



CONCEPTO 106 DE 2015

(agosto 31)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – CIBF

10400/294526

Doctora

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su consulta con radicado ICBF No. 294526 del 15/072015

De manera atenta, en relación con la consulta del asunto, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 13 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regulado y sustituido por la Ley 1755 de 2015 y 60, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿A quién le corresponde realizar la entrevista a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad integridad y formación sexuales, conforme con lo establecido en la Ley 1652 de 2013?

¿Cuál es el procedimiento que deben adelantar los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, para las entrevistas de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en el marco de la Ley 1652 de 2013?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: (2.1) Entrevistas de niños, niñas y adolescentes como víctimas de delitos según la Ley 1098 de 2006; (2.2) Entrevista y testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales según lo dispuesto por la Ley 1652 de 2013; (2.3) Función de Policía Judicial del Comisario de Familia; (2.4) De la competencia subsidiaria para las Comisarías de Familia y (2.6) El caso en concreto.

2.1 Entrevista de los niños, niñas y adolescentes como víctimas de delitos según la Ley 1098 de 2006.

De acuerdo con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los menores de edad son sujetos de protección que gozan de unas garantías más amplias que las de los adultos, y los Estados Partes tienen la obligación de garantizar un proceso especializado en sus normas internas cuando se trate de niños, niñas y adolescentes, las cuales deben estar acorde con su grado de madurez y circunstancias especiales.

Así mismo, con el fin de garantizar justicia a los niños víctimas y testigos de delitos, los profesionales y demás personas responsables del bienestar de éstos deben respetar entre otros los siguientes principios de alcance general: i) Dignidad. Todo niño es una persona única y valiosa y como tal se deberá respetar y proteger su dignidad individual, sus necesidades particulares, sus intereses y su intimidad, ii) No discriminación: Todo niño tiene derecho a un trato equitativo y justo independientemente de su raza, etnia, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos y linaje o cualquier otra condición del niño, de

sus padres o de sus tutores. iii) Interés superior del niño: si bien deberán salvaguardarse los derechos de los delincuentes acusados o declarados culpables, todo niño tendrá derecho a que su interés superior sea la consideración primordial. Esto incluye el derecho a la protección y a una posibilidad de desarrollarse en forma armoniosa.

En concordancias con la Convención, la Ley 1098 de 2006, cuyas normas son de orden público e irrenunciable y deben aplicarse preferentemente a las disposiciones contenidas en otras leyes establece medidas diferenciales de carácter sustancial y procesal, tendientes a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, con el objeto de garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades y su restablecimiento.

Particularmente en relación con el tema que nos ocupa, el Código de la Infancia y la Adolescencia[1] establece los procedimientos especiales para cuando los niños niñas y adolescentes son víctimas o intervengan en los procesos contra adultos, así: i) el artículo 150 dispone que cuando los niños, las niñas y los adolescentes son 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 previamente el Fiscal o Juez debe enviar el cuestionario, de manera excepcional el Juez podrá intervenir en el interrogatorio y será necesaria la presencia del defensor de Familia.

Este mismo procedimiento será el que siga para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación, ii) el artículo 193 numeral 12, establece que en los casos en que los niños son víctimas de delitos y deban rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la ley y iii) el artículo 194 dispone que en las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea persona menor de dieciocho (18) años no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor, se deberá utilizar medios tecnológicos y el niño, niña o adolescente debe estar acompañado de un profesional especializado que adecue al interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad, solo si el Juez considera conveniente podrán estar los demás sujetos procesales.

Además de ello, la Ley 1098 de 2006 consagró una serie de “criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”,[2] según los cuales el Defensor de Familia interviene en las siguientes actuaciones:

“(…) la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

(…) informará de inmediato a la Defensoría de Familia a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.

(…) Decretará de oficio o a petición de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos de sus padres, representantes legales, del Defensor de Familia o del Ministerio Público, la práctica de las medidas cautelares autorizadas por la ley para garantizar el pago de perjuicios y las indemnizaciones a que haya lugar. En estos casos no será necesario prestar caución (…)

Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de éstos, el personero o el inspector de familia (…).

