Sentencia C-452/20

TESTIMONIO DE MENORES DE SIETE AÑOS EN PROCESO DISCIPLINARIO-Inexequibilidad

(…) en relación con el cargo formulado contra la expresión “que tengan más de siete años”, contenida respectivamente en el inciso segundo (parcial) del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y en el inciso segundo (parcial) del artículo 164 del Código General Disciplinario, la Sala considera que en efecto dicha expresión viola el derecho fundamental y prevalente de los niños y niñas a ser escuchados en los procedimientos judiciales y administrativos relacionados con asuntos que los afecten, y a que la expresión libre de su opinión en tales escenarios sea tenida en cuenta, al privar a los menores de siete años de la facultad de rendir testimonio en los procedimientos disciplinarios, ya sea como meros testigos o en calidad de sujetos procesales en razón de su condición de víctimas de las faltas disciplinarias que los habilitan para ello.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

Para que exista aptitud sustantiva de la demanda, se deben estructurar los cargos de inconstitucionalidad de manera que satisfagan los requisitos exigidos en el artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 1991, de conformidad con el cual deberán señalar: (i) las disposiciones acusadas de inconstitucionales; (ii) las normas constitucionales que se consideran violadas; (iii) las razones por las cuales las disposiciones acusadas se consideran inconstitucionales; (iv) el trámite quebrantado, en caso de que se alegue un vicio de procedimiento en la formación de las disposiciones demandadas; y (v) la razón por la cual la Corte es competente.

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-Incumplimiento de requisitos de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia en los cargos

VICTIMAS EN DERECHO DISCIPLINARIO-No existencia como regla general/VICTIMAS DE FALTA DISCIPLINARIA-Existencia excepcional

VICTIMAS DE FALTA DISCIPLINARIA QUE DESCONOCE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Calidad en que intervienen/VICTIMAS DE FALTA DISCIPLINARIA QUE DESCONOCE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Sujetos procesales

PROCESO DISCIPLINARIO-Sujetos procesales

PROCESO DISCIPLINARIO-Pruebas

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA INEFICAZ-No conlleva a fallo inhibitorio

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha indicado a este propósito que la edad de los niños y niñas no puede ser tenida como criterio para evaluar su madurez a efectos de ejercer este derecho.

DERECHOS DE LOS NIÑOS E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Instrumentos internacionales/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Instrumentos internacionales que reconocen los derechos de los niños

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-En función de la edad y del grado de madurez

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OIDOS EN PROCESOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS-Contenido

En este sentido, los niños y niñas deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren o no ejercer su derecho a ser escuchados y, si deciden hacerlo, deben recibir toda la información y el asesoramiento necesario para que su decisión favorezca su interés superior. “Libremente” significa también que no pueden ser manipulados ni estar sujetos a influencias o presiones indebidas, razón por la que debe tenerse en cuenta su situación individual y social y un entorno en que se sientan respetados y seguros cuando expresen libremente sus opiniones.

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS-Protección constitucional e internacional

Referencia:

Expedientes D-13569 y D-13570 AC.

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 194 de la Ley 1862 de 2017 y 164 de la Ley 1952 de 2019

Diego Humberto Rendón Gómez

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 241-4 de la Constitución Política y agotado el procedimiento1 previsto en el Decreto Ley 2067 de 19912,

decide sobre las demandas presentadas por el ciudadano Diego Humberto Rendón Gómez en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 40-6 de la Constitución, contra los artículos 194 (parcial) de la Ley 1862 de 20173 y 164 (parcial) de la Ley 1952 de 20194, cuyos textos son del siguiente tenor:

I. DISPOSICIONES DEMANDADAS

“LEY 1862 DE 2017

(agosto 4)

Diario Oficial No. 50.315 de 4 de agosto de 2017

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

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA: (…)

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."

"LEY 1952 DE 2019

(enero 28)

Diario Oficial No. 50.850 de 28 de enero de 2019

Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA: (…)

TESTIMONIO.

ARTÍCULO 164. 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 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".

I. LAS DEMANDAS

En las demandas acumuladas se formularon dos cargos de inconstitucionalidad, a saber:

2.1. Cargo formulado contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar (D-13569)

El accionante sostiene que el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar

vulnera, por un lado, el artículo 29 superior porque permite que la autoridad disciplinaria intervenga en el interrogatorio del menor de edad para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa, lo cual contradice (i) el inciso segundo del mismo artículo porque "sin excepción alguna establece la discrecionalidad que tiene la autoridad disciplinaria de interrogar al menor cuando bien le parezca" para así "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"; y (ii) "las formas propias en que debe ser practicado su testimonio", establecidas en el segundo inciso del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 "[p]or la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", en el sentido de que "[e]xcepcionalmente, 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".

Por otro lado, argumenta que la disposición demandada también vulnera el artículo 44 superior y la Convención sobre los Derechos del Niño5 (en adelante, CDN) 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"; en ese entendido, "[n]ada 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".

2.2. Cargo formulado contra el inciso segundo (parcial) del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y el inciso segundo (parcial) del artículo 164 del Código General Disciplinario (D-13569 y D-13570)

El accionante indica que la expresión “[l]os menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio”, contenida respectivamente en el inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y en el inciso segundo del artículo 164 del Código General Disciplinario, vulnera los artículos 44 superior y 12 de la CDN porque impide que los niños y niñas menores de siete años rindan testimonio en los procedimientos disciplinarios, incluso siendo víctimas de aquellas faltas disciplinarias que los habilitarían como sujetos procesales. A su juicio, esto “viola 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 tenidas en cuenta, condición normativa discriminatoria que contraria (sic) la capacidad que se presume de todo niño de rendir su testimonio sin límites mínimos de edad (…) siendo una manera de reparar las consecuencias dañinas de la conducta” y choca “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”.

I. INTERVENCIONES

3.1. Ministerio de Defensa Nacional6

Solicita declarar la inhibición por ineptitud sustantiva de las demandas o, en su defecto, la exequibilidad de las disposiciones acusadas. Sostiene que las demandas incumplen los requisitos de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia. Y, sin realizar algún tipo de consideración sobre la imposibilidad de que los menores de siete años rindan testimonio, centra su argumentación en la protección que el sistema ofrece a los testigos mayores de siete años, quienes siempre estarán acompañados del Defensor de Familia por lo que “el impúber no quedará expuesto al arbitrio de la autoridad disciplinaria de ser requerida su participación”.

