



Título: Sin Título
Técnica: Óleo sobre madera
Dimensión: 71,5 x 65 cm

LOS DICTÁMENES PERICIALES EN EL CODIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA*

* Artículo derivado de la investigación: “Pruebas psicosociales en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia”, Centro de Investigaciones Jurídicas y Área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Departamento de Trabajo Social, Universidad de Antioquia, Vicerrectoría de Investigaciones-CODI (2009-2010).

Fecha de recepción: septiembre 15

Fecha de aprobación: noviembre 2

LOS DICTÁMENES PERICIALES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

*Amparo Urrea Giraldo**

*Lina Marcela Estrada Jaramillo***

*Juan Carlos Lopera Espinal****

RESUMEN

La Ley 1098 de 2006 es relativamente nueva y no ha sido fácil su implementación, entre otras razones por la disparidad de criterios de los responsables en su aplicación; esta Ley obliga a los miembros del equipo psicosocial a asumir responsabilidades y compromisos puesto que legalmente les otorga la categoría de peritos, es decir, unos verdaderos auxiliares de la justicia y sus pronunciamientos deben cumplir con todos los requisitos de un peritazgo, lo que conlleva que cualquier autoridad judicial o administrativa cite a los peritos a sustentar en audiencia los informes suministrados y que en consecuencia conlleva además a que tenga publicidad, es decir, que las partes los conozcan y puedan ser controvertidos. Aunque la connotación del término parte en asuntos de infancia y adolescencia no es la misma que en un proceso civil, las diferentes Cortes en varios pronunciamientos de sentencias de tutela y de constitucionalidad han señalado la obligatoriedad de respetar el artículo 29 de la Constitución Política relacionado con el debido proceso y más aún tratándose en asuntos tal delicados como es definir situaciones de niños, niñas y adolescencia.

Palabras clave: Derecho de Infancia y Adolescencia, dictámenes periciales, equipo psicosocial.

EXPERT OPINIONS ON THE CODE OF CHILDREN AND ADOLESCENT

ABSTRACT

The Law 1098 of 2006 is relatively new and has not been easy to implement, not least because of the disparity of views of those responsible for its implementation, this Act requires psychosocial team members to assume responsibilities and obligations as legally granted expert category, ie a real court officers and pronouncements must meet all requirements of expert advice, which implies that any judicial or administrative subpoena to support experts in hearing and provided reports on result also implies to take advertising, ie that the parties meet and potentially contentious. Although the connotation of the term hand in matters of children and adolescents is not the same as in a civil case, the various pronouncements of courts in several judgments of constitutional protection and have noted the requirement to comply with Article 29 of the Constitution relating to due process and even more so in such delicate matters as defining situations of children and adolescents.

Key words: Children and Adolescents Law, expert opinions, psychosocial team.

* Abogada, Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho de Familia, Universidad de Antioquia. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: amparour@gmail.com

** Abogada, Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Docente Ocasional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: estradalina@hotmail.com

*** Abogado, Universidad de Medellín. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: juanlopera@hotmail.com

LOS DICTÁMENES PERICIALES EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991, al incorporar en su texto los derechos y las garantías de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, trasciende los límites de la protección subsidiaria del Estado y del derecho como norma. Lo primero, cuando reconoce la particular situación socio-jurídica de todos los niños, niñas y adolescentes, elevándolos a la condición de ciudadanos y ciudadanas, pues parte de la concepción del sujeto social y no del sujeto ideal; por tanto, los protege en su dignidad y autonomía, no en el abstracto, sino en sus relaciones materiales concretas. Lo segundo, cuando reivindica la filosofía y el espíritu de la Convención, que no es otro que la Protección Integral. (González, 2004; documento interno).

De igual forma, a partir de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, en el análisis de pruebas en los procesos administrativos y judiciales se le impone al Estado una carga superior en la defensa de los derechos de los niños y adolescentes para que sean efectivamente protegidos; en esta medida, la ley elevó a la categoría de dictámenes periciales los conceptos emitidos por los equipos interdisciplinarios, dándoles así el carácter de un verdadero medio de prueba para complementar los conocimientos necesarios en su valoración por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

Es así como este artículo surge como resultado del proyecto de investigación *Pruebas psicosociales en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia*, realizado en alianza interdisciplinaria: Área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas y Grupo de Investigación en Traducción y Terminología, GITT de la Escuela de Idiomas, todos de la Universidad de Antioquia, Medellín - Colombia. Está adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y por ende, a Vicerrectoría de Investigación de la misma institución formadora.

La investigación es de tipo documental con fines terminológicos. Utilizó textos y documentos de consulta académica en la última década en castellano, datos derivados de entrevistas semi-estructuradas a operadores judiciales y análisis de las Sentencias de la Corte Constitucional. La triangulación y análisis de la información,

focaliza los vocablos: prueba, concepto, peritazgo, dictamen e informe. Tanto desde el campo jurídico como psicosocial, con el fin de contrastar su uso y efectuar un análisis transversal (en un tiempo determinado) y longitudinal (a través del tiempo), y así contribuir a la transferencia del conocimiento y a aportar metodologías de intervención holística (Amparo Urrea, 2010).