En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas solo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, al defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente”.[3]

En los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente, el defensor de familia podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimientos pertinentes.[4] (Resaltado fuera de texto).

En los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente, el Defensor de Familia, como autoridad competente de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, está facultado para: i) Verificar la garantía de derechos y adelantar proceso administrativo de restablecimiento de derechos en los casos en que el menor de edad tenga sus derechos amenazados, vulnerados o cuando carezca definitiva o temporalmente de padres o representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito, ii) solicitar incidente de reparación integral, cuando los menores de edad no tengan representante legal o estos no lo soliciten, iii) otorgar el consentimiento cuando los menores de edad no puedan expresar su opinión y carezcan de padres o representantes legales, iv) solicitar información sobre el desarrollo de la investigación y vi) asistir a las audiencias cuando sea requerido por la autoridad judicial.

2.2. Entrevista y testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales según lo dispuesto por la Ley 1652 de 2013.

Respecto de la entrevista forense a menores de edad víctimas de delitos relacionados con violencia sexual, la Ley 1652 del 12 de julio de 2013 estableció lineamientos para entrevistar y recibir sus testimonios en procesos penales e incluyó a la entrevista forense realizada a los menores de edad como material probatorio, dicha entrevista debe ser grabada o fijada a través de cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del artículo 146 de la Ley 906 de 2004.

Según el artículo 2 de la Ley 1652 de 2013, la entrevista forense deberá ser practicada por el CTI a través de personal entrenado en entrevista forense para niños, niñas y adolescente, previa revisión del cuestionario pertinente por el Defensor de familia, quien podrá estar presente. A falta de este profesional, la autoridad competente debe adelantar las gestiones pertinentes para garantizar que la entrevista sea practicada por un entrevistador especializado, entre tanto el CTI capacita al personal en entrevista forense (artículo 2, literal d, inciso 3).

De esta manera, la Ley prevé que en los casos en que no se cuente con los profesionales en entrevista forense, podrá realizarla un entrevistador especializado, según lo contemplado la exposición de motivos la ley: “El profesional que entreviste a un niño debe tener conocimiento especializado en psicología infantil, desarrollo psicoevolutivo, en especial con lo cognoscitivo, técnicas de recuperación de memoria, protocolos de entrevista procesos de la revelación y teoría del abuso sexual, entre otros (...) El entrevistador debe conducir la entrevista teniendo en cuenta el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, nivel de razonamiento, nivel de conocimiento y emociones del niño. Esto hace que la

información obtenida del menor sea de mayor confiabilidad. También es imperativo que quien conduzca la entrevista entienda que la revelación es un proceso dinámico que el niño víctima atraviese en forma progresiva y lenta (...).”

Respecto a la entrevista forense del menor de edad víctima de delitos sexuales, la Corte Constitucional en sentencia T-117 <Sic, es 117> de 2013; señaló:

“(…) Declaración libre y espontánea del menor sobre los hechos materia de investigación. La Entrevista forense a la víctima en el proceso penal es un elemento central al inicio de la actividad investigativa, ya que de la información obtenida de esta fuente primaria, la autoridad judicial se podrá formar una visión de los hechos, las personas que participaron, las posibles motivaciones y un sin número de antecedentes que le servirán para comenzar a desarrollar hipótesis de trabajo, y con ellas dar las instrucciones preliminares a los organismos auxiliares para que se efectúen las primeras diligencias investigativas. El objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación esto debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad, en el que se tenga en cuenta por el entrevistador el nivel de desarrollo cognoscitivo, lingüístico, de razonamiento de conocimiento y emociones del niño entendiendo la prioridad que tienen los derechos de los niños. Es evidente que la diligencia de entrevista, interrogatorio y conainterrogatorio arrojan datos significativos que demuestran las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa del delito consumado contra su humanidad, se evalúan sus miedos, temores, angustias, sueños, pesadillas, desafectos y trastornos a nivel sexual, entre múltiples situaciones, por lo cual requiere de un ambiente especial y favorable acorde con los principios del interés superior del menor. Es por ello que se requiere de pautas constitucionales y legales, que en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell, y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pide recordar el evento traumático”.

