



CONCEPTO ICBF No 07

Fecha: 23/04/2020

ASUNTO:

¿Cuál es el rol de los defensores de familia en los procesos penales en los que los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos? ¿Tienen los defensores de familia, facultades para dictar órdenes de allanamiento en situaciones de ejercicio arbitrario de la custodia?

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se da respuesta a la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Cuál es el rol de los defensores de familia en los procesos penales en los que los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos? ¿Tienen los defensores de familia, facultades para dictar órdenes de allanamiento en situaciones de ejercicio arbitrario de la custodia?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1. Funciones del Defensor de Familia en los procesos penales en los que están involucrados los niños, las niñas y adolescentes; 2.2. Las entrevistas a los menores de edad dentro del Sistema Penal Acusatorio; 2.3. Facultades de los Defensores de Familia frente a los allanamientos en los que están involucrados menores de edad.

 ICBFColombia

www.icbf.gov.co

 @ICBFColombia

 @icbfcolombiaoficial

2.1 Funciones del Defensor de Familia en los procesos penales en los que están involucrados niños, niñas y adolescentes

Las funciones del Defensor de Familia en los procesos de toda índole, inclusive los

penales, se encuentran relacionadas con la representación judicial de los niños, las niñas

Los datos proporcionados serán tratados de acuerdo con la política de tratamiento de datos personales del ICBF y la **Ley es 1581 de 2012**.

Sede Direccion General
Avenida carrera 68 No.64c – 75
PBX: 437 7630

Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080

y los adolescentes donde se debaten sus derechos, y tienen un fundamento de rango constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, que ampara y protege los derechos fundamentales que le asisten.

La Ley 1098 de 2006, en el artículo 82, numerales 6, 11, 12, 16 y 17 consagra las actuaciones del Defensor de Familia en materia penal, las cuales se concretan en las siguientes:

6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la Ley penal ante el juez penal para adolescentes.
11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.
12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.
16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.

Específicamente, el numeral 11 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 establece como una de las funciones del Defensor de Familia, promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa¹ de los derechos de los niños, las niñas o adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan los derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 17 de octubre de 2012, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero manifestó que:

En el evento que el menor de edad cuente con la representación de sus padres o del apoderado, el Defensor de Familia en los procesos penales, "(...) se limitará a una mera labor de verificación y recaudo de información con el fin de estar atenta a desplegar cualquier medida de protección que como autoridad administrativa esté en el deber de prestar a estos sujetos de especial protección

Quiere decir lo anterior, que es deber del Defensor de Familia no sólo representar a los niños, niñas o adolescentes en los procesos judiciales cuando carecen de representante, sino también intervenir en los procesos donde se encuentren involucrados los derechos de los menores de edad, siempre velando por la protección y garantía de sus derechos fundamentales.

¹ Ley 906 de 2004, artículos 8 numerales j y k; artículo 125 numerales 4 y 5.

2.2. Las entrevistas a los menores de edad citados como testigos en los procesos penales

En virtud de lo establecido en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, los menores de edad pueden rendir testimonio en procesos penales. Sus declaraciones deberán ser tomadas por un Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el Fiscal, el Juez, el Defensor o la Policía Judicial. Sin embargo, corresponderá al Defensor realizar únicamente aquellas preguntas que en su criterio, no vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes y no sean contrarias a su interés superior. Señala el mencionado artículo lo siguiente:

“Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Conforme a la norma anteriormente citada, no cabe duda sobre la competencia que tiene el Defensor de Familia para realizar o tomar las declaraciones a los niños, niñas y adolescentes que sean citados como testigos en los procesos penales, previo envío del cuestionario por parte del Fiscal, del Defensor o del Juez.

Es importante resaltar que esta competencia radica únicamente en cabeza del defensor de familia y el papel del juez en estos casos, es de interviniente en el interrogatorio de los menores de edad para casos excepcionales. De ninguna manera se puede entender que es la autoridad judicial quien puede realizar la toma de declaraciones de los menores de edad.