Para este artículo se ha dispuesto de tres capítulos, cada uno necesario para entender desde la teoría y la historia como los dictámenes periciales de los equipos psicosociales de Comisarias de Familia, Defensorías de Familia y de personal vinculado al Sistema Nacional de Bienestar Familiar tienen hoy importancia y ubicación como profesionales reconocidos ampliamente por los operadores jurídicos. El primero de ellos, plantea brevemente el marco histórico y normativo de los dictámenes periciales en nuestra legislación. En el segundo se describe la temática en la Ley 1098 de 2006; para en el tercer capítulo, mostrar una línea jurisprudencial realizada en torno a la temática; finalmente se realizan unas conclusiones y recomendaciones.

1. MARCO HISTÓRICO Y NORMATIVO DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

Es importante realizar una mirada a través del tiempo cómo ha evolucionado la intervención de otros profesionales en asuntos de infancia y adolescencia. Si bien es cierto a través de la historia se les ha dado la importancia de su participación en las problemáticas de dicha población (Bisig, 1989), la realidad práctica y su aplicación como dictámenes periciales se vino a dar bajo la Ley 1098 de 2006.

A través de la historia estos profesionales mostraron la importancia de su participación para atender las diferentes problemáticas de los menores donde estaban involucrados con la ayuda de los recursos que contaba la comunidad como son: la familia, los servicios sociales de orientación, control judicial e instituciones de protección y rehabilitación los cuales estaban tendientes en prevenir, remediar, solucionar las necesidades, precariedades de los niños con procesos formativos que procuraban una educación y vinculación al medio social (González Contró, 2006). Se le asignaba a los tribunales o juzgados de menores la facultad de tomar variedad de medidas las cuales se podían escoger de acuerdo a las circunstancias psicosociales del menor como ocurría en Alemania y en Francia donde era esencial aprovechar los informes dados por personas con conocimientos sociales, educativos, médicos, psicólogos y psiquiatras (Fernández Clerigo, 1996).

Vale la pena destacar la importancia dada a la familia en el desarrollo de los menores, en donde el sustituir el grupo familiar se daba en situaciones de última instancia,

puesto que realmente a quienes se le asignaba enseñar al niño la convivencia en la sociedad correspondía, como corresponde hoy a la familia cualquiera sea su origen (Martínez López, 1994).

El grupo social da un aporte significativo al aprendizaje del menor, lo que le permite asumir diversos comportamientos los que son necesarios en un comienzo prestársele un servicio eminentemente pedagógico y no sancionarlo penalmente, por las consecuencias que por su edad puede afectar al niño. Todos estos servicios sociales estaban encaminados no ha remplazar las familias, sino ayudarles a reforzar y a cumplir mejor las funciones familiares (Martínez López, 1987).

Con la expedición de la ley 1098 de 2006, Código de infancia y adolescencia, la intervención de profesionales como Psicólogos, Trabajadores Sociales, Pedagogos Reeducadores, Nutricionistas entre otros, en aspectos relacionados con niños, niñas y adolescentes ha sido valorada y reconocida como un gran aporte al integrar la visión científica y moderna como ser biopsicosocial sujeto de derechos y obligaciones, lo que obliga a tomar en serio estos derechos, trascendiendo de la retórica de los tratados y convenios internacionales y la ley y estableciendo un lenguaje de derechos desde el propio mundo de los niños, niñas y adolescentes.

Para comprender y aplicar el aporte de estas ciencias en temas de infancia y adolescencia, es necesario tener conceptos claros sobre el significado y la importancia de los profesionales que están prestando un servicio público de bienestar familiar, con una participación activa en procesos de atención e intervención y asumen responsabilidades en las decisiones que tomen (Tejeiro López, 2005).

Para hablar de dictámenes periciales en la Ley 1098 de 2006 se debe partir de épocas que marcaron un rumbo nuevo en el campo especial y novedoso del derecho de infancia y adolescencia.

1.1 Ley 83 de 1946. Ley Orgánica de la Defensa del Niño.

Esta Ley consideró al Juez de Menores como un funcionario judicial diferente, con requisitos y calidades especiales¹ y que debía tener en cuenta al momento del fallo²: una información detallada del hecho, de las circunstancias actuales, la

1 Señalaba el artículo 3 de la mencionada Ley: "Para ser Juez de Menores se necesitan los mismos requisitos que para ser Juez Superior. Debe, además, comprobarse el legítimo matrimonio, que se es padre o madre de familia, la versación en las ciencias educativas y la ejemplar conducta moral". Además los Delegados de Estudio y Vigilancia debían actuar bajo la dirección del Juez de Menores.

2 Para la Ley fue importante la función de los Delegados de Estudio y Vigilancia que debían actuar bajo la dirección del Juez de Menores, para observar el medio en que el menor vivía, sus tendencias, su conducta y sus antecedentes familiares y personales (artículo 9).

conducta de los padres o cuidadores, el ambiente social, las enseñanzas y ejemplos sobre las condiciones de índole personal, familiar y social, con una visión paternal y protectora, gozando de amplias facultades, algunas discrecionales para intervenir en la vida de los menores y la familia. Estos funcionarios fueron concebidos en la ley y en la vida social, como personas con altas calidades humanas y profesionales.

1.2 Ley 75 de 1968

Con la Ley 75 de 1968 se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) con una finalidad específica como buscar el bienestar y la estabilidad de la familia colombiana y la protección del menor de edad. El hoy Defensor de Familia en esta Ley se le denominó Defensor de Menores, funcionario que vino de la Ley 83 de 1946 con la denominación “Promotor Curador de Menores”.

Ésta ley le asignó al ICBF la facultad de realizar dictámenes psicosociales en los procesos que se adelantaban en los despachos judiciales con el objetivo de aportar conocimientos técnicos en asuntos de menores de edad.

Artículo 19 “Prestar la asistencia técnica necesaria para el estudio integral del menor de edad que esté bajo las ordenes de los jueces de menores del país y emitir dictámenes periciales (antropoheredobiológicos) en los procesos de filiación y en aspectos psicosociales cuando el juez lo solicite”.

1.3 Decreto 2737 de 1989. Código del Menor

Introdujo como organismo de protección del menor y la familia las Comisarias de Familia de carácter preventivo y policivo conformadas por un Comisario que tiene que ser abogado, un médico, un psicólogo, un trabajador social dando también cabida a otros profesionales.

Varios de los asuntos regulados por el Código, señalan la importancia de trabajo con otras disciplinas, quienes hacen estudios y rinden informes sobre la salud física, mental de los menores y de los adultos en relación a su situación sociofamiliar. Además pueden intervenir en diligencias preliminares, preventivas y correctivas dentro de la doctrina de situación irregular (Méndez, 1997)³, utilizando los medios

3 Esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un menor en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcizan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por “soluciones” de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción.

de prueba contemplados en el Código de Procedimiento Civil sin señalar el carácter de dichos informes, aunque se tenían en cuenta al momento de emitir un fallo.

1.4 Convención Internacional de los Derechos de los Niños. Ley 12 de 1991

El reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ha sido un proceso gradual; en la primera etapa era asunto privado que quedaba por fuera de los asuntos públicos. Posteriormente aparece una gran preocupación por reconocer que ellos tienen intereses que deben ser jurídicamente protegidos y se expiden leyes de menores en especial en América Latina (Pianetta, 2007)⁴.

Solo cuando aparece la Convención de los Derechos del Niño éstos se convierten en sujetos de derechos que se ejercen en el contexto de una vida social en la que el juez o la autoridad administrativa da soluciones jurídicas con estricta sujeción a las normas vigentes (Méndez, 1997).

Señala ésta Convención que en todas las medidas concernientes a niños, niñas y adolescentes se tendrá en cuenta el interés superior del menor, además, que los establecimientos de servicios donde se atiendan niños el personal sea especializado y calificado, dando importancia a los equipos de trabajo y reconociendo las valoraciones de estos profesionales.

“Artículo 40.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”.

1.5 Decreto 1137 de 1999

El Decreto 1137 de 1999 estableció el bienestar Familiar como un servicio público que se presta a través del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con-

4 Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, 1990; Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, 1997; Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador, 2003; Ley Para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, de San Salvador, 1993; Ley de la Infancia y Adolescencia de Guatemala, 2003; Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, 1996; Ley de Protección de los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes de México, 2000; Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, 1998; Código de Familia de Panamá, 1994; Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay, 2000. Código de los Niños y los Adolescentes del Perú, 2000; Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana, 2003; el Código de la Niñez y de la Adolescencia del Uruguay, 2001; Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente de Venezuela, 2000.

formado este, por entidades u organismos oficiales y o particulares legalmente autorizados (artículo 1).

Le señaló al ICBF entre otras de sus funciones, el prestar la asistencia técnica para el estudio integral de los menores que estén por cuenta de los jueces y emitir dictámenes psicosociales cuando el juez lo solicite (art 19).

Éste Decreto le dio valor de dictámenes periciales a los conceptos emitidos por los equipos psicosociales, es decir, resaltó la importancia del trabajo con otras disciplinas quienes aportan conocimientos técnicos sobre aspectos que son materia de investigación tanto en Defensorías de Familia como en Juzgados y donde aparecen involucrados niños, niñas y adolescentes (Serrano, 1997).

2. Ley 1098 de 2006, Código de infancia y adolescencia

Al señalar a las Defensorías de Familia funciones de prevención, garantía y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, concedió mayor importancia al trabajo interdisciplinar con otras ciencias como la psicología, trabajo social y nutricional, entre otros; en donde los conceptos emitidos tendrán el carácter de dictamen pericial dando a la peritación como actividad procesal y extraprocesal una lectura de integración y articulación con otros saberes.

Para comprender la intervención de estos profesionales en la Ley 1098 de 2006 es necesario precisar los términos que aparecen en la referenciada Ley como son: dictamen pericial, informe técnico, certificado de idoneidad física, mental, social y moral y constancia de integración personal.

2.1 Dictámenes Periciales

En los dictámenes periciales el objeto de estudio son hechos y no cuestiones de derecho ya que estas, corresponden a los operadores jurídicos, llámense Comisarios, Defensores de Familia o Jueces quienes los valoran al momento de proferir la decisión; por lo tanto es necesario solicitarlos en debida forma, practicarse e incorporarse al proceso en los términos y oportunidades que señala el Código de Procedimiento Civil y el de Procedimiento penal, en restablecimiento de derechos o cuando se trata del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, respectivamente.

Los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia por la competencia subsidiaria otorgada por la ley a estos últimos, se convierten en jueces, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional lo que obliga a conocer las pruebas, los principios generales de la prueba, la conducencia, pertinencia y utilidad, en

procesos cuya finalidad es llevar conocimiento y certeza de los hechos objeto de estudio, pudiéndose también practicar en forma anticipada en ciertos casos, como por ejemplo en un rescate y allanamiento cuando pelagra la vida y la integridad de niños, niñas y adolescentes.

El dictamen debe ser entonces claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

Conforme a lo anterior, el dictamen deberá contener tres partes: 1) el objeto, esto es, la materia sobre la cual debe versar; 2) la fundamentación que incluye los exámenes, experimentos y razones de orden técnico, científico o artístico y 3) las conclusiones (Carrera Acosta, 1996).

2.2 Informes

En cuanto al informe, hay que decir que este significa poner en conocimiento de otro o dar noticia de algo que se obtiene por terceros y no de manera directa como en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en donde señala (art 157, Ley 1098 de 2006) que el Defensor de Familia da en la audiencia oral el informe que le suministra el equipo técnico interdisciplinario de la Defensoría, pudiendo en cualquier momento el Juez Penal para Adolescentes citar a estos profesionales, bien sea para aclarar o precisar su informe, que se entiende hecho bajo juramento por la sola firma que hace el funcionario.

El informe entonces se diferencia del dictamen pericial, porque aquel se limita a comunicar algo, mientras que este requiere un estudio y análisis de la situación concreta, exigiendo conocimientos especiales con calidades técnicas, científicas o artísticas, para poder emitir una conclusión (Azula Camacho, 2008).

Existen informes sociales propios de los Trabajadores Sociales, quienes son los encargados de analizar y valorar el ambiente familiar y sectorial donde se desenvuelve la cotidianidad de los menores que permite apoyar a los operadores jurídicos con valiosos argumentos para desentramar conflictos internos a nivel familiar.

Como ejemplo, se puede ilustrar el siguiente informe de entrevista a un niño, realizado dentro de un proceso judicial de revisión de custodia:

“De la entrevista realizada a CC se concluye que es un niño muy seguro de sí mismo, de sus respuestas; quiere a los dos padres por igual, no le afecta si se decide la custodia compartida o no; es bien tratado por el progenitor, le tiene confianza para comunicarse con él; sus relaciones son buenas; también recibe buen trato por parte de la señora YY y la hija de esta; si bien es cierto

que el papá en su casa, organiza reuniones sociales donde se ingiere licor, el niño no participa de las mismas; la madre lo quiere, no le impide el contacto con su ascendiente”.

2.3 Certificado físico, mental, moral y social

Este certificado es de obligatorio cumplimiento en el proceso de Adopción bien sea para familias colombianas o extranjeras, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o por las entidades autorizadas para desarrollar programas de adopción, anexo a la demanda. Se expide teniendo en cuenta el estado de salud física y psicológica, las relaciones intrafamiliares, el entorno social y los antecedentes que permitan el desarrollo de su personalidad y una convivencia pacífica y armónica (art 124 num 5, Ley 1098 de 2006).

El certificado es la valoración integral de todos los aportes que los diferentes profesionales han emitido dentro de un proceso previo a la adopción y que es expedido por el Defensor de Familia, que es un amplio conocer de la etapa administrativa y judicial en un proceso de adopción.

2.4 Constancia de integración personal

También es obligatoria anexo a la demanda de Adopción. Se realiza desde la observación y el intercambio de información para identificar la aceptación y apoyo de la familia y el entorno social, valorar los cambios que se dan con la llegada de un hijo adoptado (art 124 num 5, Ley 1098 de 2006).

Las constancias de integración personal son expedidos por Psicólogos o Trabajadores Sociales teniendo en cuenta el desenvolvimiento, desempeño, acogida y empatía tanto del niño futuro adoptante, como de los pretendientes adoptantes, ésta se realiza como etapa previa a la presentación de la demanda de adopción.

Se diferencia del dictamen porque no hay que darle publicidad, es más una observación directa y de acompañamiento antes de definir la adopción.

2.5 Concepto

Por el término concepto puede entenderse como una apreciación personal emitida desde su saber y experiencia, mas no debe contener juicios de valor porque no es propio de los auxiliares de la justicia valorar la prueba, toda vez que dicha función es exclusiva del operador jurídico (art 79 inciso 3 Ley 1098 de 2006).

Los conceptos son aportes desde los saberes psicosociales que dan estos profesionales frente a casos específicos que son motivo de estudio y de análisis para los operadores jurídicos que se los haya solicitado; v.gr. en una custodia es importante que los profesionales del área psicosocial señalen la adaptación del menor bien sea a un nuevo grupo familiar o dentro de su mismo grupo familiar, pudiendo expresar cuál de los padres o el tercero ofrece mejores garantías, teniendo siempre de presente el interés superior del menor y la prevalencia de los derechos.

Como ejemplo, se puede ilustrar el siguiente concepto dentro de un Proceso Administrativo de restablecimiento de derecho realizado por un Trabajador Social:

“Una vez adelantadas las acciones correspondientes en el caso de la niña AA, puede concluirse que la madre biológica de ella no tiene condiciones de ningún orden para hacerse cargo de ella, pues durante la investigación dijo muchas cosas que no eran verdad y trato de evitar a toda costa el nombre real del padre, respecto a la Red Familiar. También dio datos falsos, lo que impidió que se logrará ubicarlos, pese a todos los esfuerzos realizados el equipo interdisciplinario para hacerlo”.

Los conceptos deben propender por garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes consagrados en nuestra Carta Política en su artículo 44 el cual dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Así la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el estatus de *sujetos de protección constitucional reforzada*, que se hace manifiesta en el carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses (Sentencia Corte Constitucional, T 260 de 2012).

2.6 Los Dictámenes Periciales en Infancia y Adolescencia

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 79 inciso 3 señala:

“Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”

El artículo 100 de la misma ley establece en su parágrafo 1:

“cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el Defensor, el Comisario de Familia o, en su caso, el Inspector de Policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial”.

Al observar lo contenido en estas normas, los profesionales trabajadores sociales y psicólogos están produciendo verdaderos dictámenes periciales, cuya aplicación

está contemplada en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 236 y ss., donde a los dictámenes se les da el carácter de prueba pericial.

Estos dictámenes deben ser claros, precisos y detallados, deben indicar los exámenes e investigaciones realizadas, los fundamentos técnicos, científicos o artísticos así como las conclusiones, lo que conlleva a la valoración por parte del Defensor y Comisario de Familia previa controversia de las partes.

Es importante señalar que cada profesional integrante del equipo (que para la Ley actúa como perito), debe conocer a profundidad el quehacer dentro de una investigación y no violentar terrenos que no son de su competencia, pues de hacerlo estaría poniendo en peligro la misma actuación. Todo esto conduce a que estos profesionales deban ser imparciales y objetivos en sus pronunciamientos (Sierra Rincón, 1996).

Estos profesionales deben aportar elementos para construir hipótesis y proponer alternativas de intervención, brindar conceptos que evidencien la complejidad de la situación para una comprensión conjunta de los problemas y de los sujetos involucrados. Dichos conceptos deben aportar al Defensor de Familia y a los Comisarios de Familia, elementos para la toma de decisiones desde el marco de la protección integral y del interés superior del menor (Familiar, 2009).

Por otro lado, el artículo 164 del Código de General del Proceso consagra “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso” y en especial en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en donde los sujetos son prevalentes y de especial protección por parte del Estado.

Fácilmente se advierte la importancia de la prueba en el proceso. Solo mediante ella pueden las partes demostrar ante el operador jurídico sus pretensiones y solo de ella puede servirse este para fundamentar su decisión. De allí que los doctrinarios la llaman el “alma del proceso”.

La correcta disciplina legal en el ámbito de la petición, práctica y evaluación de la prueba, garantiza el derecho de defensa de las partes en el proceso, y por ende la eficacia del principio de contradicción por cuanto así se permite no sólo conocer la prueba desde su petición, sino su debate, su contradicción, solicitar su aclaración, objeción o complementación en el caso específico de la prueba pericial.⁵

5 La sentencia C 124 de 2011 así lo señala “...un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo

Si la prueba es el medio para comprobar los hechos afirmados y discutidos por las partes en el proceso es más que lógico que las partes conozcan dichas pruebas. No pueden existir fallos fundamentados en pruebas secretas: los principios de publicidad y de contradicción de la prueba son un derecho fundamental de las partes en el proceso (Bolívar Roa; Urrea Giraldo, 2008).

Concordando entonces el postulado de que el proceso de la Ley 1098 de 2006 en materia de pruebas sigue lo preceptuado por el Código de Procedimiento Civil, es evidente con que en estos procedimientos administrativos de infancia, adolescencia y familia, las partes podrían entrar a solicitar al Defensor o Comisario su consentimiento para participar en el dictamen, tal y como lo afirma el profesor Oscar García:

“Las partes, eventualmente pueden pedirle al juez su consentimiento con respecto a su deseo de participar en el dictamen. Rendido el dictamen, el juez lo analiza, y si encuentra que reúne todos los requisitos, da traslado a las partes”.

Así entonces el peritazgo en materia de infancia y adolescencia necesita que los profesionales psicosociales realicen con cada familia un trabajo integral de acuerdo a las necesidades de carácter físico-biológico que tiene el niño, como son los alimentos, la revisión de los lugares donde se desenvuelve su vida diaria, la motivación que tienen los padres frente la crianza y educación de los hijos, el escuchar a los menores frente a su desempeño en su vida familiar, sus sentimientos y estados emocionales demostrados en sus relaciones paterno-filiales, como también los factores externos que pueden influir en su estabilidad emocional (Asociación de Abogados Jóvenes de Texas, 2009).

En Colombia a pesar de que existen listas donde figuran los auxiliares de la justicia, es importante resaltar que con el establecimiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los profesionales que se encuentran vinculados a instituciones dentro del sistema, cumplen funciones de peritos sociales y pueden emitir los correpondientes dictámenes periciales, bien sea, para los Juzgados que así lo soliciten, como a las Comisarias y Defensorías de Familia.

Como ejemplo, se puede ilustrar el siguiente peritazgo realizado dentro de un proceso penal por el delito de abuso sexual:

“Yo utilizo una entrevista estructurada que me permite evaluar lo que el niño reporta, entonces inicio haciendo un proceso de empatía con el niño. Luego

para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso”.

de haber logrado eso, hago un genograma, que es como un árbol genealógico para que el niño me describa su composición familiar, y luego, hago un mapa de camas, que me permite en mucho de los casos que yo valoro, evaluar el tipo de riesgo que está corriendo ese niño y los que comparten la casa con él. Explico con detenimiento la técnica de los dibujos del cuerpo, la de los muñecos, la de la descripción del cuerpo, etc.” (Sentencia Corte Constitucional, T 078 de 2010).

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DICTÁMENES PERICIALES

Las Sentencias de la Corte Constitucional han permitido valorar las pruebas aportadas por los equipos psicosociales en procesos administrativos de restablecimiento de derechos adelantados bien sea en las Defensorías de Familia o en las Comisarias de Familia.

A continuación se destacan algunas sentencias con las respectivas valoraciones realizadas por los psicólogos y trabajadores sociales inclusive estando vigente el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) y la Ley 1098 de 2006. Estas sentencias fueran tenidas en cuenta porque las diferentes Cortes en forma clara y contundente le están dando valor probatorio a los dictámenes emitidos por Trabajadores Sociales y Psicólogos en procesos penales donde niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos, como también en aquellos procesos en los cuales hay necesidad de definir situaciones de carácter familiares; prácticamente la importancia de las intervenciones de estos profesionales vienen dándose desde el 2006 con el Código de Infancia y Adolescencia al darles el reconocimiento como verdaderas pruebas periciales.

Se referencia en un cuadro algunas sentencias donde en forma clara la Corte valoró la importancia de estas pruebas en los procesos de infancia y adolescencia y familia:

SENTENCIA	CONSIDERACIÓN
Sentencia de tutela 442 de 1994	Con respecto al Estudio Social realizado por el ICBF en un proceso acumulado de custodia, se consideró: “sería contraproducente tratar de obligar al menor a que viva con sus progenitores biológicos, quienes no se han preocupado realmente porque su hijo los vea como padres, mientras que con sus tías existe un arraigo afectivo y la separación de este medio desestabilizaría al menor”.

SENTENCIA	CONSIDERACIÓN
Sentencia de tutela 357 de 2002	<p>Con respecto a la valoración psicológica en una adopción de pareja de avanzada edad:</p> <p>“Los conceptos psicológicos afirman que la gran diferencia de edad entre los posibles adoptantes y el eventual adoptado puede generar graves problemas en el desarrollo psicomotriz del niño e incluso le impondría a éste cargas que no son propias de su edad, como por ejemplo cuidar a sus padres enfermos cuando él aun sea un adolescente”.</p>
Sentencia de tutela 1028 de 2008	<p>Con respecto a un Informe Social de I.C.B.F en un caso de maltrato infantil:</p> <p>“que la menor continúe bajo la medida de restablecimiento de sus derechos, en un hogar sustituto, ante la falta de interés de la madre biológica para asumir la custodia de su hija”</p>
Sentencia de tutela 671 de 2010	<p>Con respecto a la valoración psicológica en una declaratoria de adoptabilidad:</p> <p>“Esta prueba no fue puesta en conocimiento de los interesados para que estos pudieran debatir, y en este punto el despacho acoge los argumentos de la Procuraduría de Familia, en el sentido de que la evaluación y concepto, debió dársele el trámite de un dictamen pericial y habérsele corrido traslado a las partes para que dentro del término lo hubieran podido objetar, aclarar o complementar, conforme las reglas del procedimiento civil.”</p>
Sentencia de tutela 090 de 2010	<p>Con respecto a una visita domiciliaria frente a un rescate y allanamiento donde pelagra la vida y la integridad de un niño:</p> <p>“Se constató la situación de riesgo y pésimas condiciones en que se encuentra el niño, sus padres son abandonantes, negligentes y mantienen en la calle, sin preocuparse por el niño. La Corte sostiene que antes de efectuarse un rescate y allanamiento debe valorarse a través de una prueba sumaria la existencia y peligro en que se encuentra un menor con la finalidad exclusiva de protegerlo”.</p>

SENTENCIA	CONSIDERACIÓN
Sentencia de tutela 078 de 2010	<p>Con respecto a la Valoración Psicológica en un Abuso Sexual de un niño donde se solicitó aclaración, y/o adición del dictamen:</p> <p>“El diagnóstico del abuso sexual infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación”</p>
Sentencia de tutela 557 de 2011	<p>Con respecto a un proceso de custodia y cuidados personales:</p> <p>“El juzgado decidió la custodia y cuidado personal de los niños, con fundamento en el dictamen psicológico en el que quedó registrada la descripción efectuada por la niña de la conducta del padrastro”</p>
Sentencia de tutela 502 de 2011	<p>Con respecto una medida de restablecimiento de derechos, donde se ordena la práctica de pruebas psicosociales para:</p> <p>“determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente”.</p>
Sentencia de tutela 580 A de 2011.	<p>Con respecto a un proceso administrativo de restablecimiento de Derechos:</p> <p>“El ejercicio de la actuación administrativa adelantada por la defensora de familia para el restablecimiento de los derechos de la niña Lorena, no ha sido respetuosa del derecho de defensa y contradicción y del debido proceso en tanto que el deber de citación, notificación y traslado de la actuación no se ha sujetado a los procedimientos señalados en la Constitución Política y en el Código de la Infancia y la Adolescencia”.</p>

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Fruto de la investigación se llegaron a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El “interés superior del menor” es guía de aplicación de la normativa relacionada con niños, niñas y adolescentes y constituye el pilar fundamental de la intervención estatal a través de las autoridades; por lo tanto se tienen que respetar las garantías procesales, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.
2. El derecho internacional contemporáneo y la Ley 1098 de 2006 (Código de infancia y adolescencia) constituyen instrumentos ineludibles para los operadores jurídicos y los miembros de los equipos técnicos de las Defensorías y Comisarías de familia; no se debe olvidar que se trabaja con seres humanos en permanente desarrollo, sujetos de derechos prevalentes y de atención prioritaria, en constante interacción con el medio social.
3. Tanto los operadores jurídicos como los equipos interdisciplinarios deben conocer y distinguir cuando realmente es un dictamen pericial, y no mezclar otras intervenciones que si bien son importantes dentro del desarrollo de la Ley 1098 de 2006 no se les aplica la normatividad específica del peritazgo.
4. Los equipos técnicos conformados mínimo por psicólogos, trabajadores sociales y nutricionistas, por ser expertos en aspectos familiares, son orientadores para identificar estados de inobservancia, amenaza y vulneración de derechos; están llamados a producir conocimiento en contextos particulares que permita a los operadores jurídicos producir los fallos, previa valoración de las pruebas aportadas a la investigación.
5. Los artículos 79 Inc. 3 y 100 par 1 de la ley 1098 de 2006 establecen que los conceptos de cualquiera de los integrantes de los equipos técnicos de las comisarias y defensorías de familia tienen el carácter de dictamen pericial; otorgan obligaciones y responsabilidades a los psicólogos, trabajadores sociales y nutricionistas, en consecuencia están impedidos y pueden ser recusables por las mismas causales aplicables a los jueces, defensores y comisarios de familia, contempladas en el art 235 del C.P.C.
6. La sentencia de tutela 090 de 2010 al analizar la medida de allanamiento y rescate de un niño, expedida por el defensor de familia con una prueba sumaria –visita domiciliaria - avaló este procedimiento (allanamiento y rescate) como ajustado al artículo 106 de la ley 1098 de 2006, para evitar un peligro grave contra la vida e integridad del niño.
7. La sentencia de tutela 078 de 2010 al emitir un fallo por el delito de “actos sexuales abusivos cometidos en menor de 14 años” –hija de 3 años y 8 meses- valoró las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, dándole gran importancia a la valoración psicológica de la niña, resaltando entonces el trabajo interdisciplinar realizado como esencial en la protección integral de la menor.

8. En el proceso numero 32868 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, se resalta la credibilidad que se le debe dar al testimonio de los niños, rendido ante psicólogos expertos y de gran profesionalismo, al permitirles a estos (los niños) contar su historia con sus palabras, gestos, términos y juegos propios de su edad; procurando evitar el profesional, a través de su intervención, falsas acusaciones en un caso de abuso sexual.

9. En el proceso numero 30612 de 2010 la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, señala: ... “Todos los profesionales que valoraron a ... rindieron su testimonio en calidad de peritos” dio la Corte credibilidad a las valoraciones realizadas por los psicólogos, dilucidando un acontecimiento delictivo –abuso sexual- por hechos suministrados por la niña y su señora madre en las diferentes etapas del proceso.

10. Los fines que inspiran la normativa aplicada a niños, niñas y adolescentes van enmarcados dentro del debido proceso, las garantías procesales y el control jurisdiccional a los actos de las autoridades administrativas, con el fin de dar un tratamiento preferencial de estricto cumplimiento y acatamiento.

11. Los conceptos del equipo interdisciplinario, son respuesta a un problema jurídico que tiene que ver con regulaciones sociales donde es necesaria la intervención de saberes especializados que no obliga a los operadores jurídicos, pero si le suministran aportes trascendentales al momento de producir un fallo y en consecuencia deben ser tenidos en cuenta como lo señala el art 15 de la ley 1098 de 2006.

12. Los dictámenes periciales deben empezar a tener importancia dada su trascendencia en el campo jurídico; por lo tanto se hace necesario capacitar constantemente a todos los involucrados en el tema de infancia, adolescencia y familia, tanto en aspectos probatorios como procesales.

13. Los conceptos emitidos por el equipo interdisciplinario de las comisarias y defensorías de familia tienen el carácter de dictamen pericial; por lo tanto se hace necesario darles el tratamiento contemplado en los respectivos códigos de procedimiento civil y penal; la vulneración de los derechos fundamentales de las partes en las actuaciones administrativas y judiciales puede conllevar la respectiva nulidad del proceso.

14. Es importante que el equipo interdisciplinario, tal y como lo preceptúa el artículo 79 deba estar completo para realizar la prueba pericial, por lo menos con los funcionarios: trabajador social, psicólogo y nutricionista. Además los elementos que deben ser incluidos en el dictamen deben ser recolectados de manera individual por dichos profesionales teniendo en cuenta la aplicación de sus técnicas y metodología de trabajo de acuerdo a su campo del saber.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN DE ABOGADOS JÓVENES DE TEXAS. (2009). Recuperado el 15 de Enero de 2013, de www.texasbar.com/Template.cfm?Section:Home&CONTENTID:11845&TE
- AMPARO Urrea, L. E. (2010). *Pruebas Psicosociales en Infancia, Adolescencia y Familia*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- AZULA Camacho, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: Temis.
- BISIG, M. (1989). *Abandono de menores , un enfoque jurídico- sociológico* . Buenos Aires: Cordoba.
- BOLIVAR ROA, Sergio Andres; Urrea Giradlo, Amparo. (2008). *Análisis teórico jurídico de la prueba pericial psicológica en dos procesos de familia del Juzgado Cuarto de Familia de la Ciudad de Medellín*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- CARRERA ACOSTA, B. (1996). *Teoría General del Proceso y de la Prueba*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- FAMILIAR, I. C. (2009). Foro Subregiones Antioquia: Implementación y regulación de la ley de la infancia y la adolescencia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Medellín, Antioquia, Colombia.
- FERNÁNDEZ CLERIGO, L. (1996). *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. Mexico: Hispano Americana.
- GONZALEZ CONTRO, M. (2006). *Derechos, necesidades y justicia penal para adolescentes: Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes*. Mexico: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, Mexico-Unión Europea.
- MARTINEZ LÓPEZ, A. (1987). Primer Encuentro Nacional de Jueces de Menores. Bogotá.
- MARTINEZ LOPEZ, A. (1994). *Código del Menor y Jurisprudencia de Familia*. Bogotá: Librería del Profesional.
- MENDEZ, E. G. (1997). *Derechos de Infancia-Adolescencia en America Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Ibagué: Ediciones Forum Pacis.
- PIANETTA, P. L. (2007). *Derecho de Familia, Derecho de Menores y de Juventud*. Bogotá: ABC.
- SERRANO, A. (1997). El sujeto como objeto de las ciencias sociales . *Necesidad y Libertad*, 98.
- SIERRA RINCÓN, N. (1996). *Procesos ante los jueces de familia, civiles y promiscuos municipales*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- TEJEIRO LÓPEZ, C. (2005). *Teoría General de niñez y adolescencia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Legislación

Congreso de Colombia, Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 por la cual expide el Código de Infancia y de Adolescencia.

Congreso de la República, Ley 906 de 2004 por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

Congreso de la República, Ley 83 de 1946

Congreso de la República, Ley 75 de 1968

Congreso de la República, Ley 1564 de 2012.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991.

Sentencia

Sentencia Corte Constitucional, T 442 de 1994

Sentencia Corte Constitucional, T 357 de 2002

Sentencia Corte Constitucional, T 1028 de 2008

Sentencia Corte Constitucional, T 671 de 2010

Sentencia Corte Constitucional, T 090 de 2010

Sentencia Corte Constitucional, T 078 de 2010

Sentencia Corte Constitucional, T 557 de 2011

Sentencia Corte Constitucional, T 557 de 2011

Sentencia Corte Constitucional, T 502 de 2011

Sentencia Corte Constitucional, T 580 A de 2011.

Sentencia Corte Constitucional, T 260 de 2012.