

**Ley 1542 del 2012,
¿Otro intento
fallido de retroceso?**

Rodrigo Javier Parada Rueda

LEY 1542 DEL 2012, ¿OTRO INTENTO FALLIDO DE RETROCESO?

AUTOR: Rodrigo Javier Parada Rueda
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 29 de 2012
DIRECCIÓN: rparada4@unab.edu.co

RESUMEN: La inapropiada política criminal del Estado colombiano ha generado todo tipo de incertidumbres en nuestro sistema judicial y ha sido desatinada en cuanto a la prevención de la comisión de determinadas conductas punibles. La ley 1542 del 2012 es una muestra más del indebido enfoque que se tiene en materia de prevención y represión criminal. El Estado, buscando cumplir con compromisos adquiridos a través de tratados internacionales, ha promulgado leyes que no atacan la raíz de la criminalidad y ha generado efectos nefastos en la práctica judicial, incrementándose así altos índices de impunidad y por ende de una u otra forma, promocionando la comisión de conductas punibles que el colectivo inclusive ya no encuentra relevantes. El presente artículo es el resultado de una reflexión en torno a la problemática generada a raíz de la creación de la norma citada.

PALABRAS CLAVES: Inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar, ley 1542, sistema penal acusatorio, ley 906, preclusión, desistimiento, juicio oral.

ABSTRACT: The inappropriate Colombian state criminal policy has generated all kinds of uncertainties in our judicial system and has been unreasonable in terms of preventing the commission of certain criminal conduct. Law 1542 of 2012 is another example of the inappropriate focus in terms of criminal prevention. The state looking to fulfill commitments through international treaties, has enacted laws that do not attack the root of crime and generated negative effects on judicial practice, thus increasing high levels of impunity and in some way or another, promoting the commission of criminal conduct that is no longer even relevant for the community. This article is the result of a reflection on the problems caused as a result of the creation of such communication.

KEYWORDS: Alimony, domestic violence, law 1542, adversarial criminal justice system, law 906, estoppel, waiver, trial.

Ley 1542 del 2012, ¿Otro intento fallido de retroceso?

Rodrigo Javier Parada Rueda¹

*“El ser humano es el único animal que tropieza dos veces con la misma piedra”
Anónimo*

Desde el surgimiento de los conceptos de Estado y Sociedad, el derecho penal se ha instituido como la principal herramienta del primero de estos para mantener el orden social que permite garantizar el pleno ejercicio de los derechos de quienes habitan en determinado territorio. Es así como ha surgido, a su vez, el concepto de “Política criminal estatal”, que no es otra cosa que la priorización de aquello que se concibe como fundamental para impedir transgresiones injustificadas a las garantías fundamentales de los ciudadanos.

La política criminal estatal no es, entonces, un conjunto de normas sancionatorias originadas a partir de distintos episodios de alto impacto para la ciudadanía, mediante las cuales se pretende –sin un norte claro– evitar a toda costa la materialización de determinadas conductas punibles. No; es, o mejor, debe ser, el resultado de un análisis sesudo mediante el cual se pretenda evitar la impunidad de distintas conductas que efectivamente lesionen o pongan en peligro determinados bienes jurídicos que sean de vital importancia para el Estado y sus habitantes. Debe ser, además, un conjunto de normas que permita acudir a distintos mecanismos alternativos para dar fin a determinados conflictos, sin necesidad de la intervención del aparato jurisdiccional del Estado. En conclusión, la política criminal estatal debe orientarse en torno a establecer qué tipo de conductas afectan real o potencialmente bienes jurídicos vitales para que el Estado mantenga su orden y, estatuir mecanismos que permitan acudir al derecho penal como *última ratio*.

Infortunadamente en Colombia no ha existido una real política criminal estatal que permita evolucionar en materia penal. Al contrario, la involución es constante y se ha

¹ Abogado, especialista en Derecho Penal y docente del Área de Derecho Penal y Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Penal Económico y de la Empresa de la Universidad Castilla – La Mancha de Toledo, España. Candidato a Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

confundido el fin preventivo general que trae consigo la pena como resultado de la comisión de una conducta punible, con la imperativa necesidad de sancionar cuanto acto sea reprochado por el colectivo, pretendiendo así brindar tranquilidad y sosiego a la comunidad en general. Esto ha traído consigo la tipificación de conductas que realmente no afectan de manera relevante los bienes jurídicos tutelados, olvidando que existe otro tipo de mecanismos mucho más eficientes y menos onerosos que indudablemente permitirían que el Estado se ocupase de aquello que realmente es importante para mantener el orden social.