Adicionalmente, si el defensor de familia considera que alguna pregunta de las enviadas en el cuestionario es contraria al interés superior del menor de edad o puede vulnerar sus derechos, podrá omitir la formulación de la misma. A su vez, si la autoridad administrativa para la toma de la declaración necesita mayor información sobre el desarrollo de la investigación, o claridad respecto del cuestionario, podrá oficiar solicitando precisión sobre el cuestionario.

En diversas ocasiones esta Oficina Asesora se ha pronunciado con relación a la procedencia de entrevistas a los menores de edad dentro del Sistema Penal Acusatorio, ratificando en todos sus conceptos, que en virtud de lo establecido en el artículo 150 del Código de la Infancia y la Adolescencia, corresponde al Defensor de Familia la toma de la declaración de niños, niñas y adolescentes. Así las cosas, en Concepto N° 163 de 2015 (https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000163_2015.htm#INICIO), se precisó:

“2.3. LA PROCEDENCIA DE ENTREVISTAS A LOS MENORES DE EDAD DENTRO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

El testimonio de los niños, niñas y adolescentes hoy día es base fundamental en la(sic) decisiones que se han de tomar por parte de los funcionarios encargados de adelantar la investigación y el juzgamiento dentro del sistema penal acusatorio, toda vez que anteriormente la intervención y participación de los menores de edad en la vida jurídica era limitada, salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante.

Por ello el Código de la Infancia y la Adolescencia creó el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como los procedimientos especiales para cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas o intervienen en los procesos contra adultos, y deben ser escuchados así:

- El artículo 150, consagra que cuando los niños, las niñas y los adolescentes sean citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra adultos, sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia.

- Igualmente establece que será el Fiscal o el Juez los que deben remitir el cuestionario, y de manera excepcional el Juez podrá intervenir en el interrogatorio, caso en el cual será necesaria la presencia del Defensor de Familia, este mismo procedimiento será el que se siga para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

(...)En ese mismo sentido, la Circular 11 de 2010 emitida por la Dirección General del ICBF, indicó que de ser necesaria la intervención de los niños, niñas y adolescentes, como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos, su declaración debe rendirse bajo los supuestos del artículo 150 de la Ley de Infancia y Adolescencia (...) En ese sentido, es claro que la actuación del Defensor de Familia tiene como fundamento esencial la protección integral de los derechos de los menores de edad” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia, se entiende que es función y obligación del defensor de familia tomar la declaración de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en los procesos penales, puesto que este mandato se fundamenta en la función de proteger sus derechos y de actuar como garante de los mismos.

Como complemento, en la Circular 11 de 2010 la Dirección General del ICBF estableció las directrices para la declaración o prueba testimonial de los niños, niñas o adolescentes cuando intervengan como testigos o testigos-víctimas de delitos, indicando:

“1. De ser necesaria la intervención de los niños, niñas y adolescentes, como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos, su declaración debe rendirse bajo los siguientes supuestos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006:

1.1. El testimonio, la declaración o entrevista, sólo podrá ser rendido en presencia del Defensor de Familia y el psicólogo o profesional especializado, con el propósito de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1.2. El Defensor de Familia realizará el interrogatorio de acuerdo con las preguntas que previamente deben ser formuladas y enviadas por el Fiscal o Juez respectivo.

1.3. El Defensor de Familia podrá modificar, reformular o suprimir preguntas allegadas por la autoridad competente, considerando que las mismas amenazan o vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1.4. El Defensor de Familia deberá garantizar que el interrogatorio se realice en recinto privado y distinto al de la audiencia y que se respeten sus derechos prevalentes.

1.5. La facultad excepcional de intervenir en el interrogatorio para conseguir que el niño responda a una pregunta formulada por el Defensor de Familia o que lo haga de manera clara y precisa, es exclusiva del Juez Penal y no incluye a Fiscales o miembros de la Policía Judicial.

2. El testimonio, declaración o entrevista del niño, niña y adolescente víctima (testigo-víctima), deberá rendirse en el proceso penal, atendiendo los procedimientos especiales previstos en el Título II, Capítulo Único, así:

2.1. Para garantizar la protección a la salud mental y la seguridad personal del niño, niña o adolescente víctima de la persona que se investiga o juzga, el Defensor de Familia debe garantizar a su vez que en cualquier instancia o trámite del proceso penal, se prohíba que éste sea expuesto frente a su agresor”.

