

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL**Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley número 139 de 2017 Senado “Por medio del cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar”**

Proyecto de Ley número 139 de 2017 Senado “Por medio del cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar”	
Autor	Fiscalía General de la Nación
Fecha de Presentación	2 de octubre de 2017
Estado Actual	Pendiente de designar ponente en el Senado
Referencia	Concepto 01.2018

1

El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal en sesión del 24 de octubre, discutió el Proyecto de Ley número 139 de 2017 Senado “Por medio del cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar”, con base en el texto radicado en el Senado de la República y que fue radicado el 2 de octubre de 2017.

Una vez revisadas las consideraciones por parte del Consejo Superior de Política Criminal, se aprueba el presente concepto.

1. Contenido de la propuesta del Proyecto de Ley número 139 de 2017 Senado

El proyecto se compone de seis (6) artículos, incluido el de su vigencia y derogatoria de “todas las disposiciones que le sean contrarias”. El artículo primero modifica el artículo 229 de la Ley 599 para aumentar la pena a quien cometa un delito de violencia intrafamiliar dentro de los cinco años siguientes a la creación de un antecedente judicial por delitos contra la vida y la integridad personal o contra la libertad, integridad y formación sexuales cometido contra un miembro de su grupo familiar, definiendo el concepto de grupo familiar para estos efectos.

El artículo segundo modifica el párrafo del artículo 284 (sic) de la Ley 906 para permitir que en los casos de delitos de violencia intrafamiliar se adelanten audiencias cerradas al público; el tercero reforma el artículo 284 para incluir los delitos de violencia intrafamiliar como uno de los eventos en los cuales se puede practicar una prueba anticipada, en cuyo caso no es necesario repetir la prueba en el juicio si existe riesgo de re victimización; el artículo cuarto incluye los delitos de violencia intrafamiliar entre los que pueden ser adelantados por el trámite del procedimiento especial abreviado regulados en el artículo 534 de la Ley 906; finalmente, el quinto modifica el artículo 534 (sic) de la Ley 906 para excluir a los delitos de violencia intrafamiliar de la posibilidad de convertir la acción penal pública en privada.

2. Observaciones político-criminales

2.1. Una primera observación formal

En el texto radicado en el Senado de la República se observan dos errores que es necesario corregir, referidos ambos a la referencia que se hace para modificar algunas normas de la Ley 906.

2

El primero, se refiere al artículo segundo del proyecto, en el que se pretende modificar el párrafo del artículo 284 de la ley citada, cuando en realidad se ha debido hacer alusión al párrafo del artículo 149 que regula el principio de publicidad y permite su restricción en algunos casos.

El segundo, es el artículo quinto del proyecto, que incorrectamente cita el artículo 534 de la Ley 906 para introducir una reforma que en realidad corresponde al artículo 550 de la misma ley.

2.2. Las cifras y la capacidad de procesamiento

En la exposición de motivos se presentan cifras relacionadas con el crecimiento de los casos de violencia intrafamiliar, así como datos estadísticos que demuestran que en estos eventos la labor de la Fiscalía General de la Nación es bastante deficiente. Frente a esta realidad, resulta cuando menos paradójico que se pretenda reformar el artículo 229 de la Ley 599, ampliando el concepto de “grupo familiar” a personas que hasta el momento no se consideran como parte de él en otras

disposiciones del Código Penal, con lo cual se incrementaría el número de casos que estarían pendientes de resolución.

Lo adecuado sería que se establecieran medidas que permitan el oportuno procesamiento de los casos existentes, para después, si fuera del caso de acuerdo con razones político criminales, ampliar el ámbito de aplicación del tipo penal. Esto, por cuanto las medidas de política criminal deben ser realizables y, evidentemente, al elevar el número de casos posibles para entregarlos a un sistema que ha demostrado su incapacidad de procesarlos todos, no se estaría más que elevando las expectativas ciudadanas que terminarían frustradas al no obtener respuesta efectiva de las autoridades.

