

D-73069
OK



Pereira, 01 de Noviembre de 2019

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

Respetados Magistrados:

2:09
Jvan

DIEGO HUMBERTO RENDÓN GÓMEZ, ciudadano colombiano, identificado con la cédula de ciudadanía No. 75.090.237 expedida en Manizales, con domicilio en la ciudad de Pereira, en uso de mis derechos y deberes ciudadanos consagrados en los artículos 40 numeral 6º y 95 numeral 7º de la Constitución Política, con fundamento en el Decreto Reglamentario 2067 de 1991, me dirijo a ustedes para interponer acción pública y **DEMANDAR POR INCONSTITUCIONALIDAD el Artículo 194 de la ley 1862 de 2018**, por violación a los Artículos 29 y 44 de la Constitución Política, además de Convención sobre los derechos del Niño emitido por las Naciones Unidas, en relación con los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.

Para fundamentar la presente demanda, se dividirá en dos partes la sustentación.

En la primera sección (I), se establecerán las cuestiones referentes a la presentación de la demanda, donde se determinará (1.1) la norma acusada de inconstitucionalidad; (1.2) las normas constitucionales que se consideran infringidas por la disposición legal cuestionada; (1.3) se formulará la petición de fondo de la demanda; y (1.4) se presentarán los fundamentos de la presente acción de inconstitucionalidad.

La segunda sección (II), desarrollará el concepto de la violación de la norma citada, en donde se hará (2.1) un análisis de la norma demandada; (2.2) se expondrá el cargo violatorio en concreto, donde a su vez (2.2.1) se analizarán los derechos objeto de limitación por la norma acusada; (2.2.2) el derecho fundamental del niño y niña a ser escuchado y sus opiniones ser tenidas en cuenta, (2.2.3) Debido proceso en la recepción de la declaración del menor de edad, (2.2.4) ambigüedad contextual en el tercer inciso del Artículo 194 de la Ley 1862 de 2017. Por último, se analizarán aspectos relativos a la admisibilidad de la demanda.

I. PRIMERA SECCIÓN – PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

1.1 Normas demandadas

Transcribo a continuación la norma acusada:

LEY 1862 DE 2017

(agosto 4)

Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar

ARTÍCULO 194. DEBER DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio, diligencia que solo podrá ser recibida por el Defensor de Familia, en su despacho o a través de audio y video cuando las circunstancias así lo determinen. El menor absolverá el cuestionario enviado para el caso por la autoridad disciplinaria. El disciplinado o su defensor podrán formular preguntas que no sean contrarias al interés del declarante.

La autoridad disciplinaria podrá intervenir en el interrogatorio del menor para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. (Subrayas fuera del texto)

1.2 Normas constitucionales infringidas

El aparte subrayado de la disposición normativa transcrita, contraviene el artículo 29 y 44 de la Constitución Política, que dispone el derecho fundamental al debido proceso y derecho prevalente de los niños sobre los demás, igualmente los demás derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Colombia como es la Convención sobre los derechos del Niño emitido por las Naciones Unidas.

La norma objeto de reparos contraviene la Convención Internacional de Derechos del Niño en cuanto establece como uno de los derechos de los menores el ser oídos por los jueces en los asuntos que les conciernan y a que sea tomada en consideración su opinión libremente expresada, haciendo su manifestación en presencia de quién ejerza su Patria Potestad o Tutela; teniendo la calidad de sujetos de especial protección constitucional según deviene del artículo 44 Superior.

1.3 Petición

Se solicita a la honorable Corte Constitucional se declare **INEXEQUIBLE** el aparte subrayado del inciso dos, y la totalidad del inciso tres del artículo 194 de la Ley 1862 de 2017, por las razones que se exponen en la presente demanda.

De manera subsidiaria, y en caso de que esta Honorable Corporación no encuentre motivos para declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, se solicita de la manera más respetuosa se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de la norma, señalando la debida interpretación y aplicación que deberá realizarse de la misma.

1.4 Fundamentos de la demanda

Fundamentamos la presente demanda, poniendo de manifiesto que el derecho fundamental de los niños y niñas se encuentra consagrado no solo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en varios instrumentos internacionales de gran importancia, lo cual lleva a concluir que dicho derecho es prevalente sobre el de los demás, razón que nos conlleve a realizar la presente propuesta de inconstitucionalidad de la norma contemplada en el artículo 194 de la Ley 1862 de 2017, como quiera que los criterios contemplados en su segundo inciso para prescindir del testimonio por la edad contrarían alevemente los postulados universales que dan cuenta del derecho de los menores a ser escuchados y sus opiniones ser tenidas en cuenta.