Adicionalmente, esta Oficina en Concepto N° 3 de 2018 (https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000003_2018.htm), con relación a las entrevistas, testimonios y contrainterrogatorios de los menores de edad, acogiendo lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia T-078 de 2010, expresó que se debe tener en cuenta su testimonio en los procesos e investigaciones judiciales o administrativas a que haya lugar, garantizando siempre sus derechos prevalentes, para lo cual es fundamental la intervención de los Defensores de Familia:

“(2.2) Entrevistas, Testimonios y Contrainterrogatorios de los menores de edad

(...) El testimonio de los niños, niñas y adolescentes hoy día es base fundamental de las decisiones que se han de tomar por parte de los funcionarios encargados de adelantar las investigaciones respectivas. Anteriormente la intervención y participación de los menores de edad en la vida jurídica era limitada, salvo algunos actos en que podía Intervenir mediante representante.

Por lo anterior, podemos señalar que, al testimonio de los niños, niñas y adolescentes, la ley le ha dado una mayor intervención y participación con el propósito de brindar apoyo a las decisiones que han de tomar los funcionarios encargados de adelantar investigaciones, y de esta manera salvaguardar los derechos de los acusados y los condenados o víctimas de delitos, no obstante, su obtención deberá regirse por procedimientos especiales”.

Con base en las precisiones realizadas y aunado a lo contemplado en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia que señala: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta” (subrayado extratexto), se infiere que en todo proceso será un derecho de los menores de edad que sus opiniones sean recibidas y valoradas. Esto implica que el Defensor a cargo debe facilitar la realización de la entrevista o diligencia con su presencia activa y crítica respecto de las preguntas formuladas.

Lo anterior está atado de una función genérica establecida en el artículo 105 de la Ley 1098 de 2006, que define que el funcionario competente para realizar cualquier entrevista a los niños, las niñas o adolescentes será el Defensor de Familia en los siguientes términos: “El defensor o el comisario de familia entrevistará al niño, niña o adolescente para establecer sus condiciones individuales y las circunstancias que lo rodean”,

No obstante lo anterior, es importante precisar que el rol del defensor de familia como garante de los derechos de los menores de edad, no implica de ninguna manera que se convierta en el responsable de la diligencia ni de las demás actuaciones inherentes a la misma, por cuanto las funciones que le otorga la ley en el tema, son precisas y se concretan en la revisión del cuestionario y la realización de la entrevista dentro de un ambiente que otorgue la mayor confianza y tranquilidad posible al menor de edad, en aras de garantizar la protección de sus derechos.

Es decir que, como ya arriba se señaló el defensor de familia tiene dentro de sus competencias exclusivamente la de dirigir y orientar las entrevistas a los menores de edad en este tipo de procesos, previa revisión de los cuestionarios que le remitan el juez, el fiscal o la policía judicial, así como también cuenta con el poder de escoger o limitar las preguntas que se pretenden realizar al niño, niña o adolescente. El resto de competencias que se requieran para el desarrollo del respectivo proceso, serán del resorte de las demás autoridades vinculadas y orientadoras del mismo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el Código de la Infancia y la Adolescencia es una norma especial que fue expedida con posterioridad a la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), para la práctica de testimonios o entrevistas de niños, niñas y adolescentes, se deberá atender lo dispuesto en la misma, razón por la cual el interesado debe solicitar ante la autoridad judicial competente el testimonio o la entrevista al menor de edad, con el fin de que el Defensor de Familia, previa orden judicial y entrega del

cuestionario enviado por la autoridad judicial, la practique con la rigurosidad y conforme a lo estipulado en la Ley para esta clase de diligencias, garantizando siempre los derechos prevalentes de los niños, niñas o adolescentes.

2.3. Facultades de los defensores de familia frente a los allanamientos en los que están involucrados menores de edad

El Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 106 dispone lo siguiente:

Siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite. De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta.

A partir de esa disposición es claro que el mencionado Código otorga a los defensores y a los comisarios de familia, facultades para adelantar el rescate de un niño, niña o adolescente cuando se encuentre en situación de peligro, y para practicar allanamientos al lugar en donde se encuentre el menor de edad, en los casos en los que a pesar de advertir de su propósito, le sea negado el ingreso o no haya ninguna persona que se lo facilite.

Sobre la exequibilidad de este artículo se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C -256/08 con ponencia del Honorable Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en la que se declaró condicionalmente exequible en los siguientes términos:

'...en el entendido de que previamente, el defensor o el comisario de familia deberá en una decisión escrita, valorar las pruebas que demuestran que se reúnen en cada caso los requisitos para que proceda el allanamiento con la finalidad exclusiva de efectuar el rescate y proteger al menor de edad'.

Así mismo determinó que:

'En el marco de regulación de la medida de allanamiento y rescate que establecen los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, es posible distinguir tres circunstancias graves que darían lugar al ingreso de los defensores y comisarios de familia a un domicilio ajeno para rescatar a un menor de edad en una situación de peligro que amenace su vida o integridad personal: (i) en eventos de peligro objetivo, tales como incendios, inundaciones, o derrumbes; (ii) cuando el menor solicite auxilio; y (iii) frente a eventos que puedan constituir delitos, en los cuales el menor sea una posible víctima de la conducta delictiva.

Para garantizar el cumplimiento de la finalidad preventiva y protectora de la medida, será suficiente que existan indicios serios de los cuales sea razonable inferir la existencia de una situación de peligro grave para la vida o integridad del menor. Este estándar probatorio, mucho menos riguroso que “los motivos fundados” exigidos en el allanamiento judicial asegura que la información a partir de la cual se analiza si existe un peligro grave

para la vida o integridad del menor que justifique el allanamiento con fines de rescate, contenga algún elemento objetivo que permita valorar su seriedad y veracidad, y que luego de tal valoración, el defensor o comisario de familia concluya sobre la necesidad de acudir a un fiscal'.

Así las cosas, tenemos que solamente en los eventos en los que se configuren los elementos desarrollados por la Corte, podrá la autoridad administrativa, en desarrollo de las facultades otorgadas por el artículo 106 del Código de la Infancia y la Adolescencia, practicar el rescate y el allanamiento del lugar donde se encuentre el niño, la niña o adolescente.

III. CONCLUSIONES Y RESPUESTA A SU CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, esta Oficina Asesora Jurídica concluye que:

Primero: Siempre que dentro del Sistema Penal Acusatorio se requiera adelantar una entrevista a los niños, las niñas y adolescentes, sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia según cuestionario enviado previamente por el Fiscal, el Defensor o el Juez que conoce del caso, en su calidad de director del proceso. Sin embargo, aquella autoridad sólo formulará las preguntas que no sean contrarias al interés superior del menor de edad que rinde la entrevista.

Segundo: La participación del Defensor de familia en estos casos, se realiza en calidad de garante de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes involucrados, en aras de avalar que en el desarrollo de la entrevista no resulten afectados sus derechos. Sin embargo dicha exigencia de ninguna manera implica que el mencionado defensor deba asumir las funciones que recaen sobre las demás autoridades encargadas del desarrollo del proceso como son el recaudo de evidencia física, incorporación de la prueba, etc.

Tercero: Las facultades otorgadas por la Ley 1098 de 2006 a los defensores de familia para ordenar el rescate y el allanamiento de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en peligro, sólo podrán llevarse a cabo en los eventos señalados en la sentencia C-256 de 2008, los cuales deberán ser analizados y demostrados en su momento por la autoridad competente.

Cuarto: En el evento en que se presente ante el defensor de familia un caso de ejercicio arbitrario de la custodia y este cuente con suficientes medios de convicción para determinar que se cumple con lo requerido en la sentencia C-256 de 2008 para ordenar el rescate del menor de edad y el correspondiente allanamiento, deberá proceder a realizarlo con base en las facultades otorgadas por la Ley 1098 de 2006. No hay que olvidar que el allanamiento es una facultad excepcional que debe aplicarse solo en aquellos casos extremos y no puede ser usada de manera indiscriminada.

El presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Martha Patricia Manrique Soacha– Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Marta Lucía Rojas Lara – Oficina Asesora Jurídica