Desde una perspectiva racional, la política criminal, una vez identificado un fenómeno que afecte su desarrollo o que de alguna forma incida en los procesos de criminalización, debe construir respuestas que busquen su solución, en lugar de crear condiciones de agravación del problema o pasar a la inacción. Uno y otro camino incrementan los conflictos sociales y restan legitimidad a la actuación del Estado.

3

En este sentido, se advierte la inconveniencia del proyecto de ley, porque identificado el problema (insuficiente acción de la Fiscalía General de la Nación, que frente a los casos de violencia intrafamiliar reportó un 89% de casos inactivos en 2011 y 71.10% en 2012) no se propone ninguna medida que permita superar la falta de atención judicial de los casos y sí, por el contrario, se amplía el marco de la descripción típica, con lo que se podría esperar que acreciente el número de entradas y, por consiguiente, se aumente la falta de resultados (eventualmente la impunidad) frente al delito.

2.3. La confusión sobre el concepto de cónyuges y padres. El concepto de grupo familiar

Con la reforma se introduce una confusión en el concepto de grupo familiar, en la medida en la que el literal a) del artículo 229 en la versión propuesta, considera a los “cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado”, al paso que el literal b) incluye al “padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se dirige contra el otro progenitor”, con lo cual los “cónyuges” se consideran una categoría diferente a la de padre o madre de familia. Esta distinción es correcta desde el punto de vista jurídico,

pero cuando la norma condiciona que el maltrato se dirija contra el otro progenitor, equipara el concepto de padre o madre al de cónyuge. Tendría sentido diferenciar cónyuges (condición en la que se hallan recíprocamente esposo y esposa) de padres (condición en la que se hallan los progenitores respecto de sus hijos), si esta última categoría se relacionara solamente con los hijos, mas no así cuando se trata de considerar que un padre –progenitor y cónyuge- maltrata a una madre, porque en estos eventos caen –autor y víctima- en la categoría de cónyuges, compañeros permanentes o personas que sostienen relaciones extramatrimoniales, de donde el literal b) resulta una repetición innecesaria de lo dispuesto en el literal a).

Ahora bien, para el Consejo Superior de Política Criminal tampoco parece conveniente optar por la forma como el proyecto caracteriza el concepto de “grupo familiar”, en detrimento de las funciones judiciales de interpretación de las normas jurídicas y con incidencia en la tipificación de la conductas. El Consejo varias veces ha insistido en la necesidad de respetar el principio de legalidad estricta, lo que no significa que en casos en los que las configuraciones típicas dependen de elementos dinámicos y por consiguiente configuran tipos penales en blanco, la ley tenga que tratar de cerrar los espacios a la discrecionalidad judicial que es, en estos casos, la garantía de la justicia.

4

Eso sucede en el caso de “grupo familiar” que ha sustituido paulatinamente el concepto de “familia”, en atención a las transformaciones sociales, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el reconocimiento de derechos a seres humanos que han optado por la constitución de familias en condiciones diferentes a las tradicionales.

Obsérvese, a este propósito, que la legislación actual (artículo 229 de la Ley 599) incrimina la violencia ejercida contra “cualquier miembro de su núcleo familiar” y, por virtud del párrafo, contra el encargado del cuidado de “uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia”, con lo cual es al juez a quien corresponde determinar, según elementos jurídicos, jurisprudenciales, sociológicos y fácticos, qué persona es integrante de un “núcleo familiar” y por ende sujeto pasivo de la conducta.

El proyecto, al contrario, limita la facultad interpretativa del juez y señala quienes pueden ser considerados como miembros del grupo familiar: (i) los cónyuges o compañeros permanentes, aunque se hubieren separado o divorciado; (ii) el padre y la madre de familia, aun cuando no convivan en el mismo hogar, si el maltrato se

dirige contra el otro progenitor; (iii) los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; (iv) las personas con las que se sostienen relaciones extramatrimoniales de carácter permanente que se caractericen por una clara e inequívoca vocación de estabilidad.

