido en el artículo 82 del Código Penal, cuando el delito ha sido cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, opera por igual en el sumario como en la causa, y que su aplicación, por tanto, debe hacerse de manera autónoma en cada uno de los referidos estadios procesales.

“En el sumario, sobre el término de prescripción señalado en el artículo 80 del referido

estatuto, sin exceder de 20 años. En el juicio, sobre el monto establecido en el artículo 84 ejusdem, que como se sabe, en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años. De allí que la Corte haya insistentemente sostenido que el tiempo de prescripción en los casos contemplados en el artículo 82 del Código Penal, jamás podrá ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, cualquiera sea el estado del proceso (Cfr. Casación abril 28/92, Magistrado Ponente Dr. Torres Fresneda; auto diciembre 6/95, Sentencia revisión sep. 23/98, Magistrado Ponente doctor Calvete Rangel; Auto noviembre 12/98 Magistrado Ponente doctor Córdoba Poveda; y casación abril 20/99 Magistrado Ponente doctor Páez Velandia, entre otras”.

En auto de segunda instancia proferido el tres de abril de dos mil dentro del proceso de radicado 11.333 con ponencia del Magistrado NILSON E. PINILLA PINILLA, señaló mayoritariamente la Corte:

“Es verdad, como lo señala la procesada, que la pena máxima prevista contra el servidor público que incurra en el delito de falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, es de 10 años de prisión (art. 223 C.P.) y que a partir del 28 de noviembre de 1994, fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de acusación, el término de prescripción por disposición del artículo 84 ibídem, se interrumpió y comenzó ‘a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80’.

“Pero ha de advertirse que, según lo estatuido por el artículo 82 del estatuto citado, ‘El término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos’ como ocurre con quien así actuó, desempeñándose como Juez Penal Municipal, motivo por el cual, en el reiterado criterio mayoritario de esta Corporación, a los cinco (5) años correspondientes a la mitad del mencionado máximo se debe sumar un año y ocho

meses, para un total de seis años y ocho meses, término que contado a partir de la referida fecha de ejecutoria de la resolución de acusación, se cumpliría el 28 de julio de 2001”.

Este criterio fue mayoritariamente reiterado en posteriores pronunciamientos como los proferidos el nueve de mayo de dos mil (cas. 16441), 18 de julio de 2001 (segunda Instancia 14661), y, a mi modo de ver, ahora modificado sin razón plausible.

2.- El fundamento central de la reciente postura mayoritaria de la cual disiento, radica en considerar que en la citada materia el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000) trae redacción y organización estructural distinta de la contenida en el anterior Estatuto punitivo, por lo que “es más favorable para el procesado”, y concluir que a tenor de los incisos 1º y 5º del artículo 83, al máximo de pena privativa de la libertad previsto en la ley, primero se le suma la tercera parte y luego sí se divide por dos, cuando se trata de computar los términos de prescripción de la acción penal con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación proferida contra servidores públicos, por conductas punibles cometidas en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.

3.- A mi modo de ver, no deviene acertado sostener que la redacción y organización estructural del nuevo estatuto punitivo permite desentrañar que hubo alguna variación en las razones de política criminal que dieron lugar a la regulación normativa contenida en el Decreto 100 de 1980. Lo contrario; tales razones fueron enfatizadas. Si se revisa la exposición de motivos del proyecto que el Fiscal General de la Nación presentó a estudio parlamentario y que luego se convirtió en la ley 599 de 2000, sin dificultad se establece que “se mantienen las reglas actuales de prescripción de la acción” (se destaca) como consta en la Gaceta No. 189 del 6 de agosto de 1998. Tómese en consideración que durante el trámite legislativo sólo se suprimió el inciso final del artículo 85 del proyecto original en lo relativo a la suspensión del término de prescripción con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia, por considerarse que “los efectos buscados por el mismo

se consiguen a través de los cambios introducidos a la casación en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal” según se expuso en la Ponencia para primer debate y el pliego de modificaciones presentado el 11 de noviembre de 1999 a la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes por los Representantes Roberto Camacho Weverberg, Emilio Martínez Rosales, Tarquino Pacheco Camargo y Luis Fernando Velasco Chaves, siendo de esta manera aprobado en la citada Comisión el 16 de noviembre de 1999 (Gaceta No. 464).

Acontece asimismo, que en la Ponencia para primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República (Gaceta No. 280 del 20 de noviembre de 1998), en relación con el artículo 82 del proyecto que en la Ley 599 tendría el número 83, los ponentes reiteraron con su reproducción lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-345/95 donde se establece que “la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, se justifica por la existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos, según su gravedad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad”.