La norma que se refulque su inconstitucionalidad presenta una ambigüedad, pues admite dos consecuencias jurídicas diferentes, en tanto en su segundo inciso hace la exclusión de escuchar al menor de persona diferente al Defensor de Familia; no obstante y contrariando el anterior mandato, el tercer inciso del mismo artículo 194 ibídem sin excepción alguna establece la discrecionalidad que tiene la autoridad disciplinaria de interrogar al menor cuando bien le parezca.

En ese sentido, la libertad del legislador no es absoluta, siendo deber de la corte determinar los lineamientos constitucionales que el órgano legislativo debe respetar al momento de determinar el contenido de las leyes, Límites explícitos o implícitos que se aplican tanto en el derecho sustancial como al procesal, máxime en el caso de los niños y niñas en las que el estado debe ofrecerle la garantía como sujetos especiales de protección.

II. SEGUNDA SECCIÓN – CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

2.1 Análisis de la norma demandada

Con el propósito de instrumentar el deber legal del despacho disciplinario de llegar a determinar la “verdad material” en los hechos objeto de investigación, según así se encuentra contemplada en el Artículo 178 de la Ley 1862 de 2017¹, es decir, no se puede acusar y, mucho menos, sancionar a nadie con evidencias que no constan en el proceso, por eso es menester del operador disciplinario buscar con esmero la correspondencia inmediata entre lo que hablen las pruebas recaudadas con la realidad de los hechos.

Razón que deben conducir las investigaciones de una forma eficaz, eliminando los obstáculos de hecho y de derecho que mantienen la impunidad, otorgar garantías suficientes a los testigos y víctimas, el Estado debe demostrar que la investigación “no ha sido el producto de la ejecución mecánica de ciertas formalidades procesales”, sino que busca efectivamente la verdad y, en esa medida, el Estado debe demostrar que ha realizado una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial y orientada a explorar todas las líneas investigativas posibles que permitan la identificación de los autores del injusto disciplinario, para su posterior juzgamiento y sanción.

Esta mismas normas de conducta del militar y Código Disciplinario Militar creó un régimen procedimental propio e inherente a la naturaleza castrense de los destinatarios de la norma, estipulando entre otras la forma y modo en que se han de llevar a cabo los medios de prueba establecidos para llegar a la anhelada verdad material, tales pruebas son: “*La confesión, el testimonio, la peritación, la inspección disciplinaria, los documentos e indicios, así como cualquier otro medio técnico o científico admitido legalmente. Las pruebas se practicarán conforme a las normas establecidas en esta Ley.*” (Ley 1862 de 2017 artículo 179)

A propósito de la prueba testimonial, la misma se encuentra reglada en su capítulo XI “Testimonio”, acápite que estipula en su orden la obligatoriedad de las personas de rendir testimonio y forma en que se ha de llevar a cabo el testimonio del menor de edad (Artículo 194); igualmente dicho capítulo establece la sanción para el testigo renuente (artículo 195); quienes están exceptuados de declarar (artículo 195 y 196); amonestaciones previa que se ha de realizar previa a la recepción del testimonio (artículo 198), testigo impedido para concurrir (artículo 199), testimonio por certificación jurada (artículo 200) testimonio por agente diplomático (artículo 201); recepción del

¹ “Por la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”

testimonio (artículo 204); práctica del interrogatorio (artículo 205); y criterios para su apreciación (artículo 206).

El aparte normativo objeto de la presente acción de inconstitucionalidad atinente al artículo 194 Ley 1862 de 2017, en su primer inciso establece la obligación que tiene toda persona de rendir bajo juramento el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, hasta ahí todo está bien, el tema objeto de inconformidad surge a partir del segundo inciso de la norma citada, pues contrariando el derecho fundamental que tiene todo niño y niña de ser escuchado y su opinión tenida en cuenta en toda actuación judicial y administrativa, el legislador dubita en dicho deber poniendo a la discrecionalidad del operador disciplinario escuchar el testimonio de menores de edad solo a partir de los (7) siete años, diligencia que a propósito dicta la norma “solo” – *adv. Únicamente, solamente* (www.rae.es. Consultado el 22/10/2019)- podrá ser recibida por el Defensor de Familia, en su despacho o a través de audio y video cuando las circunstancias así lo determinen, allí mismo establece la disposición que frente a esta prueba el despacho se circunscribirá a enviar el cuestionario que ha de resolver el menor, y el disciplinado o su defensor podrán formular preguntas que no sean contrarias al interés del declarante.

2.2 Cargo de la demanda: El inciso segundo y tercero del artículo 194 de la Ley 1862 de 2017 viola el artículo 29 y 44 de la Constitución, en concordancia con la Convención sobre los derechos del Niño en relación con el derecho a ser escuchados y sus opiniones tenidas en cuenta, así mismo contraria las formas propias en que debe ser practicado su testimonio.