Concluye la Corte señalando que el principio del interés superior del menor de edad constituye un criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia y la adolescencia; así como, que la entrevista forense a los menores de edad abusados es crucial en la investigación penal, por lo que es vital que esta se lleve a cabo por expertos en psicología o cualquier otra ciencia del comportamiento humano y que estos generen un ambiente de confianza que influya en la declaración libre y espontánea del menor de edad de los hechos materia de investigación.

Por lo anterior, podemos afirmar que la Ley 1652 de 2013, al tratarse de un delito que trae consigo consecuencias como daños físicos y psicológicos, según la edad de la víctima, dispone reglas especiales y diferenciadas para la entrevista forense de niños que han sido víctimas de violencia sexual, otorgando a la autoridad competente, es decir el CTI o la autoridad que haga sus veces, la función de adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado, quien deberá ser profesional en psicología.[5]

En la sentencia C-177 de 2014, en la cual la Corte Constitucional realizó el análisis sobre la constitucionalidad de los artículos 1o, 2o y 3o de la Ley 1652 de 2013, se estableció lo siguiente:

“(…) La Ley 1652 de 2013 busca defender los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de aberrantes comportamientos relacionados con el abuso sexual, teniendo en cuenta que por su madurez mental y las funestas consecuencias de esos comportamientos no pueden recibir el mismo trato procesal de un adulto pretendiendo que reconstruya sucesos que en el tiempo han causado traumas imborrables.

Así, la referida Ley 1652 procura reducir las consecuencias de esas experiencias devastadoras vividas por el menor, previendo su revictimización mediante una entrevista que debe ser efectuada por “expertos en psicología y medicina” dentro de un contexto conversacional que garantice el respeto y la dignidad, priorizando siempre los derechos de los niños”. [6]

Acorde con lo expuesto, la referida ley tiene como finalidad constitucional adoptar medidas a favor de los niños, niñas y adolescentes en situación manifiesta de vulnerabilidad, por ende, sujetos de especial protección dada su frágil condición física y mental (art. 44 Const.)

La Ley 1652 de 2012 <sic; es 2013>, incluido su artículo 1o aquí demandado, está estrechamente relacionada con el desarrollo de esa serie de principios, derechos y obligaciones constitucionales del Estado de procurar la protección de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la cual se materializa evitando que el menor de edad reciba el mismo trato de un adulto al interior del proceso penal, lo cual no solo afectaría su dignidad e intimidad, sino que constituiría una mayor afrenta a sus derechos fundamentales (…)

En lo que respecta al papel del Defensor de Familia en la entrevista, interrogatorio o conainterrogatorio a menores de edad la referida sentencia señala que su función es garantizar la intimidad y la dignidad de la víctima, indicando:

“(…) toda autoridad judicial deberá informar de inmediato a la Defensoría de Familia, para que adopte las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el menor de edad carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito, esto con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”.

Igualmente, el artículo 195 *ibídem* faculta al Defensor de familia para que solicite información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima, un niño, niña o adolescente.

Destaca la Corte Constitucional que en los eventos señalados y más aun tratándose de conductas graves contra menores de edad, es imperativa la participación del Defensor de Familia como garante de sus derechos.

En ese orden, la Sala Plena destaca el rol constitucional y legal que conmina a la Defensoría de Familia para que participe activamente en los procesos donde se discutan los derechos de los menores de edad y más ingentes deben ser sus refuerzos cuando aquellos sean presuntamente víctimas de delitos como los reseñados previamente. Por lo tanto, su participación no puede ser potestativa y mucho menos pasiva, habida cuenta que siempre deberá velar por que en el caso de sus entrevistas y demás actuaciones, se repecte <sic> su intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales y en particular previendo, cualquier actuación judicial que pueda revictimizar a los ofendidos”.

2.3. Función de Policía Judicial del Comisario de Familia

En primer lugar, resulta importante mencionar cuales son las funciones de la policía judicial, así como precisar que funcionarios son policías judiciales.