Por manera que ni desde el punto de vista de la iniciativa y la intención legislativa en la adopción del nuevo código, las motivaciones expuestas al respecto y el tránsito por el Congreso de la República del respectivo proyecto de ley, cabe predicar fundadamente que la pretensión fue modificar el sistema de contabilización de la prescripción de la acción penal durante la etapa del juicio respecto de servidores públicos.

4.- Con la nueva interpretación por la que mayoritariamente opta la Sala, según la cual el nuevo procedimiento de cálculo “es más favorable al procesado” se da al traste con el importante esfuerzo jurisprudencial de antaño realizado y reiterado con la pretensión por ajustar el entendimiento de la ley a los fines de política criminal que determinaron el establecimiento del incremento del término de prescripción para conductas realizadas por

autor con calidad especial, debiéndose enfatizar que a través de ella se logra no sólo otorgarle a la prescripción característica de pena o derecho sustancial antes de que se configure, sino que se está acudiendo a una interpretación derogatoria del mandato legal.

Acorde con la normativa hoy vigente, el término de prescripción sigue siendo distinto en las dos etapas del proceso (sumario y juicio), por lo que no resulta entonces compatible con el ordenamiento que el incremento en la prescripción opere solamente para el sumario y se deseché durante el juicio, y menos si las razones de política criminal que ameritan que el Estado cuente con un mayor tiempo para investigar esta clase de conductas, continúan siendo las mismas en la etapa de juzgamiento, fundadas precisamente en la finalidad de impedir que el carácter de servidor público se convierta en prerrogativa ante la dificultad probatoria para su demostración y las influencias que a estos propósitos pueda ejercer.

No resulta por tanto atinado pregonar, que frente a las regulaciones al respecto contenidas en la ley 599 de 2000 es aplicable el principio de favorabilidad y que por tal motivo con ocasión de su entrada en vigencia los incrementos del término de prescripción previstos en el artículo 83 operan exclusivamente durante la fase de instrucción del proceso y no durante el juicio. Esto por cuanto las disposiciones al respecto contenidas en la legislación anterior se conservan en el nuevo estatuto, pues, como párrafos arriba se expuso, la pretensión del proyecto de ley fue mantener las reglas al respecto contenidas en el hoy derogado Decreto 100 de 1980. Por manera que una interpretación contraria se encamina a provocar la derogatoria de la norma que establece el incremento del tiempo de prescripción también en la etapa de juzgamiento.

De conformidad con el inciso 5º del artículo 83 “al servidor público que en ejercicio de

sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte” (se destaca), con lo cual resulta claro que establecido el término de prescripción para la etapa del juicio, que en ningún caso puede ser inferior a cinco años ni superior a diez, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (art. 86), por ministerio de la ley debe verse incrementado en la tercera parte.

Con la interpretación mayoritaria de aumentar el término de la tercera parte de una vez en la etapa de instrucción, y reducirlo luego a la mitad por efectos de la ejecutoria de la resolución de acusación, el incremento punitivo durante el juicio no es efectivamente de la tercera parte como lo establece la ley, sino de la sexta parte, contrariando no sólo el mandato legal y las razones de política criminal que determinaron establecer el aumento, sino la naturaleza de la prescripción, asumiéndola como una pena, las cuales, como ha sido reiteradamente declarado por la jurisprudencia, permanecen incólumes en uno y otro ordenamiento, y operan tanto en la instrucción como en la causa en el mismo sentido y con los tradicionales supuestos.

Conviene señalar, además, que la prescripción no es un derecho que surja en el momento mismo de la realización de la conducta delictiva, sino una consecuencia de la inactividad del Estado cuya declaratoria solo resulta procedente una vez transcurrido el tiempo legalmente previsto y no antes siendo este el momento en que él surge, si de derecho alguno habría que hablar; por esto se incurre en manifiesto contrasentido aducir razones de favorabilidad o pretender asimilar la prescripción con la pena para afirmar la existencia en abstracto del fenómeno al momento de la realización de la conducta, cuando ni siquiera ha comenzado a transcurrir el término para su declaración, ni entrado en ejercicio la acción penal que es lo llamado a extinguirse.

Tanto es ello, que el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción de la acción penal no coincide con la pena establecida en el tipo y que correspondería aplicar al autor o

partícipe del comportamiento delictivo, a pesar de ser éste uno de los parámetros tomados en cuenta para su determinación normativa y que debe ser considerado en la declaración que, en cada caso, compete realizar al órgano jurisdicente.

Precisamente por ostentar naturaleza y finalidades diversas de la pena, el término prescriptivo en la instrucción inicia a contarse desde el día de la consumación en las conductas punibles de ejecución instantánea, y en las de ejecución permanente o que solo alcancen el grado de tentativa desde la perpetración del último acto, y una vez producida su interrupción con la ejecutoria de la resolución acusatoria o su equivalente, comienza a computarse de nuevo sólo que por la mitad del término previsto para la instrucción sin que pueda ser inferior en ningún caso a cinco años ni superior a diez, mandato éste último que en la práctica con la nueva tesis queda invalidado.

Entenderlo de modo contrario para afirmar que cuando el tipo penal se realiza por sujeto cualificado el aumento de la tercera parte del término prescriptivo sólo puede aplicarse con plenitud en la instrucción del proceso y no durante el juicio, implicaría mezclar indebidamente razonamientos referidos a institutos distintos, y conduce a tener que afirmar, también sin fundamento, que la pena y la prescripción poseen idéntica finalidad, negar las razones de política criminal que inspiran la regulación normativa de los presupuestos para que opere la pérdida de la facultad del Estado en la investigación de los delitos y el juzgamiento de los presuntos responsables, y, por vía de interpretación, “derogar” la existencia del precepto sustancial que establece el incremento del término de prescripción y la posibilidad asimismo de contar con un aumento del tiempo para el ejercicio de la acción penal estatal en el juicio, cuando la conducta objeto de éste ha sido realizada por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo, o con ocasión de ellos.

“La posición privilegiada de los servidores públicos que delinquen y ocultan las pruebas o dificultan su consecución gracias al cargo o las funciones que desempeñan,

constituye una razón válida para ampliar el término con que cuenta el Estado para perseguir estos delitos. Su complejidad, por otra parte, representa un motivo adicional para la adopción de esta medida de política criminal. Por último, el mayor costo social de permitir que los delitos cometidos por servidores públicos queden en la impunidad, con la consecuente pérdida de legitimidad del Estado, justifica la existencia de una norma como la demandada”, ha sido precisado por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 82 del decreto 100 de 1980, hoy contenida en el artículo 83-5 de la ley 599 de 2000, precisión no ponderada en las decisiones mayoritariamente adoptadas por la Sala.

Cabe recordar, finalmente, con la misma Corte Constitucional, que “la decisión legislativa de tomar como referente para la determinación del término de prescripción de la acción penal el máximo de la pena, se aplica por razones prácticas, mas no axiológicas, lógicas o dogmáticas. A este respecto, le asiste razón al Procurador General de la Nación cuando afirma que el aumento del término de prescripción en el ámbito penal ‘más que un problema de dogmática jurídica es un asunto que corresponde a la esfera exclusiva de la

política criminal’ ” (Se destaca), (Sentencia C-345/95, por la cual declaró ajustado a la Carta Política el artículo 82 del decreto 100 de 1980).

Agregó la Corte Constitucional en el fallo que se cita, que “sólo mediante la inadvertencia de las diferentes finalidades de la pena y de la prescripción de la acción penal, es posible esgrimir la tesis del agotamiento de la facultad legislativa de regular la prescripción. Sólo bajo la perspectiva del demandante –según la cual la regulación y tasación de la pena y de la prescripción dependen de las mismas finalidades- es posible comprender la idea de una supuesta desproporción al incrementar nuevamente lo ya aumentado. En efecto, el único principio constitucional que podría sustentar el cargo del demandante, y que subyace al argumento de la desproporción del nuevo

aumento en el término de prescripción, es el principio de non bis in idem, en virtud del cual no se podría sancionar un hecho ya sancionado. No obstante, el actor evita invocar directamente este principio, y prefiere hablar de un límite constitucional tácito, para evitar la equiparación entre la finalidad sancionatoria de la pena y la finalidad práctica -no punitiva- del término de prescripción” (se destaca).

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria, pues a pesar de los esfuerzos argumentativos para denotar mi error, no logran conmover la firme convicción de que la nueva metodología adoptada por la Sala no sólo es contraria a las razones de Estado y política penal por las que se estableció el aumento del término prescriptivo de la acción penal y a las cuales prolijamente se ha referido la jurisprudencia penal y constitucional, sino que da solidez de una vez por todas a la idea según la cual desde la ocurrencia del hecho, y no con el transcurso del tiempo, surge el “derecho a la prescripción”.

Por todo esto, ha debido la Sala entrar a resolver el recurso de casación interpuesto.

fernando e. arboleda ripoll

magistrado

fecha ut supra.