Aunado a lo anterior y en consonancia con lo expuesto, se han limitado excesivamente los mecanismos mediante los cuales el Estado pudiese garantizar la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas de las conductas punibles, con mayor celeridad y con mejores resultados. El caso más reciente y objeto del presente escrito, es lo relativo a la expedición de la ley 1542 del 2012, mediante la cual se le dio el carácter de “oficiosos” a los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar. Debe desde ya mencionarse por parte de este autor, que el concepto de “oficioso” no tiene relación alguna con la gravedad de la conducta punible. No; en realidad esto está relacionado con la carga impuesta –o más bien con el relevo de la carga para el presente caso- al titular del bien jurídico que se ve afectado por el actuar de determinada persona. Es así como el legislador ha considerado que en algunas conductas punibles la investigación debe iniciarse a instancia del afectado y en otras a instancia del Estado. Igual criterio tiene la Corte Constitucional de Colombia y así lo expuso en una de sus providencias²:

“La Corte Constitucional ha sostenido que la querrela es una condición de procedibilidad de la acción penal, puesto que se concibe como un requisito que condiciona el inicio del proceso penal en tanto que sólo la persona legitimada para el efecto puede autorizar la intervención del Estado para investigar las conductas que son reprochables penalmente. La querrela, entonces, constituye una excepción a la regla general según la cual al Estado corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar de oficio la investigación de los hechos que tienen las características de un delito.

Sin embargo, esta figura no implica una alteración de la naturaleza de la acción penal porque esta es siempre pública aunque el titular para su ejercicio sea la persona lesionada. En otras palabras, no es correcto referirse a delitos de acción pública o privada, sino que debe hablarse de delitos perseguibles de oficio o a instancia de la persona ofendida por el delito o del titular del bien jurídico tutelado. De esta forma, queda claro que la querrela es un requisito previo al ejercicio de la acción penal que consagra la ley como un instrumento de política criminal y no una condición de punibilidad del delito que pueda surgir de la conducta reprochada, pues la existencia del hecho delictivo no depende de la voluntad del lesionado sino de la regulación legal que lo crea.”

2 Sentencia C-425 del 2008, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ahora bien, aun cuando se considere que la condición de investigables de “oficio” de los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar no tiene relación alguna con la gravedad de la conducta, si debe decirse que la modificación que trajo consigo la ley 1542 del 2012, respecto a las conductas punibles en comento, ha variado su tratamiento desde la indagación hasta el juzgamiento, generándose consecuencias nefastas para los procesados, y por supuesto, haciendo mucho más gravosa su conducta desde el punto de vista del resultado del proceso, aun cuando la naturaleza del delito se mantenga incólume.

El gobierno nacional, a través de la ley mencionada, pretendió eliminar el carácter de “querellables” o investigables a instancia de la parte interesada, a los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar bajo el siguiente objetivo³:

“La presente ley tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querellables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.”

Obsérvese entonces que aquello que se pretende con la ley en comento y que se señala desde el inicio del texto es protección y diligencia por parte de las autoridades. No obstante lo anterior, se menciona en el artículo 1°. de la norma, que de igual manera se elimina el carácter de “querellables” y “desistibles” a los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar. Pues bien, dos puntos para analizar surgen en el presente caso. El primero de ellos es el relativo a la actividad del Estado como titular de la acción penal a través de la Fiscalía General de la Nación. El segundo, es el relacionado con las características de la querrela.