3.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar7

Solicita declarar la exequibilidad condicionada de las disposiciones demandadas “en el entendido que la expresión ‘los menores de edad que tengan más de 7 años podrán rendir testimonio’ no excluye la participación en estas diligencias de los menores de 7 años; y que el aparte ‘[L]a 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’ (i) es excepcional; (ii) no excluye el acompañamiento de un profesional idóneo al menor de edad en el desarrollo de la diligencia, como los Defensores de familia y, cuando a ello hay lugar, de sus representantes legales; (iii) debe observar los principios constitucionales de la prevalencia de sus derechos fundamentales sobre los derechos de los demás y el del interés superior del niño/a; y que (iv) toda entrevista que se adelante a un niño, niña o adolescente dentro de un proceso judicial, debe regirse por las normas del Código de Infancia y Adolescencia, para el caso específico el artículo 194 de la Ley 1098 del 2006, que establece los límites de las autoridades para llevar a cabo la diligencia de interrogatorio de un niño, niña o adolescente”.

En efecto, considera que el principio del interés superior de los menores de edad “es puente de realización de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, pues se aplica en contextos concretos de protección de manera relacional y real”. Es así como el artículo 12 de la CDN y la Observación General Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño se refieren al derecho de los niños y niñas a ser escuchados y expresar su opinión libremente. A nivel interno, lo anterior se ve reflejado en varias disposiciones legales, entre ellas, los artículos 26 y 105 del Código de Infancia y Adolescencia, y agrega que el contenido de este derecho también ha sido objeto de análisis de la Corte Constitucional. Todos coinciden en que “la edad no resulta un factor clave a la hora de ejercer por parte de los niños y niñas la garantía de ser escuchados, pues el argumento central resulta ser la madurez que este tenga, la capacidad de formarse un juicio propio con los elementos de contexto que pueda percibir y que (…) resulta necesario examinar caso a caso esta situación, de cara a garantizar los derechos de los niños/as en virtud del principio de interés superior

del menor de edad”.

Así, la intervención de niños y niñas como testigos no supone en sí misma protección o vulneración de sus derechos, por cuanto lo que se exige es que, atendiendo su interés superior, se garantice el acompañamiento de un profesional idóneo. Al respecto indica que el artículo 150 del Código de Infancia y Adolescencia establece las formas que deben seguirse para citarlos como testigos, y el artículo 193 de la misma normativa, las formas cuando sean ellos mismos víctimas de la conducta investigada.

3.3. Universidad de los Andes8

En concepto técnico allegado al proceso, explica que con base en el artículo 3.1 de la CDN, y las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (aprobadas por la ONU mediante Resolución Nro. 2005/20), la edad no debería ser obstáculo para el reconocimiento de “la capacidad de los niños para intervenir como testigos en procesos judiciales (…) [lo que supone] la observancia de reglas especiales derivadas precisamente de esa especial protección de la que gozan”. Lo anterior, por cuanto el único límite aceptable para su participación, con independencia de la jurisdicción de la que se trate, es su propia seguridad y tranquilidad en tanto su derecho a la integridad personal prevalece sobre el derecho de los demás.

En consecuencia, “el límite de siete (7) años para la intervención de un niño o niña como testigo en procesos judiciales o administrativos, supone una restricción a sus derechos, teniendo en cuenta que, por una parte, los cohíbe de pronunciarse acerca de aspectos que pueden resultar vitales trascendentales para su vida o entorno y, por la otra, les impide poner de presente acontecimientos o situaciones vividas que pueden resultar pertinentes y conducentes en el marco del proceso administrativo o judicial que se adelante”. En todo caso, el testimonio rendido por un menor de edad habrá de valorarse en conjunto con los

otros medios probatorios que reposen en el expediente.

3.4. Pontificia Universidad Javeriana9

Solicita declarar la inexequibilidad del aparte “que tengan más de siete años”, contenido en el inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar, e inhibirse frente a la pretensión formulada por el accionante frente al contenido del inciso tercero del mismo artículo.

Sostiene, por un lado, que “dado que las personas mayores de edad tienen el derecho a ser escuchadas en los procesos disciplinarios que se adelantan en contra de los miembros de las Fuerzas Militares, con más razón, el principio de la “prevalencia del interés del menor” demanda que los menores de siete (7) años de edad, no solo tengan esa misma posibilidad, sino además, que se adelanten acciones adicionales para lograr dicha participación, y que la misma se haga asegurando la protección de todos sus derechos fundamentales”. Y, por otro, expone que los argumentos esgrimidos contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar carecen de certeza, dado que su contenido “no tiene la vocación de consagrar una excepción de las medidas de protección previstas en el inciso anterior -no solo porque no corresponde a la redacción formulada por el Legislador-, sino porque además, se trataría de una interpretación que arrojaría un significado a la norma contrario a postulados constitucionales que ordenan proteger de manera especial a los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales y administrativos en los que deban intervenir”, y de pertinencia, en tanto el accionante asume que el Código de Infancia y Adolescencia es parámetro de constitucionalidad.

3.5. Universidad Externado de Colombia10

Solicita declarar la inexequibilidad de las disposiciones demandadas. Al efecto, recuerda las razones por las cuales el legislador suprimió cualquier tipo de limitación relacionada con la edad del testigo en la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, ya que “los niños y niñas de hoy en día son personas que gozan de gran información desde muy temprana edad y por lo tanto desarrollan muy pronto competencias y estructuras mentales que les permiten rápidamente diferenciar entre sus fantasías infantiles y lo que observan en la realidad”.

Concluyen que, en consecuencia, los menores de siete años pueden ser testigos siempre que se les garantice participar en presencia del Defensor de Familia y, de ser necesario, de un psicólogo.

Solicitan declarar la inexequibilidad de las disposiciones demandadas. Advierten que el artículo 12 de la CDN “reconoce el derecho del menor a expresar su opinión y a ser oído en todo procedimiento judicial y administrativo que lo afecte sin restricción por razón de su edad”, lo que además fue desarrollado en la Observación General Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño.

Explican que, a nivel interno, “diferentes normas establecen la necesidad de recaudar la declaración del niño por el Defensor o el Comisario de Familia o en otras condiciones especiales (ver, entre otros, los artículos 383 del Código de Procedimiento Penal y 150 de la Ley 1098 de 2006) (…) [además de que] precisamente por eso el artículo 210 del CGP derogó la limitación que el artículo 215 No. 1 del CPC traía en el sentido de conceder habilidad para testimoniar únicamente a los mayores de doce años”. Así las cosas, el límite de edad contenido en las disposiciones demandadas resulta discriminatorio y restrictivo de los derechos de los niños y niñas, lo que no es óbice para que el funcionario valore el testimonio rendido por el menor de edad en conjunto con los demás medios de prueba.