A respecto la Corte Constitucional en sentencia T-506 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón, diferenció la policía administrativa de la policía judicial, así:

(...) Dentro de nuestro sistema existe la policía administrativa y la policía técnico judicial; esta última no hace parte de los funcionarios que constitucionalmente están encargados de administrar justicia (Artículo 116 C.N.) Por esta razón, solo excepcionalmente, en virtud de su carácter de auxiliares de la rama jurisdiccional, la policía técnico judicial, puede desarrollar actividades propias de un funcionario judicial.

La diferencia sustancial entre la policía administrativa y la judicial está en que la primera tiene una función preventiva, ya que busca evitar el desorden o que este se agrave, la judicial, como colaboradores de la jurisdicción penal tienen por objeto comprobar la comisión de delitos, identificar autores y reunir las pruebas necesarias para que aquella jurisdicción actúe”. (Negrillas fuera del texto)

En sentencia C-1024 de 2002 MP Alfredo Beltrán Sierra, sobre la función de policía judicial la Corte Constitucional manifestó:

“Es la función de policía judicial un elemento necesario para la investigación judicial y por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado. Ha de desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por ministerio de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público”.

El Código de Procedimiento Penal[7] establece que ejercen función permanente de policía judicial los servidores públicos investidos de esa función, pertenecientes al CTI de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad por intermedio de sus dependencias especializadas.[8]

El artículo 202, dispone que dentro del proceso penal ejercen funciones permanentemente de policía judicial los siguientes organismos:

- La Procuraduría General de la Nación.

- La Contraloría General de la República

- Las autoridades de tránsito

- Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control

- Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

- Los Alcaldes

- Los inspectores de policía.

Transitoriamente, también ejercen funciones de policía judicial, los entes públicos que por resolución del Fiscal General de la Nación, hayan sido autorizados para ello. En consecuencia, deberán actuar conforme con las autorizaciones otorgadas y en los asuntos que hayan sido señalados en la respectiva resolución.[9]

En ese sentido, el Fiscal General de la Nación, mediante la Resolución No. 918 del 15 de junio de 2012, otorgó transitoriamente la facultad para ejercer las funciones de policía judicial por el término de 5 años, a los Comisarios de Familia, psicólogos, trabajadores

sociales y médicos que integran las Comisarías de Familia, en todo el territorio nacional, dentro de su respectiva jurisdicción.

La mencionada resolución facultó a dichos funcionarios para:

1. Recibir denuncias, querellas e informes

2. Realizar entrevistas

3. Realizar inspecciones en el lugar de los hechos y en lugares distintos al hecho y recaudar todas las evidencias y elementos materiales probatorios cuyo hallazgo se efectúe como consecuencia de tales inspecciones.

4. Recaudar los documentos y demás evidencias y elementos materiales probatorios que requiera el Fiscal Director de la indagación o investigador de acuerdo con el programa metodológico y órdenes que emita para tal fin.

No obstante, no les permitió realizar:

1. Estudios y análisis de laboratorio. 2. Inspección a cadáver. 3. Interrogatorios. 4. Exhumaciones. 5. Registros y allanamientos para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. 6. Interceptación de comunicaciones o similares. 7. Recuperación de información dejada al navegar por internet y otros medios tecnológicos. 8. Vigilancia y seguimientos de personas. 9. Vigilancia de cosas. 10. Análisis e infiltración de organización criminal. 11. Actuación de agentes encubiertos. 12. Búsqueda selectiva en base de datos. 13. Exámenes de ADN que involucren el indiciado o imputado. 14. Reconocimiento por medio de fotografías o de videos. 15. Reconocimiento en fila de personas. 16. Retención de correspondencia. 17. Las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización.

Así mismo, la mencionada resolución establece que de las actuaciones realizadas, se deberá remitir informe al Fiscal dentro de las 36 horas siguientes al inicio de las actuaciones. DE igual forma deberá observarse los procedimientos de cadena de custodia dispuesto por la Fiscalía, y deberá prestarse toda la colaboración que sea necesaria en caso de ser citados en calidad de testigos durante la etapa de juicio oral.

Por último, estableció que la Fiscalía General de la Nación brindará el apoyo técnico y la instrucción necesaria para el cumplimiento de las funciones de policía judicial, especialmente en el manejo de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, en la apropiada aplicación del procedimiento de cadena de custodia reglamentado y adoptado por la entidad.

Retomando las disposiciones consagradas por el Código de Procedimiento Penal, los servidores públicos que en ejercicio de dichas funciones “(...) reciban denuncias querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia”. [10]

De ser necesario la práctica del examen médico legal a la víctima en lo posible, la acompañarán al centro médico respectivo.

Quiere decir lo anterior que hasta el año 2017, los Comisarios de Familia están facultados por la Fiscalía General de la Nación, para ejercer las funciones de Policía Judicial dentro de su respectiva jurisdicción, entre las cuales está la de realizar entrevistas.

2.4 Competencia subsidiaria de las Comisarías de Familia

El artículo 98 de la Ley 1098 e 2006 establece la competencia subsidiaria de las Comisarías de Familia, la norma expresamente dice que en los municipios en donde no haya Defensor de familia, las funciones de éste, estarán en cabeza del Comisario de Familia; en ausencia

de este último, las funciones asignadas al Defensor y al Comisario de Familia corresponderán al Inspector de Policía.

De esta manera, el legislador consagró en los artículos 97 y 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia unas reglas por razón del territorio y por razón de la subsidiariedad con el fin de determinar la competencia de las autoridades administrativas para conocer de los casos donde se esté amenazando o vulnerando los derechos de los niños las niñas y los adolescentes.

En ese sentido, la competencia que se le otorga al Comisario de Familia de asumir las funciones del Defensor de Familia es de carácter supletorio, en el entendido que en ausencia de éste, es la autoridad administrativa mejor capacitada para asumir dicha labor.

El Decreto 4840 del 17 de diciembre de 2007[11] regula en el parágrafo 2o del artículo 7o lo relacionado con la competencia subsidiaria prevista en el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, a saber:

“Parágrafo 2o. Para efectos de la competencia subsidiaria prevista en el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, se entenderá que en un municipio no hay Defensor de Familia cuando el respectivo Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no hubiere designado un Defensor de Familia para su atención o hasta tanto el Defensor de Familia designado no esté desempeñando sus funciones de manera permanente y continua.

Se entenderá que no hay Comisario de Familia en los municipios en los cuales no ha sido designado el funcionario o cuando no opere una Comisaría Intermunicipal para la jurisdicción territorial correspondiente, o hasta tanto el Comisario de Familia Municipal o Intermunicipal no esté desempeñando sus funciones de manera permanente y continua.

La competencia subsidiaria del inspector de Policía en todo caso será de carácter temporal hasta la creación de la Comisaría de Familia en la respectiva entidad territorial, lo cual no impide que en todo tiempo deba dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 51 de la Ley 1098 de 2006.

La competencia subsidiaria del Comisario de Familia o Inspector de Policía, se entiende referida a las funciones que el Código de la Infancia y la Adolescencia otorga al Defensor de Familia y Comisario de Familia respectivamente, salvo la declaratoria de adoptabilidad que es competencia exclusiva del Defensor de Familia”.

En relación con las competencias concurrente, entre los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, teniendo en cuenta el componente misional de cada uno de ellos, para beneficio de los niños, niñas adolescentes y familias de nuestro país el Decreto 4840 de 2007,[12] estableció:

“Cuando en un mismo municipio concurren Defensorías de Familia y Comisarías de Familia: (i) El Defensor de Familia será la autoridad competente de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar. (ii) El Comisario de Familia es autoridad competente para prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar”.

Cuando una de estas autoridades conozca de casos diferentes a los de su competencia, los atenderá y remitirá a la autoridad competente, y en aquellos que ameriten medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos en favor de las niñas, los niños y los adolescentes las adoptará de inmediato y remitirá el expediente a más tardar el día hábil siguiente.

Quiere decir lo anterior que el Comisario de Familia suplirá al Defensor de Familia, en cuanto a las funciones establecidas en la Ley 1652 de 2013 y la Ley 1098 de 2006 (excepto la declaratoria de adoptabilidad) en los municipios donde no haya Defensor de Familia.

