



CONCEPTO 163 DE 2016

(diciembre 23)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/1760755775

Bogotá D.C,

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: respuesta solicitud derecho de petición de concepto SIM 1760755775.

De manera atenta, en atención a la consulta del asunto recibida vía correo electrónico, relacionada con la procedencia de que los niños, niñas y adolescentes rindan testimonio en procesos de divorcio y el procedimiento para dicha diligencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Los niños, niñas y adolescentes pueden ser citados como testigos en un proceso de familia?

En caso afirmativo, ¿Cuáles son los derechos que deben garantizarse?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 2.1 El testimonio de niños, niñas y adolescentes; 2.2 El testimonio en los procesos de familia; 2.3 Caso concreto.

2.1. El testimonio de niños, niñas y adolescentes

El capítulo IV del Título Único de la Sección Tercera del Código General del Proceso regula el testimonio como medio de prueba. En tal virtud, los artículos 208 y siguientes establecen el deber^[1] de rendir testimonio de todas las personas, salvo algunas excepciones, y las inhabilidades para testificar. Así, están eximidos de declarar aquellas personas a quienes se les ha confiado un asunto por razón de su ministerio, profesión u oficio, tales como los ministros de cualquier culto religioso, los abogados, médicos, enfermeros y en general todos aquellos amparados por el secreto profesional.

Respecto de las inhabilidades, se establece de manera general que las personas declaradas interdictas por discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no puedan darse a entender, son inhábiles para presentar su testimonio, y así como “quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testificar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.^[2]

Como puede verse la ley procesal no exceptúa a los niños, niñas y adolescentes del deber de testificar ni los considera inhábiles, por el contrario el artículo 220 del CGP, establece como una de las formalidades del interrogatorio, que no se les recibirá juramento, no obstante se les exhortará a decir la verdad, con lo cual se puede afirmar

que estos están plenamente facultados por la ley para declarar sobre los hechos que conozcan en cualquier asunto, siempre y cuando se tengan en cuenta algunas reglas establecidas en la ley civil y penal, tendientes a garantizar sus derechos fundamentales.

No obstante, lo anterior, esta capacidad para rendir testimonio por parte de los niños, niñas y adolescentes, es reciente dado que, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, y en virtud del artículo 215, los menores de 12 años eran considerados inhábiles para declarar en cualquier proceso, limitación fundada en la doctrina de la situación irregular que no concebía a los menores de 18 años como sujetos de derechos sino como objetos de protección. Hoy, con la doctrina de la protección integral acogida por la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha irradiado todo el ordenamiento jurídico colombiano, los niños, niñas y adolescentes como auténticos sujetos de derechos y dotados de autonomía progresiva, pueden por regla general, declarar ante las autoridades judiciales, siempre que ello no riña con su interés superior que se evalúa en el caso concreto.

De acuerdo con la Convención sobre 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.

Sobre el testimonio de los menores de edad, la Corte Constitucional en Sentencia T-078 de 2010, afirmó:

"La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso (...)"

Así, en materia penal se han establecido unos principios y reglas rigurosas con el fin de garantizar justicia a los niños, víctimas y testigos de delitos. Para tal efecto, los profesionales y demás personas responsables del bienestar de estos deben garantizar: 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.

Con la creación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, el Código de la Infancia y la Adolescencia, consagra procedimientos especiales para cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas o intervengan en procesos contra adultos, y en su artículo 150 dispone 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 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 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.

El cuestionario de que trata la norma se refiere al evento en que un niño, niña o adolescente deba comparecer dentro de un proceso oral en calidad de testigo o en la fase de indagación del proceso, por lo que podemos afirmar que su finalidad es la protección, la garantía de sus derechos y la materialización del interés superior. De lo anterior se deduce que cuando se entrevista a un menor de edad en un proceso penal siempre deberá intervenir el Defensor de Familia, ya sea como entrevistador o como garante de sus derechos.

Finalmente 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 o adolescente debe estar acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contra interrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad.

De otra parte, frente al contra interrogatorio de menores de edad, la Corte Constitucional en Sentencia C-177 de 2014 afirmó:

“De esta manera, la entrevista, interrogatorios o contrainterrogatorio que realiza los especialistas de la ciencia del comportamiento humano (psicólogos) deben evaluar al menor-victima en el marco de ambiente relajado, informal en medio del cual se escucha, registra y analiza las manifestaciones del afectado sobre hechos que interesan al proceso, inclusive la mayoría de las veces se deben introducir actividades lúdicas apropiadas para la edad del menor. La diligencia se debe desenvolver en un ambiente de confianza para que el menor declare con espontaneidad y naturalidad, de manera que no se sienta presionado o sugestionado en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico. Por consiguiente, la prueba tomada a partir de lo dicho por menores víctimas de delitos, exige especial cuidado por los derechos que se encuentran en juego y sobre toda la necesidad de no revictimizar al afectado”.

La Ley 1098 de 2006 consagra una serie de principios en los que resalta el especial tratamiento a los menores de edad, y dispone que, en la interpretación y aplicación de sus normas, se aplique la norma más favorable al interés superior del menor de edad, bajo el entendido que se trata de sujetos de especial protección constitucional. Por ello, es el Estado quien tiene la obligación de proteger y garantizar sus derechos.