Ahora bien, con respecto a la intervención de la autoridad disciplinaria en el interrogatorio rendido por un menor de edad, sostuvieron que “debe realizarse de manera indirecta, con medidas especiales, es decir mediante el Defensor o Comisario de Familia o de un psicólogo que obtenga dichas precisiones y claridades sin afectación para el infante o adolescente, aunque al mismo tiempo respetuosa de las garantías del debido proceso y del derecho a la contradicción de la prueba que tiene el disciplinado”.

3.7. Oscar Mauricio Molina y Cristian Javier Vélez12

Dicen coadyuvar las demandas pero lo que realmente pretenden es que se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas no porque el límite de siete años pueda resultar discriminatorio, sino porque ni siquiera los mayores de siete años “cumple[n] con las garantías del desarrollo integral del menor, por considerar que se vulnera la integridad emocional, y física a (sic) a un menor mayor de 7 años de edad a rendir testimonio, toda vez, que el menor no tiene la madurez para comprender lo solicitado por las normas demandadas”.

3.8. Intervenciones extemporáneas

Vencido el término al que se refiere el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, el Ministerio del Interior allegó su intervención13, solicitando declarar la inhibición por ineptitud sustantiva de las demandas o, en su defecto, la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante concepto Nro. 6703 de 5 de febrero de 202014, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte declararse inhibida por ineptitud sustantiva de las demandas.

Sostiene que el cargo elevado contra el inciso segundo (parcial) del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y el inciso segundo (parcial) del artículo 164 del Código General Disciplinario no es cierto porque "parte de una premisa que no se desprende de los enunciados normativos acusados", en tanto dichos enunciados "vulneran el derecho de los niños y niñas a ser escuchados en los procesos judiciales o administrativos de los que hacen parte, a pesar de que la norma regula el deber de rendir testimonio, en sentido estricto, esto es, dar fe de hechos que por alguna razón le constan al testigo, sin que este sea parte del proceso o resulte afectado por una investigación". En su opinión, el accionante confunde el testimonio con la declaración "que tiene por objeto que una persona que es parte del mismo o una víctima entregue su versión de los hechos objeto de investigación (…) caso en el cual, sin lugar a dudas, los niños y niñas tienen derecho a ser escuchados sin límites de edad, con las garantías propias y adecuaciones necesarias para buscar la verdad sin revictimizarlos, a través de los medios idóneos para acceder a la verdad y los profesionales especializados en la materia".

Agrega que los argumentos también carecen de pertinencia ya que "el reproche formulado contra el inciso tercero del artículo 194 de la Ley 1862 de 2017 no es de naturaleza constitucional y además parte de una premisa que desconoce la integralidad de la norma. En el caso bajo análisis el demandante interpreta que la intervención de la autoridad disciplinaria en el interrogatorio del menor supone inaplicar las exigencias para la recepción de un testimonio de esta naturaleza, contenidas en la Ley 1098 de 2006 y en la misma Ley 1862 de 2017, razón por la cual se trata de argumentos en el plano legal que no son de naturaleza constitucional".

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

5.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer las demandas de inconstitucionalidad de la referencia por cuanto se dirigen contra contenidos materiales de las leyes 1862 de 2017 y 1952 de 2019.

5.2. Plan de decisión

La Sala (i) se declarará inhibida respecto del cargo formulado contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar por ineptitud sustantiva de la demanda; y (ii) declarará inexequible la expresión “que tengan más de siete años”, contenida en el inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y en el inciso segundo del artículo 164 del Código General Disciplinario.

Al efecto, reiterará la jurisprudencia sobre los requisitos generales de los cargos de inconstitucionalidad (5.3) y explicará las razones por las que, de un lado, el cargo contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar los incumple (5.4) y, de otro, el cargo formulado contra la expresión “que tengan más de siete años”, contenida respectivamente en el inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y el inciso segundo del artículo 164 del Código General Disciplinario, los cumple (5.5). Posteriormente, la Sala analizará el contenido y alcance del derecho de los niños y niñas a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta (5.7) para, finalmente, abordar el caso en concreto y declarar la inexequibilidad anunciada (5.8).

5.3. Requisitos generales de los cargos de inconstitucionalidad. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 241 de la Constitución Política establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de su integridad y supremacía y, en los numerales 4 y 5, le atribuye la función de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Esta Corporación, con fundamento en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha indicado que los cargos de inconstitucionalidad contra una ley se someten a exigencias de tipo formal y material, con la finalidad de garantizar la formulación de un verdadero problema de constitucionalidad que permita adelantar una discusión a partir de la confrontación del contenido verificable de una disposición legal con el enunciado de un mandato superior.

En reiterada jurisprudencia constitucional se ha señalado que la competencia para ejercer control de constitucionalidad sobre disposiciones demandadas está atada al cumplimiento de dos presupuestos básicos e insustituibles: (i) que la demanda ciudadana reúna los requisitos mínimos señalados en el artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 199115; y (ii) que las disposiciones sometidas a control estén vigentes o que, si no lo están, produzcan efectos o tengan vocación de producirlos16.

En consecuencia, para que exista aptitud sustantiva de la demanda, se deben estructurar los cargos de inconstitucionalidad de manera que satisfagan los requisitos exigidos en el artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 1991, de conformidad con el cual deberán señalar: (i) las disposiciones acusadas de inconstitucionales; (ii) las normas constitucionales que se consideran violadas; (iii) las razones por las cuales las disposiciones acusadas se consideran inconstitucionales; (iv) el trámite quebrantado, en caso de que se alegue un vicio de

procedimiento en la formación de las disposiciones demandadas; y (v) la razón por la cual la Corte es competente.

Particularmente, respecto del requisito consistente en expresar las razones por las cuales las disposiciones demandadas se consideran inconstitucionales, esta Corte ha dicho que supone elaborar correctamente el concepto de la violación. Según la jurisprudencia constitucional el concepto de la violación es formulado adecuadamente cuando, además de (i) determinar las disposiciones que se demandan como inconstitucionales (transcripción literal o inclusión por cualquier medio) y (ii) señalar las normas constitucionales que se consideran vulneradas, (iii) se formula por lo menos un cargo de inconstitucionalidad con la exposición de las razones o motivos por los cuales se considera que las normas constitucionales señaladas han sido infringidas.