Como se observa, en esta norma se restringe el concepto de núcleo familiar, en tanto que al incorporarse en la ley una definición del concepto, es dicha definición la que ha de adoptarse para todos los efectos interpretativos y de aplicación. En este concepto, se reduce el ámbito de aplicación de la ley, porque no se podría aplicar a los hermanos entre sí; a los familiares colaterales que se encuentren integrados a la unidad familiar, así como otras personas que pueden integrar el núcleo familiar por la existencia de relaciones diferentes a las enunciadas en el párrafo primero de la norma propuesta.

Esta limitación de las facultades interpretativas del juez se fundamentó en dos condiciones, según la exposición de motivos. La primera, la necesidad de cerrar el paso a interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia sobre el concepto de núcleo familiar, con lo que se evidencia una intención que va en contravía de la independencia judicial, al proponerse que el legislativo incursione en los campos de la actividad judicial cuando quiera que algún actor de la política criminal no está de acuerdo con las decisiones judiciales, procedimiento extraño a las condiciones que debe tener una política criminal respetuosa de las competencias y de los principios constitucionales.

5

La segunda, relacionada con la necesidad de ampliar la protección que brinda el delito de violencia intrafamiliar a quienes sostienen una relación extramatrimonial estable, e incluso -según se dice, pero no se refleja en las normas- a quienes han sostenido una relación íntima incluidas las relaciones no matrimoniales. Esta propuesta está fundamentada en el hecho de que aproximadamente una tercera parte de las mujeres víctimas de violencia lo son por comportamientos realizados por sus ex esposos o ex compañeros permanentes.

Para el Consejo, si bien la finalidad anotada puede resultar plausible, no es conveniente traducirla en una norma jurídica que limita las posibilidades de su aplicación. En efecto, en estos últimos casos existen situaciones en las que quienes han hecho una vida en común rompen totalmente sus relaciones de afecto y solidaridad, con lo cual un eventual maltrato entre ellos no debería inscribirse en el campo de la violencia intrafamiliar, así como parejas que a pesar de la ruptura de la

convivencia continúan unidas por vínculos de afecto y solidaridad, que podrían incurrir en el tipo penal.

2.4. La reincidencia, el aumento de pena y su capacidad de prevención

El Consejo Superior de Política Criminal por su propia convicción de mantener una política criminal racional y respetuosa de los derechos fundamentales, pero también siguiendo los lineamientos que en esta materia ha señalado la Corte Constitucional, ha considerado que los aumentos de penas deben ser examinados con especial cuidado, teniendo en cuenta que la Constitución reconoce al legislador una amplia discrecionalidad para fijar el monto de las sanciones penales, pero también le fija límites implícitos que evitan los desbordamientos punitivos.

En esta ocasión, el incremento de la pena se condiciona a la reincidencia, concebida a partir de la recaída en una especie específica de delitos, pero condicionada a la época en la que se dicte la sentencia. Es así como se propone que “la pena se aumentará en una cuarta parte cuando el responsable tenga antecedentes penales por haber cometido alguno de los delitos previstos en los Títulos I y IV del Código Penal contra un miembro de su núcleo familiar, o cuando tenga antecedentes por el delito de violencia intrafamiliar, siempre que la condena hubiese sido proferida dentro de los cinco años anteriores a la ocurrencia del nuevo hecho”.