En ese orden de ideas, el mencionado Código en su artículo 6, al referirse a las reglas de interpretación y aplicación de este, establece que se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

En virtud de lo antes expuesto, podemos afirmar que existe la salvaguarda de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en el tratamiento y prácticas de las pruebas al interior de los procesos judiciales y administrativos. Dicha protección se enfatiza en los casos que se discutan derechos de menores de edad víctimas.

2.2. El testimonio en los procesos de familia

La jurisdicción de familia fue creada por el Decreto 2272 de 1989, con el fin de que jueces especializados conocieran y fallaran los asuntos propios del ámbito familiar. Actualmente, dicha jurisdicción continua vigente y el Código General del Proceso, que regula la actividad

procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, establece en el artículo 21 y 22, los asuntos que conocen los jueces de familia, dentro de los cuales se encuentran entre otros, el divorcio, la cesación de efectos civiles de matrimonio católico, la separación de cuerpos, de bienes, la declaración de existencia de unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y en general todos los relativos a los hijos, entre otros, la investigación e impugnación de la paternidad y la custodia, visitas y alimentos.

Como se indicó en el acápite anterior, el CGP no establece una inhabilidad o una excepción para que los niños, niñas y adolescentes rindan testimonio, por lo cual, en los procesos de familia, podrán por regla general, declarar sobre los hechos que conozcan, sin apremio de juramento. Ello en virtud de que precisamente en los asuntos de familia quienes mejor pueden indicar las situaciones de tiempo, modo y lugar, son los miembros de dicha unidad, dentro la cual se encuentran los menores de edad, en su calidad de hijos, hermanos, nietos y corresponde al Juez de conocimiento, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, analizar el dicho del testigo y otorgarle valor probatorio.

Lo anterior, igualmente tiene validez dado que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el principio del interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados, garantía de un debido proceso prevista en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia al disponer: “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.

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño lo define en los siguientes términos:

"1 Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

5. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Al respecto la Corte Constitucional, ha manifestado:

'El principio del interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados. Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que en lo posible se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento. Es decir, si un menor de dieciocho años demuestra capacidad para emitir una opinión con conocimiento de causa deberá tenerse en cuenta su opinión".[3]

Como puede verse, en los procesos de familia, el testimonio de los niños, niñas y adolescentes puede resultar útil e incluso necesario, para determinar con certeza y detalle los hechos objeto de litigio, especialmente en aquellos que versen directamente sobre el ejercicio de sus derechos o los afecten de alguna manera.

Caso concreto

La peticionaria solicita respuesta a los siguientes interrogantes, los cuales, de acuerdo con el marco jurídico expuesto, se entran a resolver, así:

"1. ¿Es posible aportar el testimonio de un menor de edad como prueba dentro de un proceso de derecho de familia?"

En virtud de lo indicado en los acápites 2.1 y 2.2, en los procesos de familia, el testimonio de los niños, niñas y adolescentes puede resultar útil e incluso necesario, para determinar con certeza y detalle los hechos objeto de litigio, especialmente en aquellos que versen directamente sobre el ejercicio de sus derechos o los afecten de alguna manera.

Por lo anterior, se considera que es posible solicitar el testimonio de un niño, niña o adolescente al Juez para que sea practicado en el curso del proceso, no obstante, corresponderá a éste como rector del proceso analizar su conducencia y pertinencia y en tal virtud decretarlo y practicarlo.

“2. ¿Cuál es el procedimiento que se debe seguir para poder efectuar dicho testimonio?”

Como se indicó en el acápite 2.1, la norma procesal civil no establece más formalidad en la práctica del testimonio de menores de edad que su recepción sin juramento.

Las reglas relativas establecidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia respecto del testimonio de los niños, niñas y adolescentes, son aplicables a los procesos penales en cuales los niños, son víctimas o testigos, y tienen como finalidad garantizar sus derechos fundamentales y evitar su revictimización.

No obstante, y dado que en desarrollo de los procesos de familia pueden ventilarse o pueden darse a conocer hechos en los cuales los derechos de los niños, niñas y adolescentes se vean involucrados o resulten afectados, tales como la violencia intrafamiliar cuando son víctimas, es dable considerar que las normas transcritas pueden ser aplicadas por analogía en estos procesos, con el fin de garantizarles sus derechos fundamentales. Este aspecto deberá ser en todo caso evaluado por el Juez de conocimiento en virtud del interés superior del niño, niña o adolescente de quien se solicite que rinda su declaración.

“3. ¿Es necesario solicitarla colaboración al defensor de familia?”

Como se manifestó en la pregunta anterior, la colaboración del Defensor de Familia o de otro miembro del equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia, en la práctica del testimonio de un menor de edad en los procesos de familia, en principio no se encuentra regulada, sin embargo, ello no obsta para que el Juez de oficio o a petición de parte, pueda ordenar su colaboración en garantía de sus derechos fundamentales. Así como puede ordenar la colaboración de otros profesionales o incluso la práctica de otras pruebas que no comprometan la integridad, dignidad y demás derechos del niño, niña o adolescente en el proceso.

Finalmente, es preciso indicar que 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Artículo 208. Deber de testimoniar. Toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley".

2. Artículo 210.

3. Sentencia T-844 de 2011.

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