En relación con este último requisito, la jurisprudencia ha expresado que se le impone al ciudadano "una carga de contenido material y no simplemente formal", en el sentido de que no basta que el cargo formulado contra las disposiciones legales se estructure a partir de cualquier tipo de razones o motivos, sino que se requiere que las razones invocadas sean "claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes"17. Únicamente con el cumplimiento de estas exigencias le será posible al juez constitucional realizar la confrontación de las disposiciones impugnadas contra el texto superior.

Si las demandas incumplen cualquiera de los requisitos antes mencionados, la Corte deberá declararse inhibida, de manera que se deje abierta la posibilidad de que se vuelva a cuestionar la correspondencia entre las disposiciones acusadas y la Constitución.

Como ya se dijo, en el presente caso las demandas fueron admitidas en aplicación del

principio pro actione, con base en el cual, “cuando se presente duda en relación con el cumplimiento [de los requisitos de la demanda] se resuelva a favor del accionante”19 de manera que, en análisis posterior, se decida sobre su cumplimiento.

5.4. Ineptitud del cargo formulado contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar

Para la Sala, el cargo formulado contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar referido a la supuesta violación de los artículos 29 y 44 superiores, así como de la CDN, carece de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

El cargo no satisface la exigencia de certeza porque se basa en una lectura aislada y subjetiva del inciso atacado. El accionante interpreta que la disposición permite que el testimonio del menor se practique “en el recinto donde se lleva a cabo la audiencia” y deja “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”. Esto no es cierto y el accionante, inclusive, lo reconoce al señalar que tal lectura contradice el inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar20 que dispone, primero, que la diligencia sólo podrá ser recibida por el Defensor de Familia y, segundo, que la misma tendrá lugar en su despacho o a través de audio y video cuando las circunstancias así lo determinen. Una lectura sistemática arroja que la disposición atacada no faculta que el testimonio se practique en la sala de audiencias y tampoco que sea recibido por la autoridad disciplinaria, más bien adiciona que esta última podrá intervenir en el testimonio para unos fines específicos. La Sala, por tanto, estima que el inciso demandado no exceptúa las medidas de protección previstas en el inciso que lo antecede.

El cargo también carece de especificidad porque, en vez de demostrar por qué la intervención de la autoridad disciplinaria en el testimonio del menor es contraria al debido

proceso o a los derechos prevalentes de los menores, se limita a atacar aplicaciones derivadas de la lectura subjetiva del inciso atacado. Así, el accionante asume que la autoridad disciplinaria está facultada para “relegar para cuando bien le parezca la labor del Defensor de Familia para que él sea quien haga el interrogatorio” y, con base en esto, plantea que podrá “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”. De la misma manera, critica que un militar -en tanto autoridad disciplinaria- sea quien reciba el testimonio del menor dada la imposibilidad para “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?”. La Sala considera que estos argumentos se adscriben a aplicaciones sesgadas del inciso que desconocen su tenor literal y las garantías que por vía sistemática deben integrarse a su entendimiento. Al efecto, la Sala destaca, primero, que la intervención de la autoridad disciplinaria no deriva en “relegar” la función del Defensor de Familia -en tanto es el receptor del testimonio y el único que debe dirigirlo- y, segundo, no implica que la autoridad disciplinaria pueda interrogar con discrecionalidad absoluta al menor, o contra su voluntad o intereses.

Para la Sala el cargo carece de pertinencia pues el accionante funda su argumento sobre el desconocimiento de las garantías del debido proceso aplicables a los testimonios de menores, en el artículo 150 del Código de Infancia y Adolescencia21. Esta última disposición no tiene la jerarquía normativa necesaria para servir de parámetro de constitucionalidad y todos los argumentos del accionante, si bien mencionan de forma esporádica la violación de los artículos 29 y 44 superiores y de la CDN -sin mencionar frente a esta última el artículo vulnerado-, en realidad se centran en contrastar el inciso atacado con la precitada disposición legal. En consecuencia, la Sala echa de menos argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y estima, finalmente, que la evidente naturaleza legal del reproche, sumada a la lectura fragmentada sobre la cual se estructura y los cuestionamientos orientados, más que todo, a rebatir aplicaciones subjetivas de la disposición demandada, tornan el cargo insuficiente para despertar, siquiera, una duda mínima sobre su constitucionalidad. En esa medida, la Sala se declarará inhibida para pronunciarse de fondo sobre el cargo formulado contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar, por ineptitud sustantiva de la demanda.

5.5. Aptitud del cargo formulado contra el inciso segundo (parcial) del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y contra el inciso segundo (parcial) del artículo 164 del Código General Disciplinario

La Sala encuentra que el cargo contra la expresión "[l]os menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio", contenida tanto en el inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar como en el inciso segundo del artículo 164 del Código General Disciplinario, es apto y permite su estudio de fondo.

En primer lugar, porque el cargo satisface las exigencias mínimas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. Es claro porque sigue un hilo conductor que permite comprender que el reproche va dirigido contra la regla según la cual sólo los menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio en los procedimientos disciplinarios regidos por el Código Disciplinario Militar y por el Código General Disciplinario, excluyendo a los menores de 7 años, incluso en los casos en que ostenten la calidad de sujetos procesales en tanto víctimas de ciertas conductas de connotación disciplinaria.

Es cierto porque aduce que las expresiones atacadas impiden que dichos menores rindan testimonio, sea ya en su condición de meros testigos o de sujetos procesales dada su calidad de víctimas de ciertas faltas disciplinarias. Sobre este último punto, la Sala se aparta del concepto del Procurador General de la Nación en el que sostiene que "las disposiciones acusadas regulan un estándar de protección del niño en el marco del testimonio, que es diferente al estándar aplicable cuando concurre a un proceso como víctima" por cuanto en los procedimientos regulados por ambos códigos la prueba que "tiene por objeto que una persona que es parte del mismo o una víctima entregue su versión de los hechos objeto de investigación" es la "declaración" y no el testimonio, pues éste "tiene como propósito dar fe sobre hechos en un proceso del que no se es parte ni víctima". Y que, debido a que las

expresiones demandadas se limitan a regular la prueba testimonial -la cual se practica sobre un tercero-, no impiden que las víctimas menores de siete años aporten su versión de los hechos, pues al ser sujetos procesales pueden hacerlo a través de una “declaración”, prueba que, para su práctica, no está sujeta a limitaciones de edad.