6

La reincidencia que contempla el proyecto, en principio, se refiere a la existencia de una condena anterior por un delito similar al procesado, bajo el supuesto de que la sanción impuesta no surtió los efectos esperados de prevención especial positiva – reforma de la conducta del condenado-, con lo cual se reduce para este fenómeno el ámbito del derecho penal de autor que se presentaría si la recaída en el delito se predicara genéricamente de las conductas anteriormente cometidas por el mismo autor. No obstante, este presupuesto puede resultar altamente perjudicial para el procesado, cuando se trata de procesos penales que se demoran más allá de los términos legales y pueden exponer al autor de un hecho a recibir una sanción mayor que solamente estaría dada por la ineficiencia del aparato de administración de justicia, no por la comisión de un hecho anterior. Piénsese, por ejemplo, que se podría sancionar más drásticamente a quien ha cometido un delito diez años antes de la realización de otro, respecto del cual –el primero- el estado demoró diez años en producir la sentencia correspondiente.

Además, es bastante cuestionable que se pueda sostener la legitimidad de un incremento punitivo con base en la reincidencia, fenómeno que ha sido considerado

por la Corte Suprema de Justicia como una manifestación del derecho penal de autor y, por consiguiente, proscrito por los condicionamientos constitucionales del derecho penal.

Para la Corte Suprema de Justicia, la sanción de la reincidencia es una manifestación del derecho penal de autor y, por consiguiente, inaceptable dentro del marco jurídico constitucional actual, porque incrementar o imponer la pena en razón de los antecedentes penales o comportamientos anteriores que haya tenido el procesado, es contrario al principio de culpabilidad que reclama que la determinación de la pena se fundamente en él -que es el reproche personal por la realización de lo injusto- y solamente debe estar circunscrita en la organización del hecho y no en circunstancias anteriores, so pena de que viole el artículo 29 de la Constitución Política.

Finalmente sobre este punto, el Consejo estima equivocado pretender evitar la realización de delitos a partir del incremento de la pena para el reincidente. Es verdad que existe fundamento en el derecho penal simbólico según el cual a mayor cantidad de pena menor posibilidad de comisión del delito. No obstante, el fijar una pena más alta no necesariamente previene el delito, según lo muestran diversos estudios empíricos. Adicionalmente, en el caso de la violencia intrafamiliar, las sanciones más drásticas y las más limitadas opciones para el autor de poner fin al proceso penal –por ejemplo mediante mecanismos de justicia restaurativa- pueden generar consecuencias más graves en la estabilidad familiar y un mayor peligro para la víctima concreta, es decir, la persona que se ve abocada a un encarcelamiento que tenga efectos prolongados, con mayor razón después de obtenida la libertad puede generar mayores conflictos dentro de su propio grupo familiar como consecuencia del sentimiento de venganza; por consiguiente, el aumento de la pena no parece ser la vía adecuada para evitar la violencia intrafamiliar.

En todo caso, como se ha planteado en otros casos, el delito de violencia intrafamiliar se debe tratar de prevenir fundamentalmente a partir de la educación (no formal y formal), inculcando en los ciudadanos el respeto por los demás, la unidad familiar y la naturaleza y la fuerza que debe tener la estructura familiar como núcleo central de la sociedad y como área donde cada persona desarrolla toda su vida la vinculación con otras personas.

2.5. Las audiencias reservadas

Una observación adicional al proyecto está relacionada al párrafo del artículo 229 propuesto, según el cual “en las actuaciones procesales relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual, violencia sexual y violencia intrafamiliar, el juez podrá, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público”.

Esta medida tiene que ver con una concepción particular del derecho. Algunas corrientes propugnan por la reglamentación exhaustiva de los procedimientos penales, limitando de esta forma las posibilidades de decisión del juez director del proceso; otras, por el contrario, estiman que los procedimientos deben definir las bases fundamentales del procedimiento, entregando al funcionario la capacidad de decidir sobre el procedimiento aplicable con sustento en esos elementos y las condiciones particulares que se presente en cada caso.