No sobra reiterar, que el Defensor de Familia no está facultado para ejercer funciones de policía judicial a diferencia del Comisario de Familia según lo manifestado previamente en el numeral 2.3 del presente concepto.

2.6. El caso en concreto

Según lo señalado en la Ley 1652 de 2013, en los casos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, es competencia del personal del Cuerpo Técnico de Investigación CTI de la Fiscalía General de la Nación realizar la entrevista forense. En estos casos, al Defensor de Familia le corresponden las funciones establecidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia según lo mencionado en el numeral 2.1 del presente documento y particularmente revisar el cuestionario del CTI previo a la realización diligencia sin perjuicio de su presencia en ella, con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales del niño.

Si en el municipio no hay presencia del Defensor de Familia, en virtud de la competencia subsidiaria, según el numeral 2.4 del presente concepto corresponde al Comisario de Familia realizar estas funciones.

Finalmente, frente a la realización de la entrevista forense, en caso de que el CTI no cuente con los profesionales especializados en la realización de la entrevista le corresponde a la autoridad competente, (SIJIN, policía judicial, Comisario de Familia, conforme con la Resolución 918 de 2012 de la Fiscalía) gestionar la presencia de un investigador especializado para que efectúe la entrevista.

3. CONCLUSIONES

Primero. Las entrevistas a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, deberán ser realizadas por el CTI o por la autoridad competente (Policía Judicial, Comisario de Familia, etc.,) a través de personal entrenado en entrevista forense para niños, niñas y adolescente, o en su lugar por un entrevistador especializado.

Segundo: En caso de no contar con los profesionales en entrevista forense, la autoridad competente (Policía Judicial o Comisario de Familia) deberá gestionar la presencia de un entrevistador especializado que realice la entrevista a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Tercero. El Defensor de familia en el marco de la Ley 1652 de 2013, le corresponde revisar el cuestionario previo a la entrevista, para que el mismo no vulnere o ponga en peligro los derechos del niño, niña o adolescente víctima que va a ser entrevistado, así mismo, podrá estar presente en la entrevista como garante de los derechos a la intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.

Cuarto. En los municipios donde no hay Defensor de Familia, sus funciones serán suplidas por el Comisario de Familia, por lo cual, el Comisario podrá tener un doble rol, toda vez que: i) Según la Ley 1098 de 2006 en atención a la competencia subsidiaria deberá velar por la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y ii) de conformidad con la Ley 1652 de 2013 en ejercicio de su función de Policía Judicial deberá revisar el cuestionario pertinente y gestionar la presencia de un entrevistador especializado que realice la entrevista.

El presente concepto[13] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Ley 1098 de 2006

2. Artículo 192 S.S.

3. Artículo 194

4. Artículo 195

5. Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2014. “Como se ha indicado principalmente, las entrevistas, interrogatorios, o contrainterrogatorios que se efectúen a un menor de edad, particularmente cuando sea víctima de un delito sexual, atendiendo su corta edad deben ser realizadas por especialistas de la ciencia del comportamiento humanos o psicológicos, quienes deben evaluarlo en un ambiente relajado, informal, incluyendo incluso actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor, generando confianza para que el deponente se exprese con espontaneidad y naturalidad sin presiones que conlleven revitalizar al afectado”.

6. Exposición de motivos del proyecto de la Ley 01 de 2011 Senado que se convertirá en Ley 1652 de 2013, donde se indicó: “El presente proyecto de ley busca defender los derechos de los niños víctimas de abuso sexual. Es de vital importancia acomodar el proceso penal a las exigencias propias de los niños, pues es apenas evidente que por la etapa de desarrollo mental en que se encuentran y por las nefastas consecuencias del abuso sexual, estos no se desenvuelven normalmente dentro de un proceso diseñado para adultos”. (Cfr. Gaceta del Congreso 520 de julio 22 de 2011).

7. Ley 906 de 2004

8. Art. 201 del Código de Procedimiento Penal

9. Art. 203 Código de Procedimiento Penal.

10. Art. 205 Código de Procedimiento Penal.

11. Por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 11 e la Ley 1098 de 2006”.

12. Artículo 7

13. Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad (...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio." Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000. M.P Antonio Barrera Carbonel.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.