Esta Corporación ha entendido que “si bien la regla general indica que en el derecho disciplinario no existen víctimas por cuanto las faltas remiten a infracciones de deberes funcionales y no a lesiones de derechos, de manera excepcional puede hablarse de víctimas de una falta disciplinaria cuando de la infracción del deber que la constituye surge, de manera inescindible y directa, la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario”22, caso en el cual “tienen un derecho a la verdad y a la justicia disciplinarias pues la afirmación de su dignidad, el reconocimiento y realización de sus derechos y, por esa vía, la promoción de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo, no se circunscriben únicamente al ejercicio del poder punitivo del Estado sino que se extiende a todas las esferas de la vida pública y privada y, desde luego, también al ejercicio de la potestad estatal disciplinaria”23 . Tal derecho se materializa mediante la intervención de las víctimas en el procedimiento disciplinario. La calidad en la que pueden intervenir, según la jurisprudencia constitucional, es en la de “verdaderos sujetos procesales” y “no como simples terceros”24. Esto, debido a que “son personas legitimadas para acceder al proceso dado que son los titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia inescindible y directa de la infracción del deber implícita en la falta disciplinaria. Esta condición, convierte a las víctimas o a los perjudicados en portadores de un interés directo en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y en la realización de la justicia disciplinaria”25, con el fin de que “se esclarezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico ámbito de control esas faltas no queden en la impunidad”26.

Al respecto, el artículo 148 del Código Disciplinario Militar le otorga la calidad de sujeto procesal a la “persona que individual o colectivamente haya sufrido daño directo como consecuencia de un hecho de connotación disciplinaria por conductas configurativas de

infracciones al Derecho Internacional Humanitario”27, y el artículo 109 del Código General Disciplinario establece que también son sujetos procesales las “víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como de acoso laboral”28. En estos supuestos, “el fundamento de la imputación disciplinaria sigue siendo la infracción del deber funcional del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas. Es decir, la índole del ilícito disciplinario se mantiene. Lo que ocurre es que, a diferencia de lo que sucede con la generalidad de las faltas disciplinarias, en aquellas la infracción del deber plantea, de manera directa, la vulneración de derechos fundamentales. Es decir, esas faltas conducen a un agregado valorativo que, sin mutar la naturaleza de la imputación disciplinaria, lesionan derechos humanos y colocan a su titular en una situación calificada respecto de aquella en que se encuentra cualquier ciudadano interesado en el ejercicio del control disciplinario”29. Asimismo, el artículo 150 del Código Disciplinario Militar indica los derechos de las víctimas e incluye el derecho a ser oído y a rendir testimonio, y el artículo 110 del Código General Disciplinario incluye la facultad de designar apoderado con el fin de ser debidamente representado durante el procedimiento, aportar pruebas y controvertir las que reposen en el expediente.

En ese contexto, la Sala se aparta del análisis del Procurador General de la Nación por dos razones principales. La primera, porque se trata de una interpretación que no tiene en cuenta la naturaleza de los procedimientos disciplinarios. La segunda porque, al afirmar que la “declaración” es el único medio probatorio que faculta a las partes a rendir la versión de los hechos que les constan, se basa en un inexistente vacío normativo que pretende solucionar mediante la remisión a las normas procesales generales.

En efecto, el criterio subjetivo con base en el cual el Procurador diferencia la “declaración” del “testimonio” se limita a indicar que la primera se practica sobre un sujeto procesal y el segundo sobre un tercero. Con ello desconoce la naturaleza de los procedimientos disciplinarios en los que, a diferencia de lo que ocurre usualmente en materia procesal general, no existen dos partes entre las que se deba resolver un conflicto. El procedimiento disciplinario se surte entre el Estado y el investigado, en tanto “el contenido de injusticia de

la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable", por lo cual "la imputación disciplinaria no precisa de la vulneración de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto o como la producción de un resultado materialmente antijurídico"30. Ello, de hecho, se funda en las mismas razones por las cuales se excluyen, por regla general la intervención de las víctimas en tales procedimientos, ya que "en estricto sentido, (…) no exist[e] una persona afectada con la comisión de la ilicitud disciplinaria y (…) no [es] posible legitimar a una persona para que intervenga en el proceso planteando un interés directo y alentando unas pretensiones específicas"31 e, inclusive, es lo que soporta que, en los casos en los que excepcionalmente se admite su intervención como sujetos procesales, "no pueden pretender el reconocimiento del derecho a la reparación pues esta pretensión no está ligada directamente a la infracción del deber funcional que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que está vinculada con el daño causado al bien jurídico de que aquellas son titulares. Y bien se sabe que la protección de tales bienes jurídicos y la reparación del daño a ellos causado es inherente a la jurisdicción y escapa a la órbita del derecho disciplinario"32. Así las cosas, dada su naturaleza, en los procedimientos disciplinarios la declaración de parte no tiene cabida a efectos de que las víctimas, como sujetos procesales, puedan rendir su versión de los hechos.

El Código Disciplinario Militar y el Código General Disciplinario consagran el principio de libertad probatoria33 y establecen que la práctica de pruebas no previstas en sus disposiciones se hará "de conformidad con las disposiciones legales que los consagren o autoricen, de acuerdo con la naturaleza del derecho disciplinario y respetando siempre los derechos fundamentales"34 en el caso del primero, y "de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales"35, en lo que respecta al segundo. En estos códigos la libertad probatoria se articula, entonces, con las cláusulas de remisión para permitir y, al mismo tiempo, someter a condiciones la práctica de pruebas que carecen de específica regulación. Ninguno de estos compendios regula la "declaración" como medio de prueba autónomo. Así, al sostener que las víctimas intervendrán en los procesos disciplinarios mediante "declaración", el Ministerio Público supone la existencia de un vacío normativo36, no obstante lo cual, a pesar de que debieran hacerlo, las regulaciones no contienen ninguna solución normativa para los casos en que las víctimas, en tanto sujetos

procesales, pretendan rendir su versión de los hechos. Sin embargo, ambos códigos prevén que los sujetos procesales soliciten y aporten pruebas37 y, entre ellas, regulan el testimonio como medio probatorio autónomo38. Incluso, el artículo 150.2 del Código Disciplinario Militar consagra el derecho de las víctimas de aquellas faltas disciplinarias que las habilitan como sujetos procesales a "ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas durante la indagación preliminar" y, a ese propósito, el numeral séptimo del mismo artículo establece que "[e]l testimonio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad"39 (negrilla fuera del texto original).

De esto resulta que los menores de siete años, cuando sean víctimas de aquellas faltas disciplinarias que los habilitan como sujetos procesales, no puedan rendir su versión de los hechos a través del testimonio, pues las expresiones demandadas los privan de tal facultad. En este entendido, la lectura que el accionante ofrece de las disposiciones es cierta.