La Fiscalía, en esta ocasión, opta por la primera vía, sin tener en cuenta que la posibilidad de limitar la publicidad de las audiencias está prevista en la ley de manera general en los artículos 149 y siguientes de la Ley 906, de forma que el juez, en ejercicio de su discrecionalidad y con base en elementos objetivos, puede disponer en cada caso concreto la realización de una audiencia reservada en el juzgamiento de cualquier delito, por lo que la reforma propuesta, en estricto sentido, no resulta necesaria. Esto en sí mismo no es un defecto del proyecto, pero sí configura la ocasión para recomendar al legislador que en la redacción de las normas penales se tome partido por una determinada regulación, de forma que haya homogeneidad dentro de las diferentes disposiciones, con lo que se contribuirá a la armonización de las leyes.

8

2.6. Las pruebas anticipadas

El proyecto, según la exposición de motivos, supone que las víctimas de violencia intrafamiliar son objeto de una nueva victimización por sus intervenciones en las audiencias y diligencias que surgen dentro de la actuación penal y, paralelamente, con frecuencia carecen de medidas efectivas de protección diferentes al proceso penal. Bajo este entendido, propone facilitar la práctica de pruebas anticipadas en los casos de violencia intrafamiliar como una forma de evitar que las víctimas tengan que acudir sucesivamente al sistema judicial y sufrir nuevos traumatismos graves e innecesarios.

La medida propuesta, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, puede buscar un fin altruista, pero no resulta aconsejable por varios motivos que se expondrán a continuación.

El primero, dice relación con la falta de racionalidad de la propuesta, de razón de que el proyecto dice que la práctica de pruebas anticipadas se configura como un mecanismo protector de las víctimas del delito de violencia intrafamiliar, pero restringe legislativamente la posibilidad de que al mismo mecanismo accedan víctimas de otras conductas delictivas que generan mayor victimización, como podría ser el caso de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, que no se incluyen en la reforma, quizás bajo la idea de que la jurisprudencia ha aceptado la práctica de pruebas anticipadas en estos eventos. Entonces, si se considera necesario reformar la ley para que se permita la prueba anticipada (con lo que implícitamente no se niega la potencialidad de la jurisprudencia para hacerlo) respecto de los delitos de violencia intrafamiliar, no se entiende por qué esa misma reforma no se propone respecto de los delitos más graves o que generan unas mayores posibilidades de victimización.

9

El segundo, tiene que ver con la estructura misma del procedimiento acusatorio. Uno de los principios más caros de este modelo de procedimiento es el de la inmediación de las pruebas, lo que supone que todos los elementos que servirán al juez para tomar una decisión, se deben practicar en su presencia y en una audiencia pública en donde se pueda controvertir cada una de las pruebas. Las pruebas anticipadas, como excepción, persiguen solamente precaver situaciones concretas en las que las evidencias puedan desaparecer. En el caso de la propuesta, sin embargo, se da a la prueba anticipada una función distinta, cual es la de evitar que la víctima del delito pueda ser nueva víctima del sistema. Ello, sin embargo, vulnera el principio de publicidad enunciado y, además, afecta las potencialidades de la defensa, que no podrá interrogar ni controvertir en presencia del juez, la evidencia así producida.

Ello es así, porque el parágrafo tercero propuesto dice: “En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral, salvo que se trate de investigaciones por el delito de violencia intrafamiliar, evento en el cual, el juez se abstendrá de repetir la prueba anticipada cuando exista evidencia sumaria de: a) Re victimización; b) Riesgo de violencia o manipulación; c) *Afectación*

emocional del testigo; d) O dependencia económica con el agresor”, regulación que impide la producción de la prueba de acuerdo con los principios del esquema acusatorio de juzgamiento y, por tales condiciones, la prueba sumaria terminaría siendo base de la sentencia, pese a que en el modelo no son el elemento central de decisión.

3. Conclusión

Atendidas las observaciones anotadas, el Consejo Superior de Política Criminal emite concepto desfavorable a la iniciativa legislativa analizada.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

10

Elaboró: Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria-Secretaría Técnica CSPC
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal