



CONCEPTO 13 DE 2016

(Febrero 5)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/010238

MEMORANDO

PARA: Coordinadora de Autoridades Administrativas

ASUNTO: Solicitud de concepto radicado en el ICBF No. 010236 del 29 de enero de 2016.

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. PRÓBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es el rol del Defensor de Familia en la realización de entrevistas forenses?

¿La presencia del Defensor de Familia en la práctica de la entrevista forense es obligatoria?

¿Es viable la realización de entrevistas simultáneas por parte del Defensor de Familia?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

El presente problema jurídico se abordara e la siguiente manera: (2.1) Las entrevistas de los niños, niños, niñas y adolescentes como víctimas de delitos según la Ley 1098 de 2006; (2.2) La 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 y (2.3) la preguntas en concreto.

(2.1) Las entrevistas de niños, niñas y adolescentes como víctimas de delitos según la Ley 1098 de 2006

La Ley 1098 de 2006, establece normas sustantivas y procesales tendientes a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades y su restablecimiento, sus normas que son de orden público e irrenunciable sus principios y normas se deben aplicar preferentemente a las disposiciones contenidas en otras leyes.

Respecto al testimonio de los niños, niñas y adolescentes, la ley les 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 las 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.

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 política 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.

El Código; de la Infancia y la Adolescencia[1] crea el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, así como los procedimientos especiales para cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas o intervenga en los procesos contra adultos, así: i) en el artículo 150 consagra que cuando los niños', las niñas y los adolescentes sean citados como testigos en los procesos penales que se adelante 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. (Subrayado fuera de texto) este mismo procedimiento será el que se siga para las declaraciones y entrevista 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 cuyas víctimas sea una 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 y adolescente debe estar acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad, solo si el Juez considera conveniente podrán estar los demás sujetos procesales.

El cuestionario de que trata la norma se refiere al evento en que un niño, niña y adolescente debe comparecer dentro de un proceso oral en calidad de testigo, y la norma es clara y expresa al establecer que el mismo procedimiento deberá aplicarse en la fase de indagación, ha de entenderse que lo que se busca es la protección de los derechos de los mismos, de carácter prevalente en las dos etapas del proceso.

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 adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el 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 restablecimiento pertinentes.[4]

Corresponde por lo tanto al Defensor de Familia:

En el marco de la Ley 1652 de 2013: i) revisar previamente el cuestionario pertinente; ii) está facultado para estar presente en la entrevista como garante de los derechos del menor de edad a su intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales.

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 ilegal, 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

Los niños, las niñas y los adolescentes, conforme el artículo 13 y 44 de la Constitución Política, requieren de una especial protección del estado con la finalidad de garantizar sus derechos, en este mismo sentido, los menores de edad víctimas de delitos sexuales, además de ello, también necesitan que el estado les garantice la verdad; la justicia y la reparación del daño causado en su ser, para lo cual, los funcionarios judiciales que administren justicia deben privilegiar el principio del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y los demás derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución. Política y en la ley, de conformidad con el artículo 192 del Código de Infancia y Adolescencia.

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 esta Ley, 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 atraviesa en forma progresiva y lenta (...)”

Respecto a la entrevista forense del menor de edad víctima de delitos sexuales, la Corte Constitucional en sentencia T-113 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 contrainterrogatorio 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 una <sic> 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 pida 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 ésta se lleve a cabo por expertos en psicología o cualquier otra ciencia del comportamiento humano, y que éstos 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, 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 que 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 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 esfuerzos 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 respete <sic> su intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales y en particular previendo cualquier actuación judicial que pueda revictimizar a los ofendidos". Subrayado fuera de texto.

(2.3) Las preguntas en concreto

¿Cuál es el rol del Defensor de Familia en la realización de entrevistas forenses?

El Defensor de Familia en la realización de entrevistas forenses, desempeña el rol de garante de los derechos a la intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales del niño, niña y adolescente.

La presencia del Defensor de Familia en la práctica de la entrevista forense es obligatoria?

Considera esta Oficina que la presencia del Defensor de Familia en la práctica de entrevistas forenses es obligatoria, teniendo en cuenta su calidad de autoridad competente de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así mismo y como se dijo anteriormente en el rol que desempeña en dichas entrevistas como garante de sus derechos a su intimidad, dignidad y demás derechos fundamentales.

Razón por la cual es pertinente resaltar lo manifestado por la Corte en este sentido de indicar que: “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. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas se debe privilegiar el principio del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y los demás derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en la ley, de conformidad con el artículo 192 del Código de Infancia y Adolescencia.

3) Es viable la realización de entrevistas simultáneas por parte del Defensor de Familia?

En atención a importancia de la participación del Defensor de Familia en las entrevistas, considera esta oficina que no sería viable la realización de entrevistas simultáneas en razón a que se podrían ver afectados derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

El presente concepto[7] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LEONARDO ALFONSO PÉREZ MEDINA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

* * *

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 ampliamente, 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, psicólogos, quienes deben evaluarlo en un ambiente relajado, informar, 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 revictimizar al afectado”.

6. Exposición de motivos del proyecto de ley 01 de 2011 Senado, que se convertiría 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. “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. 200 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla 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 Carbonell.

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