El cargo es también específico porque demuestra cómo, según el accionante, las expresiones demandadas vulneran "el derecho fundamental que tiene todo niño y niña de ser escuchado y su opinión tenida en cuenta en toda actuación judicial y administrativa". Es pertinente dado que recurre a argumentos de estricta constitucionalidad en tanto confronta las expresiones acusadas contra disposiciones de la Constitución Política (artículo 44 superior), y del bloque de constitucionalidad (artículo 12 de la CDN) y, por último, es suficiente porque las justificaciones en las cuales se soporta generan una duda acerca de la constitucionalidad de las expresiones sujetas a control.

En segundo lugar, lo que soporta la aptitud del cargo es que, en lo concerniente al inciso segundo (parcial) del artículo 194 del Código Disciplinario Miliar, se formula contra una disposición vigente. Y, en lo que respecta al inciso segundo (parcial) del artículo 164 del Código General Disciplinario, el cargo se eleva contra una disposición que, si bien no está vigente en la actualidad, sí tiene vocación de producir efectos. Esto último porque la Ley 1955 de 2019 "[p]or el (sic) cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022", en su

artículo 140, declarado exequible en Sentencia C-095 de 2020, prorrogó hasta el 1° de julio de 2021, la entrada en vigencia del Código General Disciplinario, de suerte que los efectos jurídicos de la disposición demandada empezarán a producirse a partir de una fecha futura y cierta. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que con el fin de "evitar menoscabos futuros y jurídicamente probables a la supremacía e integridad de la Constitución"40, basta que las disposiciones "tengan potencialidad de entrar en vigencia y de producir efectos jurídicos"41 para que puedan ser objeto de control de constitucionalidad. Inclusive, con ocasión del control de otra disposición contenida en el Código General Disciplinario, sostuvo lo siguiente:

"[S]i bien es cierto que la norma demandada únicamente entrará a regir el 1 de julio de 2021, esta circunstancia no excluye que la Corte Constitucional tenga competencia para juzgar su constitucionalidad, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, porque, aunque se trata de una norma cuya vigencia se encuentra latente, la misma entrará a regir. Se trata de una norma existente pero, por el momento, ineficaz. Teniendo en cuenta que el juicio de constitucionalidad recae sobre la validez de la norma legal y no sobre su eficacia, proferir una sentencia inhibitoria significaría desconocer la competencia atribuida a esta Corte por el artículo 241 de la Constitución. (…) Por otra parte, juzgar la constitucionalidad de normas sancionadas, que entrarán a regir en el futuro, no constituye un control preventivo o cautelar, porque no recae sobre proyectos de Ley o de Acto Legislativo, el que constitucionalmente sólo procede en materia de las objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad y de los proyectos de leyes estatutarias (artículo 241, n. 8 de la Constitución), ni un control carente de objeto, considerando que se trata de verdaderas normas jurídicas de rango legal, sancionadas y promulgadas, que actualmente hacen parte del ordenamiento jurídico y, en este sentido, se encuentran sometidas al principio de supremacía constitucional, de acuerdo con el artículo 4 de la Constitución." 42

5.6. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las disposiciones objeto de control, al excluir a los niños y niñas menores de siete años de la posibilidad de rendir testimonio en los procedimientos disciplinarios regidos por el Código Disciplinario Militar y por el Código General Disciplinario, incluso en los casos en que estén habilitados a intervenir en su condición de sujetos procesales dada su calidad de víctimas, vulneran su derecho prevalente a expresar libremente su opinión en los asuntos que los afecten y a que ésta sea tenida en cuenta.

A dicho fin, repasará la normativa y la jurisprudencia sobre el alcance de este derecho (5.7) para examinar si, en sede del estudio del caso concreto (5.8), excluir a los menores de siete años de la posibilidad de rendir testimonio en los mencionados procedimientos disciplinarios es inconstitucional.

5.7. El derecho de los niños y niñas a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afecten

El derecho fundamental de los niños y niñas a la libre expresión de su opinión en todos los asuntos que los afecten y a que esta sea tenida en cuenta, se encuentra consagrado en dos disposiciones de jerarquía constitucional.

La primera, el artículo 44 superior, les concede dicho derecho de manera prevalente sobre los derechos de los demás, y asimismo establece que "[g]ozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia", y que "[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos". La segunda es el artículo 12 de la CDN que, al ser parte de un tratado internacional aprobado mediante la Ley 12 de 1991 y referirse a derechos humanos, se

entiende incorporada al bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 de la Constitución. Así lo ha precisado esta Corte, por ejemplo, en la Sentencia C-997 de 2004 cuando recordó que: “varios instrumentos internacionales que conforme al artículo 93 Superior integran el bloque de constitucionalidad y en razón a ello son parámetro para efectuar el control abstracto de constitucionalidad, contienen la obligación del Estado colombiano de brindar especial protección al menor, dentro de ellos pueden mencionarse: la Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, ratificado por Colombia el 28 de enero de 1991”, y en la Sentencia C-058 de 2018, que reiteró dicha consideración frente al artículo 12 en particular.

Al tratarse de un derecho ya consagrado en la Carta -derecho de los niños y niñas a la libre expresión de su opinión en los asuntos que los afecten-, esta disposición debe interpretarse conforme a la CDN. Lo anterior por vía del segundo inciso del artículo 93 superior, en cuanto establece que “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” y que, según la jurisprudencia de este Tribunal, “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta”43. A efectos de fundamentar tal conclusión, la Corte ha explicado que el artículo 93 superior contempla dos hipótesis normativas distintas. La primera está prevista en su primer inciso, que dispone que “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Esta hipótesis da lugar a la incorporación de “ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia”44. Y la segunda, aplicable también a este caso y prevista en el segundo inciso del artículo 93 superior ya citado, “tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia”45. En esta segunda

hipótesis, la incorporación se da mediante interpretación y ello obliga “a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte”46.

Por lo expuesto, para la Sala el parámetro de constitucionalidad aplicable al presente caso está conformado por los artículos 44 superior y 12 de la CDN, y pasará a definir el alcance del derecho con el fin de establecer si existen limitaciones frente a su ejercicio dependiendo de quien lo ejerce o de las materias de las que se ocupe. Para ello, tendrá en cuenta los pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño dada su calidad de intérprete autorizado de la CDN y de autoridad competente para examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte47.

Resulta necesario comenzar por precisar, como lo puso de presente el mencionado Comité en la Observación General No 12, que no se debe confundir el derecho de los niños y niñas a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la CDN, con el derecho a expresar libremente su opinión en los asuntos que los afecten, consagrado en el artículo 12 pues, aunque esos dos artículos están estrechamente vinculados, se refieren a derechos diferentes. Sobre el particular advirtió48:

“La libertad de expresión se relaciona con el derecho a tener y expresar opiniones y a recabar y recibir información por cualquier medio. La obligación que impone a los Estados partes es la de abstenerse de la injerencia en la expresión de esas opiniones o en el acceso a la información, protegiendo al mismo tiempo el derecho de acceso a los medios de difusión y al diálogo público. Sin embargo, el artículo 12 se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que los afectan y su derecho a participar en las

medidas y decisiones que afecten su vida. El artículo 12 impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas".

El alcance subjetivo del derecho fundamental de los niños y niñas a expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten

El artículo 44 superior, en ninguna de sus partes, limita este derecho a un ámbito de aplicación subjetivo relativo a las condiciones del menor. Esta disposición prevé, sin excepción, que todos los niños y niñas tienen derecho a la libre expresión de su opinión y, en particular, reconoce que dicho derecho se antepone al de los demás por razón de su interés superior.

La jurisprudencia constitucional ha indicado a este propósito que la edad de los niños y niñas no puede ser tenida como criterio para evaluar su madurez a efectos de ejercer este derecho. En palabras de la Corte: "la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ´madurez´ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo"49 (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 12 de la CDN consagra -desde una perspectiva general- el derecho de los niños y niñas a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, en particular, a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo relacionados con asuntos que los afecten, 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. Y, en

lo que respecta a la dimensión subjetiva del mismo, hace referencia a los niños y niñas que se encuentren en condiciones de formarse un juicio propio y a que, una vez expresada su opinión, ésta sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez.

La Sala destaca que el derecho de los niños y niñas a expresar su opinión libremente siempre "que esté[n] en condiciones de formarse un juicio propio", impone -en los términos del Comité de los Derechos del Niño- "una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible"50. A ese tenor, ha precisado que los "Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad"51. La edad, encuentra la Sala, no está considerada entonces dentro del artículo 12 como criterio para definir su ámbito de aplicación subjetivo. A ese respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha puntualizado que dicha disposición "no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan"52, por las siguientes razones:

(ii) "el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto";

(iii) "los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión (…)"; y

(iv) “los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño”53.

Ahora, en lo que concierne a la valoración de la opinión expresada por el menor, la Sala subraya que el artículo 12.1 señala dos criterios que han de tenerse en cuenta: la edad y la madurez del niño o niña.

Frente a la edad, el Comité de los Derechos del Niño ha entendido que “en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”54. Frente a la madurez, la ha definido, en este contexto, como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” y ha considerado que “[c]uanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”55.

El alcance objetivo del derecho fundamental de los niños y niñas a expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten

El artículo 44 superior tampoco limita las materias frente a las cuales los niños y niñas pueden expresar su opinión libremente. El artículo 12 de la CDN, por su parte, impone la obligación a los Estados parte de garantizar que los niños y niñas puedan expresar su opinión

en los asuntos que los afecten, en particular, en todo procedimiento judicial o administrativo relacionado con tales asuntos, 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.

El Comité de los Derechos del Niño “apoya una definición amplia del término “asuntos”, que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos “que afectan al niño”, que se añadieron para aclarar que no se pretendía un mandato político general. Sin embargo, la práctica, incluida la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones”56.

El numeral segundo del artículo 12 de la CDN, por demás, profundiza sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados en un ámbito particular: los procedimientos judiciales y administrativos. Sobre estos, el Comité de los Derechos del Niño ha precisado su extensión:

“[E]s aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje”57.

De igual forma, ha considerado que:

“[E]l derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo, denuncias de malos tratos y recursos contra la exclusión de la escuela, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción. Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño”58.

Revisados entonces los alcances subjetivos y objetivos dispuestos en la CDN acerca del ejercicio del derecho a la libre expresión de la opinión de los niños y niñas en los asuntos que los afecten, en particular, en todo procedimiento judicial o administrativo relacionado con tales asuntos, 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, la Sala considera pertinente referirse a lo establecido al efecto en el ordenamiento jurídico interno. El artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia que reconoce 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”59, y el artículo 210 del Código General del Proceso60 que derogó la limitación contemplada en el numeral primero del artículo 215 del Código de Procedimiento Civil que consideraba inhábiles para testimoniar a los menores de doce años61.

Resulta necesario señalar, finalmente, conforme a lo expuesto por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No 12, que la garantía del derecho a ser escuchados debe asegurar la plena protección de los niños y niñas a partir de una evaluación caso por caso y tomando en consideración seriamente sus opiniones a partir de que puedan ser capaces de formarse un juicio propio, lo cual excluye la aplicación de cualquier tipo de sanciones frente a eventuales inconsistencias o inexactitudes, incluidas las de tipo penal. El deber de la autoridad disciplinaria es el de valorar el testimonio en conjunto con las demás pruebas y en atención a las reglas de la sana crítica.

En este sentido, los niños y niñas deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren o no ejercer su derecho a ser escuchados y, si deciden hacerlo, deben recibir toda la información y el asesoramiento necesario para que su decisión favorezca su interés superior. “Libremente” significa también que no pueden ser manipulados ni estar sujetos a influencias o presiones indebidas, razón por la que debe tenerse en cuenta su situación individual y social y un entorno en que se sientan respetados y seguros cuando expresen libremente sus opiniones. Advierte el Comité que “No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad” y que “Los procedimientos deben garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo”, o a salir perjudicados por su participación, pues tales comportamientos no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del artículo 12.

5.8. El caso concreto

La edad fue el criterio objetivo adoptado por el legislador en las disposiciones demandadas a efectos de diferenciar entre los menores de edad que pueden o no rendir testimonio en los procesos disciplinarios, sea en calidad de meros testigos o como víctimas de aquellas faltas disciplinarias que los habilitan como sujetos procesales, al establecer que sólo los mayores de siete años tienen tal facultad. Para la Sala dicho criterio vulnera el derecho de los niños y niñas menores de siete años a ser escuchados en los procedimientos judiciales o administrativos relacionados con asuntos que los afectan, por las siguientes razones.