En lo que al primer planteamiento respecta, debemos decir que el proyecto de ley impulsado por el Gobierno nacional tiene su origen en el cumplimiento –tardío- de los compromisos adquiridos en la Convención de Belem do Pará⁴, en la cual se dispuso que todos los estados firmantes debían “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”⁵. Es así, entonces, que un poco más de 17 años después de haberse firmado la convención en comento, al parecer el Estado colombiano ha considerado que el mejor instrumento para proteger a las mujeres y sancionar las conductas que se llegaren a cometer en su contra es el variar el mecanismo mediante el cual se deben iniciar las investigaciones por los delitos cometidos en su contra, pero no el adecuar políticas estatales que permitieren evitar todo tipo de conductas punibles que llegaren a lesionar bienes jurídicos de vital importancia para el Estado.

A partir de la entrada en vigencia de la ley 906 del 2004, se generó todo tipo de expectativas en torno a la celeridad que se iba a impartir a cada una de las causas penales y al hecho de que se iban a garantizar en mayor medida los derechos de las

3 Artículo 1°. Ley 1542 del 2012.

4 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. 1994.

5 Literal B, Artículo 7. Ibidem.

víctimas, a través de un proceso oral, público, contradictorio y dirigido por funcionarios independientes e imparciales. No obstante lo anterior, el estado actual del sistema permite concluir que existe tal congestión en torno a las causas que se adelantan bajo el sistema penal acusatorio, que el nivel de impunidad en delitos como los que acá analizamos, asciende cada vez más con el paso de los años. Las razones —a nuestro parecer— son dos: 1. El término de prescripción que señala el Código penal y el de interrupción de la prescripción que señala el Código de procedimiento penal, limitan excesivamente la actuación tanto de los Fiscales como de los jueces de conocimiento. Infortunadamente solo se imparte celeridad —a medias— a aquellos procesos que cuentan con procesados privados de la libertad. 2. El alto número de casos que se encuentran en etapas de indagación e investigación en la Fiscalía General de la Nación, impiden el adecuado desempeño por parte de los miembros de policía judicial, cuestión que afecta directamente los correspondientes juicios orales.

Aspectos como el anteriormente mencionado, han afectado directamente el desempeño de los funcionarios judiciales que laboran a partir de lo más urgente hasta lo menos importante. Esto, sin lugar a dudas, generó en su momento un impacto negativo afectando directamente a las víctimas por cuanto —en casos como el de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar— estas se veían obligadas a conciliar y desistir de la querrela interpuesta a como diere lugar, generándose así la sensación de que el Estado no tenía ningún interés en solucionar conflictos familiares y que, por tanto, las conductas que afectaran o pusieran en peligro el bien jurídico de la familia, poca importancia representaban para la sociedad en general.

Ahora bien, en lo que al segundo planteamiento se refiere, debemos mencionar que la querrela es una de las formas de noticia criminal existentes dentro del actual esquema procesal, mediante la cual el titular del bien jurídico o su representante legal, deben poner en conocimiento del Estado, la comisión de determinada conducta punible dentro de los 6 meses siguientes, inclusive pudiéndose ampliar dicho término por 6 meses según lo dispone el artículo 73 de la ley 906 de 2004⁶. Aunado a lo anterior, los delitos querellables requieren la celebración de audiencia de conciliación para iniciar la fase de indagación y dicha diligencia puede ser surtida ya sea ante la Fiscalía General de la Nación o ante cualquier particular o autoridad pública que ejerza tales funciones de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley 640 de 2001⁷. Debe señalarse, además, que la misma ley 906 de 2004 en su artículo 74⁸ señala cuales delitos son considerados como querellables y en su artículo 76⁹ señala que podrá desistirse de la querrela interpuesta por parte del sujeto pasivo de la conducta punible.

6 Art 73. Caducidad de la querrela: La querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses.

7 Ley 640 del 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

8 El artículo 74 señala dos especies de delitos querellables, a saber: a. Aquellos cuya pena principal sea de multa y, b. Aquellos que se señalan de manera taxativa.

9 Señala el artículo 76 de la ley 906 de 2004 que el afectado en cualquier momento y hasta antes de “finalizar” la audiencia preparatoria, podrá desistirse de la querrela interpuesta.