La excepción que hace el tenor literal de la disposición cuestionada de tener como prueba dentro de la actuación disciplinaria solo el testimonio de los mayores de siete años violan alevemente los postulados universales que dan cuenta del derecho que tiene todo menor inmerso en una investigación judicial o administrativa a ser escuchado y sus opiniones ser tenidas en cuenta, condición normativa discriminatoria que contraria la capacidad que se presume de todo niño de rendir su testimonio sin límites mínimos de edad.

La citada disposición también quebranta el derecho fundamental del debido proceso de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto la norma procedimental que regula la prueba testimonial en el caso de los menores de edad estipula dos condiciones que se deben cumplir al momento de practicarla, a saber: (i) que su testimonio solo será recepcionado por el Defensor de Familia, y que (ii) se realice la diligencia fuera del recinto de la audiencia; mandato que es vulnerado por el legislador al momento de redactar el tercer inciso del artículo 194 de la Ley 1862 de 2017, en cuanto no estipula excepción alguna a la intervención de la autoridad disciplinaria

en el interrogatorio del menor, situación que en el caso sub-examine se da al retirar de la norma la expresión “Excepcionalmente” que limita la intervención del juez en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente, según lo consagrado en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, sin esta excepción la intervención del operador disciplinario se convierte en regla general.

Excluye el legislador en la redacción del inciso 3 artículo 194 de la Ley 1862 de 2017 la garantía debida a los menores de edad de practicar la diligencia fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, al igual que suprime la salvedad de “*siempre respetando sus derechos prevalentes*”, apartándose así del procedimiento especial establecido para estos sujetos especiales de protección, dejando al arbitrio de la autoridad disciplinaria la facultad de relegar cuando bien le parezca la labor del Defensor de Familia para ser él quien haga el interrogatorio, también es permisiva la ley en practicar el testimonio del menor en el recinto donde se lleva a cabo la audiencia, algo proscrito por la Ley 1098 de 2006; contrariando alevemente su protección especial ordenada por la Constitución y Convención sobre los derechos del Niño emitido por las Naciones Unidas.

Sumado a lo anterior cuestionamiento de constitucionalidad, el tercer inciso del artículo 194 Ley 1862 de 2017 se torna ambiguo y equivoco frente a su inciso inmediatamente anterior, pues admite dos consecuencias jurídicas diferentes, en particular nos referimos al segundo inciso con el que se regula la practica del testimonio del menor de edad señalando textualmente: “...solo podrá ser recibida por el Defensor de Familia...”, empero, el tercer inciso sin ninguna excepción permite la intervención de la autoridad disciplinaria sin más criterio que impeler al menor a que responda el sentido del cuestionario, o que lo responda con claridad.

Teniendo en cuenta esto, será necesario determinar el contenido y la naturaleza de los derechos que se circunscriben en la disposición legal objeto de reproche.

2.2.1 La determinación de los derechos objeto de limitación en la norma acusada:

En el tercer inciso del Artículo 194 de la Ley 1862 de 2017 surge una expresión normativa incompatible con los Artículos 29 y 44 de la Constitución Política, además de Convención sobre los derechos del Niño emitido por las Naciones Unidas, pues pese a la posición tajante y garantista de practicar la deposición del niño únicamente a través del defensor de familia, hace la permisión general de la intervención de la autoridad disciplinaria a efectos de (ii) conseguir que éste responda a la

pregunta que se le ha formulado o (ii) que lo haga de manera clara y precisa, bajo esas condiciones, siempre podrá intervenir para cumplir con el propósito de la diligencia, así no sea la voluntad del niño o niña rendirla, o no tenga la capacidad de atender determinadas preguntas.

Es claro que la anterior configuración legislativa limita los derechos superiores del niño y niña concedidos en los Tratados Internacionales, Constitución y la Ley, en tanto por razones de edad hace la excepción de llevar al proceso las manifestaciones de los niños y niñas menores de siete (7) años, a continuación se relega de la labor garantista de los Defensores de Familia sobre los derechos de especial protección del niño y niña a efectos del militar que conoce la actuación en un ambiente hostil compeler al infante a que responda el sentido de la pregunta.

De lo anterior, se establece que son dos clases de postulados constitucionales los cuales se ven limitados por la norma acusada: en primer lugar, el derecho prevalente del niño a ser escuchado y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta en toda *actuación administrativa o judicial en que estén involucrados*, en segundo lugar, interrelacionado con el anterior, y otro que tiene que ver con la garantía de un profesional llamado a garantizar los derechos del menor sea quien le realice las preguntas.

2.2.2 El derecho fundamental del niño y niña a ser escuchado y sus opiniones ser tenidas en cuenta:

La calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

El interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés (jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. (Sentencia C-313 de 2014 Corte Constitucional)

Conforme lo dicta el artículo 44 superior, es deber del Estado garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños y niñas, prohibiéndose el crear

medidas legislativas y judiciales que atenten contra su dignidad y derechos prevalentes, debiendo tender la ley a protegerlos en todas las etapas del proceso, con el fin de evitar nuevos daños.

Recapitulando que la Convención sobre los Derechos del Niño hace parte del bloque de constitucionalidad, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución (Artículo 93 Constitución Nacional), establece también allí que 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.

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".

Razón que el criterio distintivo utilizado por el legislador para excluir a los menores de siete (7) años de ser escuchados en el proceso disciplinario y sus opiniones ser tenidas en cuenta chocan abruptamente con el orden jurídico nacional y tratados internacionales, con lo que además se desconoce su condición de sujeto pasivo de los comportamientos disciplinarios, en muchas ocasiones faltas gravísimas cuando se involucran menores de edad.

Viene al caso formular el interrogante ¿cuáles conductas disciplinarias de la Ley 1862 de 2018 cabe la posibilidad en que un niño o niña sea testigo de los hechos?, la respuesta se encuentra en la misma normatividad, conductas que por su trascendencia en su mayoría tienen connotación de gravísimas y del resorte de la jurisdicción penal; veamos unas de ellas:

"Presionar para que se oculte información sobre hechos que pueda constituir delito, o encubrir al presunto investigado" (numeral 13 Artículo 76 Ley 1862 de 2017-Gravisima)

Utilizar medios y métodos de guerra prohibidos por los tratados internacionales ratificados por Colombia o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarias o males superfluos. (numeral 69 Artículo 76 Ley 1862 de 2017-Gravisima)

Privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de esta o estas a la satisfacción de cualquier clase de exigencias (numeral 72 Artículo 76 Ley 1862 de 2017-Gravisima)

Ordenar que no haya sobrevivientes. (numeral 70 Artículo 76 Ley 1862 de 2017-Gravisima)

“Promover, realizar, permitir o participar en prácticas sexuales dentro de unidades, instalaciones o bienes militares cuando se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio y que por ello comprometan los objetivos básicos de la actividad y disciplina militares.” (numeral 54 Artículo 77 Ley 1862 de 2017-Grave)

Entre muchos otros comportamientos que se pueden ver inmersos los militares en su misión de defender la soberanía, la independencia y la integridad territorial y proteger a la población civil y los recursos privados y estatales para contribuir a generar un ambiente de paz, seguridad y desarrollo, haciendo de ellos una institución presente de manera permanente en el medio social, y es considerada la primigenia forma de contacto entre el ciudadano y el Estado. Esa presencia infinita hace que en el desarrollo de su actividad conozca hechos y conductas que pueden poner en peligro los derechos de la ciudadanía.

Conductas que por su connotación trasmudan la función legal encomendada, llegando a carecer de relación directa con el servicio, es allí cuando los sujetos pasivos de dichas acciones pasan de ser simples quejosos o informantes, a convertirse en víctimas con el sabido derecho de verdad y justicia que les asiste en el proceso disciplinario, razón de la relevancia de las formalidades con que deben ser garantizados los derechos fundamentales de niños y niñas a ser escuchados en toda actuación judicial y administrativa, surgiendo como un despropósito jurídico la excepción que hace el legislador en el Artículo 194 de la Ley 1862 de 2017 para escuchar en declaración los menores de 7 años, sin mayor criterio que la edad, cuando la Corte Constitucional ha sentado su posición clara de garantizarle su derecho a ser escucharlos, siendo el juez el llamado a determinar la capacidad que tiene el niño o niña de ser llamado como testigo.

Según la reiterada jurisprudencia constitucional puede comparecer ante los estrados judiciales y administrativos todo niño capaz de formarse un juicio propio sobre el caso en cuestión, lo que tanto la Ley como la Convención

Internacional de Derechos del Niño dice que debe siempre presumirse, sin límites mínimos de edad. Cada Juez debe valorar la capacidad y justificar cuando decida rechazar la declaración de un menor, algo que solo podrá hacer caso por caso, pues depende de cada niño y de cada proceso.

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, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido (...)". (Subrayas y negrillas fuera del texto)

La misma sentencia manifiesta:

"...La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación "cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa." (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En otra ocasión, la Corte Constitucional manifestó:

'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". Sentencia T-844 de 2011. (Subrayas fuera del texto)

Igualmente, la Corte Constitucional, en la sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual también adujo:

"...La declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado..." (Subrayas fuera del texto)

En sentencia del 26 de enero de 2006, radicación n.º 23706, la Corte Suprema de Justicia también retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar *ex ante* el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez, especialmente si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia dice:

"Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de enero de 2006 Rad. 23706. M.P. Marina Pulido de Barón)

En otra oportunidad señaló la Corte Suprema de Justicia:

" (...) no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el

caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones *per se* no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Penal. Proceso No 23706, 26 de Enero de 2006. M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN)

En colofón, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia enseñan que las autoridades judiciales y administrativas que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de conductas en las que se encuentran inmersos menores de edad deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra los niños y niñas, sin distinción de su edad.

Frente a la norma objeto de cuestionamiento constitucional, en cuanto hace una excepción por razones de la edad los niños y niñas menores de siete (7) años es incompatible frente al derecho fundamental que le asiste al conglomerado de niños y niñas a ser escuchados y la relevancia de sus manifestaciones para establecer la verdad de lo ocurrido, siendo una manera para reparar las consecuencias dañinas de la conducta, en este caso disciplinarias, véase que en Sentencia T-117/13 (Magistrado Ponente: ALEXEI JULIO ESTRADA) la Corte Constitucional dejó infirme la decisión proferida por el Tribunal Superior de Pereira al no tener en cuenta el testimonio de un menor de 6 años en proceso por delito sexual abusivo con menor de 14 años, bajo consideraciones que son aplicables al tema en concreto:

“Si bien la medida de excluir la prueba persigue un fin legítimo, el cual era la defensa de los derechos del investigado, **resultaba desproporcionado en el caso concreto pues no tuvo en cuenta, la edad de la menor y el carácter meramente formal de la advertencia por su incipiente madurez psicológica y la gravedad del delito investigado así como la relevancia de la prueba para esclarecer los hechos.** El yerro fue protuberante al interpretar equivocadamente el contenido y alcance del artículo 33 de la Constitución y lo que se causó fue que se ignorara la fuerza del testimonio de una niña de seis años que con gran esfuerzo le contó a las autoridades las situaciones perturbadoras vividas en contra de su integridad, **en conclusión el Tribunal accionado impidió que la niña fuera oída y con ello que se reparará el daño sufrido y las garantías constitucionales sobre sus derechos. En esta medida, los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, principio que del cual se apartó el fallo cuestionado. El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado**

derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.”

Por su parte, en la Sentencia T-078 de 2010, la Corte consideró que la actuación de la Fiscalía de desconocer el testimonio de una niña de tres años, víctima de violencia sexual, quien había contado lo sucedido a psicólogas, y la negativa de seguir indagando sobre ese particular; constituyó una flagrante arbitrariedad o vía de hecho por parte del ente investigador, quien desconoció el reiterado precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.

Ahora bien, la Ley 1098 de 2006 como norma sustantiva y procedimental aplicable para toda actuación en que deba ser escuchado el testimonio del niño, niña y adolescente, por su prevalencia sobre las demás (Artículo 6 - *Reglas de interpretación y aplicación*-), estipula en su artículo 26 que “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”. (Subrayas fuera del texto).

En exegesis, la declaración del niño y niña, cualquiera sea su edad, es esencial y obligatoria durante el proceso disciplinario, puesto que en la mayoría de los casos los infantes poseen la capacidad cognitiva y moral para declarar, y en otras ocasiones es el único testigo directo de los hechos, lo cual le atribuye un inmenso valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con el acervo probatorio que obre en el expediente, consecuente con ello los reparos que se la hacen a la norma son susceptible de controvertirse en el juicio de inconstitucionalidad por cuanto se ha expedido contrariando el Estatuto Superior, lo cual hace imperioso un pronunciamiento de fondo por parte del máximo organismo constitucional.

2.2.3 Debido proceso en la recepción de la declaración del menor de edad.

De igual forma, con la disposición demandada se quebranta lo dispuesto por el Artículo 29 de la Constitución Nacional, en lo referente al carácter fundamental que tiene adelantar el juzgamiento observando plenamente las

formas propias de cada juicio, constituyéndose como nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Conforme a la libertad de configuración legislativa consagrada en el artículo 150-2 de la Carta, le compete al Congreso establecer evaluar y definir las etapas, características, términos y demás elementos que integran cada procedimiento, con el único límite de salvaguardar los tratados internacionales, Constitución y la misma ley, que a propósito de los menores de edad, gozan de un procedimiento especial y reglado, que según se trata a continuación es vulnerado por el legislador en la norma que se refule su inconstitucionalidad.

Es la Ley 1098 de 2006 la que establece las **normas sustantivas y procesales** para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes (Artículo 2-Objeto-), es esta disposición la llamada a reglamentar las formas propias en que debe ser recepcionada la entrevista y testimonio del niño, niña y adolescente en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y su aplicación prevalece sobre cualquier otra disposiciones de carácter penal o sancionatorio (Artículo 6 - *Reglas de interpretación y aplicación*-).

En tratándose de la forma en que debe ser recepcionado el testimonio que rinda el niño, niña y adolescente, dicta el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006 que “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”. (Subrayas fuera del texto).

A su género, dicta el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 la posibilidad de llamar a testificar a los niños, las niñas y los adolescentes dentro de procesos de índole penal, el único requisito en su práctica es que el interrogatorio sea practicado a través del defensor de familia como garante de sus derechos superiores, y en efecto permite la intervención del juez pero solo de manera “Excepcional”, para efectos prácticos dirijámonos a la norma resaltando el aparte al que se hace referencia, veamos:

Ley 1098 de 2006 Artículo 150. Práctica de testimonios. 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.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Es precisamente esa expresión garantista la que omite el legislador en el tercer inciso del Artículo 194 de la Ley 1862 de 2017 y que es objeto de la presente acción de inconstitucionalidad, es necesario enunciar la norma a la que hacemos referencia:

Ley 1862 de 2017 Artículo 194. DEBER DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio, diligencia que solo podrá ser recibida por el Defensor de Familia, en su despacho o a través de audio y video cuando las circunstancias así lo determinen. El menor absolverá el cuestionario enviado para el caso por la autoridad disciplinaria. El disciplinado o su defensor podrán formular preguntas que no sean contrarias al interés del declarante.

La autoridad disciplinaria podrá intervenir en el interrogatorio del menor para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. (Negrilla fuera del texto)

Véase que el Inciso final de la precitada norma amputa el término “*Excepcionalmente*” al igual que la expresión “*Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes*”, algo no hecho al garrote sino a propósito, pues no es de poca monta el haber retirado del Régimen Disciplinario Militar el carácter excepcional de la intervención del operador disciplinario para tornar en regla general su participación en la diligencia.

Nada más violatorio a los derechos superiores del niño y niña y su no revictimización el haberse eliminado por parte del legislador dos obligaciones impajaritables en la práctica del testimonio del menor de edad, una atinente a (i) realizar la diligencia fuera del recinto de la audiencia, y otra que tiene que ver con (ii) la presencia del Defensor de Familia en la diligencia. Al eliminar tan preciadas expresiones queda al arbitrio del operador disciplinario escuchar al niño o niña (en este caso mayor de siete años) prescindiendo de la labor garantista del Defensor de Familia, al igual que escucharlo dentro de la audiencia disciplinaria, claro está, sucediendo algo inadmisibles como exponer al niño a su agresor o militar investigado; algo abiertamente inconstitucional, pero que así lo trae redactado el inciso 3 artículo 194 de la Ley 1862 de 2017.

La práctica del interrogatorio por parte del Defensor de Familia no es un formalismo del que se puede o no hacer uso, es un procedimiento especial de cómo debe ser recepcionado el testimonio en el niño, niña o adolescente, para tratar de minorar lo traumático que puede llegar a retomar el evento traumático por lo cual es llamado a declarar, por esta razón surge por inconstitucional la contrariedad de esta garantía con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares al posibilitar a la autoridad disciplinaria de prescindir de la intervención del Defensor de Familia y a cambio hacer directamente el abordaje del menor con las preguntas que tenga a bien realizarle.

Es necesario detenernos un poco en este punto, pues es sabido que la autoridad disciplinaria es un oficial de las fuerzas militares capacitado física y tácticamente en uso de las armas, mando, liderazgo, técnicas de combate, seguramente cursos especiales, pero no cumplen la idoneidad para el abordaje de un niño o niña testigo de una conducta que haya afectado el ordenamiento jurídico, si la labor del juez es encontrar el nexo entre perpetrador y víctima, como va a llegar a esa "verdad" si quien recepciona la declaración viste las mismas prendas de quien cometió el hecho, o no es verdad que una de las primeras preguntas es ¿cómo iba vestido su agresor?

El entrevistador debe tener la capacidad para identificar el nivel de conocimiento lingüístico, la capacidad de razonamiento y la respuesta emocional de la víctima, dado que los niños, según su edad específica evidencian características comportamentales, emocionales e intelectuales diferenciales y que no se pretende de manera irrestricta y sin sentido humano que los infantes comprendan o interioricen aspectos para los que aún no están preparados, garantía que solo podrá provenir del Defensor de Familia, no del militar cuando a su arbitrio e interés en las resultas del proceso quiera hacer el abordaje del menor a fin de *"conseguir que este*

responda a la pregunta que se le ha formulado” (Inciso 3 artículo 194 Ley 1862 de 2017)

Además, el entorno de la escucha debe ser «amigable», no intimidatoria ni hostil, ha de ser sensible y adecuada por la naturaleza de las conductas que se investigan, al punto que existen métodos como la cámara de Gesser para evitar al máximo ese estado de intromisión de los intervinientes del proceso y garantizar de la manera mas espontanea posible su exposición. Empero, estas técnicas que facilitan al menor el tránsito hacia lo sucedido se ven opacados con fórmulas legislativas como las atacadas por vía de la presente acción de inconstitucionalidad.

De otra parte, frente a la práctica del testimonio 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**”. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Es por ello que se requieren de pautas legales armónicas con el interés superior del menor de edad, dado el daño que puede causar el hecho de ser conminado de manera directa por parte del operador disciplinario a que recuerde el evento traumático y responda a su manera el interrogatorio.

La infortunada redacción de la citada norma viola groseramente los derechos prevalentes del niño y niña, y formas propias en que debe ser recepcionado su testimonio según lo establecido en la Convención sobre los derechos del Niño emitido por las Naciones Unidas, Artículo 29 y 44 de la Constitución Nacional, y artículos 26 y 150 del Código de Infancia y Adolescencia, para a cambio el legislador con la normatividad de la cual se aduce su inconstitucionalidad darle el tratamiento de un adulto y generándole nuevos daños con el proceso disciplinario de los

responsables², prurimencionada configuración administrativa-disciplinaria desconoce las exigencias reforzadas en su trato y va en contravía de la norma procedimental que reglamente el testimonio de este grupo especial de protección.

Para evitar estos tipos de confrontaciones y poner al menor en una posición de revictimización, se ha de excluir el articulado del ordenamiento jurídico, empleando los medios técnicos y garantías conforme sus derechos prevalentes, con el propósito de protegerlo y obtener también la verdad material buscada en el proceso disciplinario.

2.2.4 Ambigüedad contextual en el tercer inciso del Artículo 194 de la Ley 1862 de 2017.

Sumado a lo anterior cuestionamiento de constitucionalidad, el tercer inciso del artículo 194 Ley 1862 de 2017 se torna ambiguo y equivoca frente a su inciso inmediatamente anterior, veamos a que me refiero:

Ley 1862 de 2017 artículo 194. DEBER DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio, diligencia que solo podrá ser recibida por el Defensor de Familia, en su despacho o a través de audio y video cuando las circunstancias así lo determinen. El menor absolverá el cuestionario enviado para el caso por la autoridad disciplinaria. El disciplinado o su defensor podrán formular preguntas que no sean contrarias al interés del declarante.

La autoridad disciplinaria podrá intervenir en el interrogatorio del menor para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En esta ocasión el reparo va dirigido al término “SOLO podrá ser recibida por el Defensor de Familia” (Mayúsculas propias) que se encuentra en el segundo inciso del Artículo 194 de la Ley 1862 de 2017, el cual excluye cualquier otra posibilidad de que la diligencia del niño o niña sea recepcionada por otro funcionario por el Defensor de Familia, y encomienda a la autoridad disciplinaria enviar el cuestionario que ha de resolver el

2 “(...) la autoridad judicial tendrá en cuenta que no se les deben generar nuevos daños (a los niños) con el proceso judicial de los responsables”. (Corte Constitucional T-078/10, 2010)

menor, esta corresponde a la primer interpretación; no obstante y contrariando el anterior mandato, el tercer inciso del mismo artículo 194 ibidem sin excepción alguna establece la discrecionalidad que tiene la autoridad disciplinaria de interrogar al menor cuando bien le parezca.

La anterior disposición presenta una ambigüedad pues admite dos consecuencias jurídicas diferentes, pero nótese que esa ambigüedad se da entre dos significados del texto excluyentes entre sí, toda vez que el primer texto descarta cualquier otra posibilidad de escuchar el menor de edad con alguien diferente al Defensor de Familia, y el segundo aparte sin excepción alguna permite la intervención de la autoridad disciplinaria sin más criterio que impeler al menor a que responda el sentido del cuestionario, o que lo responda con claridad, o sea, cuando quiera puede intervenir.

Siendo ininteligible las razones que tuvo el legislador para retirar la expresión “Excepcionalmente” que limita la intervención del juez en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente, según lo consagrado en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, pero que con la expedición de la norma atacada dicha intervención se convierte en regla general.

Véase que la Ley 1952 de 2019 “Código General Disciplinario” (CGD) en su artículo 164 tiene la misma redacción, pero suprime el desafortunado inciso normativo que se refulege inconstitucional, traigamos a colación la norma del CGD:

Ley 1952 de 2019 Artículo 164: “Los menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio, diligencia que solo podrá ser recibida ante el Defensor o Comisario de Familia en su despacho, o a través de audio y video cuando las circunstancias así lo determinen. El menor absolverá el cuestionario enviado para el caso por la autoridad disciplinaria. El disciplinado o su defensor podrán formular preguntas que no sean contrarias al interés del declarante.”

Como se puede advertir, en el nombrado Código General Disciplinario en el aparte que también reglamentan el procedimiento para escuchar en declaración al mayor de siete años se suprime la cuestionada discrecionalidad que tiene el operador disciplinario de intervenir en el interrogatorio del niño o niña, para dejar tan relevante labor en cabeza del Defensor o Comisario de Familia.

Las anteriores razones me llevan a formular como ambigua e indeterminada la cuestionada normatividad pues en su contexto con el articulado que la enuncia no se complementa, antes de cumplir su función integradora se contrarían, vulnerando la claridad intrínseca en que debe ser tejido el lenguaje jurídico, lo cual se constituye un problema de técnica legislativa habida cuenta las diferentes posibilidades que lleva su aplicación.

Sin olvidar que la segunda interpretación contenida en el tercer inciso artículo 194 de la Ley 1862 de 2017 se postula como inconstitucional por cuanto infringe Derechos Fundamentales del niño, niña y adolescente, y su debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución y Ley 1098 de 2006.

Estos vacíos legislativos al no poderse delimitar la intervención de la autoridad disciplinaria en el testimonio de los mayores de siete años lleva a comprensiones insulares de las normas que redundaran en la interpretación restrictiva a los derechos superiores de los niños y niñas, lo cual vulnera gravemente el artículo 29 y 44 de la Constitución Nacional, y tratados internacionales que regulan la materia.

El Legislador tiene la obligación de acudir a un lenguaje legal que no exprese o admita interpretaciones contrarias a los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución; la Corte Constitucional en muchas ocasiones ha considera que cuando las conductas no están bien precisadas, generan con su ambigüedad confusión en la persona receptora de la norma y en el intérprete, y en consecuencia atentan contra los mencionados principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

No hay duda de que la redacción de la norma cuestionada no es perfecta, que ella adolece de errores; razón que comedida y respetuosamente se solicita que la norma en cuestión debe ser declarada inconstitucional, y por ende, retirada del ordenamiento jurídico.

III. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

3.1 Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud artículo 241 de la Constitución Política colombiana por medio del cual se *“confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los escritos y precisos términos de este artículo”*, y dentro de esta norma, en el numeral cuarto (4to) tiene la función de *“decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”*.

3.2 Cosa Juzgada Constitucional.

No existe cosa juzgada en el presente caso, pues hasta la fecha la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo cual procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

3.3 Trámite.

El trámite que debe seguir la presente demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que a la fecha se hayan proferido en relación con las demandas como la que se presenta. 27

3.4 Principio Pro Actione.

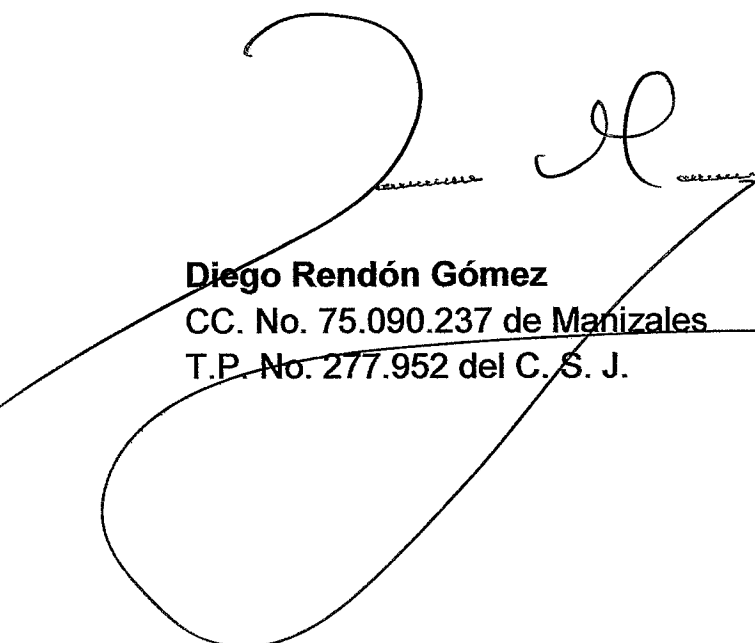
Consideramos que la demanda cumple con los requisitos de admisión ya que las razones expuestas son claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional. En caso de que la Corte no considere que sea así, les solicitamos a los Honorables Magistrados aplicar el *Principio Pro Actione*.

3.5 Notificaciones.

Las recibiré en la Carrera 35 B No. 35-11 ciudadela Villa Verde Pereira (Risaralda), celular No. 3127823882, autorizo notificaciones al correo electrónico diego.rendon@derechoviviente.com

De los señores Magistrados,

Con todo respeto


Diego Rendón Gómez
CC. No. 75.090.237 de Manizales
T.P. No. 277.952 del C. S. J.

CORTE CONSTITUCIONAL
Secretaría General
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA

El anterior escrito fue presentado personalmente en la Secretaría General de la Corte Constitucional, Diego Humberto Rendón Jona quien se identificó con la C.C. No. 75.090.237 de Manizales y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 1-11-19

[Firma]
Quien Firma _____

Quien recibe=Secretaría General _____

21