Como se planteaba en las líneas iniciales de este artículo, la política criminal estatal ha estado enmarcada en lo que Luigi Ferrajoli denominaba “legislación fragmentaria bajo el signo de la emergencia y la excepción”¹⁰ lo cual no es otra cosa que una reacción –tardía- del Estado tendente a reprimir distintas conductas inapropiadas dependiendo del momento y no basada en políticas de prevención. En el caso de los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar la historia no ha sido distinta. Las reformas legislativas en torno a su tratamiento como delitos investigables a instancia de parte o de oficio, han generado tal inseguridad jurídica que al momento de expedirse la ley 1542 del 2012, aún no existía claridad en torno al tratamiento que se debía dar a cada una de las conductas punibles. Quizás por esta razón el legislador en la ley 1142 del 2007 buscó adecuar el proceso penal a la realidad del momento en lo que a las conductas señaladas se refiera e incorporó un párrafo al numeral tercero del artículo 37 de la ley 906 de 2004, mediante el cual se logró aplicar los efectos propios de la querrela a los delitos investigables de oficio. Lo anterior dio cabida a que se pudiese desistir de la denuncia por parte de la víctima y, por ende, se precluyera la investigación a favor el procesado de acuerdo con lo establecido en la causal primera del artículo 331 de la ley 906 de 2004¹¹.

Hechas las precisiones requeridas para abordar el tema central de este artículo, procederemos a exponer nuestro punto de vista en torno a la situación procesal actual de las conductas punibles tantas veces referenciadas.

La ley 1542 de 2012 ha dispuesto en su cuerpo normativo lo siguiente¹²:

“Artículo 2°. Suprímense del numeral 2 del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, las expresiones: violencia intrafamiliar C. P. (Artículo 229); e inasistencia alimentaria C. P. (artículo 233). En consecuencia, la pena privativa de la libertad por la comisión del delito de violencia intrafamiliar será la vigente de cuatro (4) a ocho (8) años con los aumentos previstos en el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 229 de la Ley 599 de 2000, Código Penal.

Artículo 3°. Adiciónese al artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, el siguiente párrafo:

Parágrafo. En todos los casos en que se tenga conocimiento de la comisión de conductas relacionadas con presuntos delitos de violencia contra la mujer, las autoridades judiciales investigarán de oficio, en cumplimiento de la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres consagrada en el artículo 7° literal

10 Término acuñado por Luigi Ferrajoli en su texto: Derechos y garantías. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, 180 pp.

11 La causal primera señalada en el artículo 331 de la ley 906 del 2004 guarda estrecha relación con las causales de extinción de la acción penal que se contemplan en el artículo 82 de la ley 599 del 2000. Para el caso que nos atañe debemos remitirnos a la causal segunda de dicho artículo.

12 En la presente referencia se omite la transcripción del artículo primero por cuanto fue reseñado al inicio del escrito.

b) de la Convención de Belém do Pará, ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 248 de 1995.

Artículo 4°. Adiciónese un inciso al numeral 4 del artículo 38 A de la ley 599 de 2000, del siguiente tenor: Para la verificación del cumplimiento de este presupuesto, en los delitos de violencia intrafamiliar, la decisión del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad deberá ser precedida de un concepto técnico favorable de un equipo interdisciplinario de medicina legal.

Artículo 5°. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación, deroga y modifica en lo pertinente el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011 y las disposiciones que le sean contrarias.” (Subrayas propias)

De una lectura sistemática de la norma en comento se concluye que: 1. Los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar desde el momento en que entró en vigencia la correspondiente ley, son delitos investigables de oficio. 2. Se adaptó la normativa procesal penal a los compromisos adquiridos por medio de tratado internacional; y, 3. Todas aquellas disposiciones que contemplen como querellables e investigables de oficio los delitos de inasistencia alimentaria o violencia intrafamiliar quedan derogadas.

Infortunadamente la Fiscalía General de la Nación y algunos jueces de conocimiento consideran que el artículo cuarto de la ley 1542 de 2012 modificó también el artículo 37 de la ley 906 de 2004, en lo que hizo mención respecto a la extensión de los efectos propios de la querrela a los delitos investigables de oficio. Esto corresponde a una interpretación sesgada y exegética de la disposición normativa puesto que se han analizado el artículo primero y el artículo cuarto de la siguiente manera:

1. El artículo primero señala dentro del objeto de la ley que elimina “*el carácter de querellables y desistibles*” de los delitos en mención.
2. El artículo cuarto señala que la ley “*deroga las disposiciones que le sean contrarias*”.

A juicio de este autor la interpretación de algunos juristas que señalan que se prohíbe la aplicación del párrafo único del numeral tercero del artículo 37 de la ley 906 de 2004, por cuanto el artículo cuarto de la ley 1542 de 2012 deroga disposiciones que contraríen el hecho de que tales conductas “ya no son desistibles”, es errónea. La razón es sencilla. El desistimiento es un efecto propio de los delitos querellables y nunca de los delitos investigables de oficio. La “y” que separa las palabras “querellables” y “desistibles”, es conjuntiva. La norma señala el desistimiento como parte integral de la querrela y no como una figura externa de esta; por tanto, tenemos que concluir que el legislador simplemente hizo mención a una de las características de la querrela y no a un efecto que pueda aplicarse a todo tipo de delitos; únicamente –por regla general- a los delitos investigables a instancia de parte.

El legislador, al señalar en el artículo cuarto de la ley mencionada la derogatoria de disposiciones contrarias, pretendió evitar dicotomías jurídicas como la que se pudo haber generado con lo consignado en el artículo 71¹³ de la ley 906 de 2004, por cuanto este señala en uno de sus incisos que: “(...) *En el delito de inasistencia alimentaria será también querellante legítimo el Defensor de Familia*”, y erróneamente pudo haberse considerado que tal conducta punible aún era investigable a instancia del afectado.

Afortunadamente no todo es negativo en la práctica judicial y los defensores –como el autor- hemos podido actuar de manera independiente y sin necesidad de la complacencia de la Fiscalía General de la Nación, en lo que a estas conductas punibles se refiere, ya que el párrafo único del artículo 331 de la ley 906 de 2004 faculta a la defensa –entre otros- a solicitar la preclusión de la investigación durante la etapa de juzgamiento cuando devengan las circunstancias contempladas en los numerales primero y tercero, *ibidem*. Solo resta esperar que las altas corporaciones judiciales se pronuncien respecto al tema. Mientras tanto los despachos judiciales se congestionarán con causas que fácilmente pueden ser concluidas por medio de otros métodos alternativos de solución de conflictos que garanticen igualmente los derechos de las víctimas.

Finalmente y no obstante lo anteriormente mencionado, debe señalarse que para que la solicitud que se incoe ante el correspondiente juez de conocimiento prospere, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Deberá indemnizarse integralmente a la víctima del punible atendiendo a los perjuicios causados.
2. Deberá celebrarse diligencia de conciliación o diligenciarse contrato de transacción mediante la cual la víctima desiste de la acción penal.
3. Deberá informarse a la víctima de los derechos que le asisten como tal.
4. La víctima deberá acudir actuando en representación propia o a través de apoderado judicial a la correspondiente audiencia de preclusión con el fin de que el juez de conocimiento verifique personalmente que el afectado es consciente de la decisión que toma.

Habiéndose cumplido los requisitos –si bien no consagrados en la norma, si de la esencia misma del delito y el proceso penal- deberá analizar el juez de conocimiento si hace un análisis exegético o sistemático como el que acá se plantea y establecer la posibilidad de garantizar los derechos de la víctima a través de un método alternativo de solución del conflicto o, en su defecto, negar la solicitud, lo que impide que esta pueda incoarse ante el nuevo juez que se asigne con posterioridad de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 335¹⁴ de la ley 906 de 2004.

13 Este artículo es el que establece qué persona es la que se encuentra legitimada para poner en conocimiento de las autoridades la comisión de alguna de las conductas punibles señaladas en el artículo 74 de la ley 906 de 2004.

14 Señala la disposición en su inciso segundo que: “El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.”

Bibliografía

- Ley 1542 de 2012
- Ley 906 de 2004
- Ley 1142 de 2007
- Ley 640 de 2001
- Sentencia C-425 de 2008
- Sentencia C-1198 de 2008
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/17/rb/rb11.htm>
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999, 180 pp.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. 1994