Primero, porque de la interpretación de los artículos 44 de la Constitución y 12 de la CDN no se deriva un límite de aplicación del derecho de los niños y niñas a ser escuchados en los procedimientos judiciales o administrativos. Si bien el artículo 12.1 de la CDN establece que tal derecho les asiste a aquellos que estén en condiciones de formarse un juicio propio, la

Sala, en línea con el Comité de los Derechos del Niño, considera que tal condición no puede evaluarse antes de que el menor exprese su opinión, ni de manera general y, menos aún, con base en su edad. Esto concuerda con la obligación correlativa al derecho de los niños y niñas a ser escuchados en los procedimientos judiciales o administrativos: que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en función de su edad y madurez. Así, la valoración sobre la condición del menor de formarse un juicio propio debe ejercerse ex post, caso a caso, y en consideración no solo de su edad sino también de su madurez, un criterio independiente que se relaciona, según la jurisprudencia de esta Corte, "con el entorno familiar, social y cultural en el que se ha desenvuelto"62. Lo anterior, resalta la Sala, no absuelve a la autoridad disciplinaria de valorar el testimonio en conjunto con las demás pruebas y en atención a las reglas de la sana crítica, todo con el fin de mejor proveer en el marco del procedimiento.

Segundo, porque las consideraciones anteriores son aplicables a los procedimientos disciplinarios. Esto, por una parte, porque tal como la Sala determinó con ocasión del estudio de aptitud del cargo, el testimonio es un medio probatorio por el cual los meros testigos y las víctimas de las faltas disciplinarias que las habilitan a actuar como sujetos procesales rinden su versión de los hechos en los procedimientos disciplinarios. Si bien en su declaración deben procurar contribuir a la reconstrucción fáctica con la mayor objetividad posible, para la Sala tal expresión implica una parcialidad inescindible63

Adicionalmente, la Sala resalta que en el caso de las víctimas de aquellas faltas disciplinarias que las habilitan a actuar como sujetos procesales en estos procedimientos, sus testimonios materializan su derecho a la verdad y a la justicia disciplinarias, por lo cual, por ejemplo, en el caso del Código Disciplinario Militar, esta prueba "debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad"64, elementos que escapan a lo material y más bien se adscriben al fuero interno del declarante.

Por ello, y ya en lo que concierne a los niños y niñas, estos procedimientos se sujetan con total claridad al ámbito de protección objetivo de su derecho a ser escuchados en los

procedimientos judiciales o administrativos relacionados con asuntos que los afecten, y a que la expresión libre de su opinión sea tenida en cuenta. Como se sostuvo anteriormente, el artículo 44 superior no limita los asuntos sobre los cuales los menores pueden expresar su opinión, y el artículo 12 de la CDN, en su numeral 2, prevé que este derecho debe protegerse, en particular, en los procedimientos judiciales y administrativos que afecten a los niños y niñas. En línea con el Comité de los Derechos del Niño y de acuerdo con el principio de maximización de la esfera protegida de los derechos, consignado para lo que aquí interesa en el artículo 41 de la CDN65, para la Sala tal ámbito debe entenderse de manera amplia y por ello debe incluir cualquier espacio en donde se imparta justicia, categoría dentro de la cual la jurisprudencia constitucional ubica los procedimientos disciplinarios66.

Tercero, porque el interés superior de los menores, consagrado en el artículo 44 superior, afianza la protección de sus derechos en el ámbito disciplinario, ya sea como meros testigos, en donde esa prevalencia se predica frente a su derecho a ser escuchados, o como víctimas de aquellas faltas disciplinarias que los habilitan a actuar como sujetos procesales, en cuyo caso, además, su interés superior integra sus derechos a la verdad y a la justicia disciplinarias. Así, dicha prevalencia implica una protección suplementaria, que no admite distinciones por razón de la edad.

De estas consideraciones la Sala concluye que privar de la facultad de rendir testimonio en los procedimientos disciplinarios a los niños y niñas menores de siete años, sean estos meros testigos o víctimas de aquellas faltas disciplinarias que los habilitan a actuar como sujetos procesales, vulnera su derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo relacionado con asuntos que los afecten, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento aplicables67.

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

La Sala encuentra, por una parte, que el cargo formulado contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar incumple los requisitos mínimos de argumentación necesarios para desplegar un examen material, razón por la que se declara inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva del cargo.

Por otra parte, en relación con el cargo formulado contra la expresión “que tengan más de siete años”, contenida respectivamente en el inciso segundo (parcial) del artículo 194 del Código Disciplinario Militar y en el inciso segundo (parcial) del artículo 164 del Código General Disciplinario, la Sala considera que en efecto dicha expresión viola el derecho fundamental y prevalente de los niños y niñas a ser escuchados en los procedimientos judiciales y administrativos relacionados con asuntos que los afecten, y a que la expresión libre de su opinión en tales escenarios sea tenida en cuenta, al privar a los menores de siete años de la facultad de rendir testimonio en los procedimientos disciplinarios, ya sea como meros testigos o en calidad de sujetos procesales en razón de su condición de víctimas de las faltas disciplinarias que los habilitan para ello. Por tanto, concluye que dicha expresión es inexequible a la luz de los artículos 44 de la Constitución Política y 12 de la CDN.

I. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con el

cargo formulado contra el inciso tercero del artículo 194 del Código Disciplinario Militar, Ley 1862 de 2017 “[p]or la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”, por ineptidud sustantiva de la demanda.

SEGUNDO. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “que tengan más de siete años”, contenida respectivamente en el inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar, Ley 1862 de 2017 “[p]or la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”, y en el inciso segundo del artículo 164 del Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019 “[p]or medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Impedimento aceptado

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (E)

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA C-452/20

A continuación, presento las razones que justifican mi aclaración de voto respecto de las consideraciones de la sentencia C-452 de 2020. Ella obedece no a un desacuerdo con el sentido general de la fundamentación de la sentencia -que comparto- sino a la relevancia que, en el asunto abordado por la Sala Plena, tenía el principio de proporcionalidad. En efecto, se juzgaba una regla legal -conforme a la cual las personas menores de siete años no podrían rendir su testimonio en procesos disciplinarios- que restringía el derecho de los niños y niñas, derivado del artículo 44 de la Constitución, a "ser oídos" y a que "sus opiniones sean valoradas". El desarrollo de un juicio de proporcionalidad hacía posible evidenciar con precisión los extremos del debate y, al mismo tiempo, complementar los argumentos en los que encontraba fundamento la decisión de la Corte.

1. A pesar de que el criterio elegido por el legislador para establecer la restricción correspondía a una categoría "no sospechosa" o "neutra" dado que la condición de ser "menor de edad" no constituye un rasgo permanente68, era claro que la regla examinada (i) afectaba el goce del derecho constitucional fundamental de los menores de siete años a ser escuchados y a que sus opiniones se valoren. Igualmente (ii) impactaba negativamente la consecución de algunos de los fines del proceso disciplinario, dado que la prohibición de

intervención reducía -en algún grado- las posibilidades de obtener la verdad. Tales circunstancias permitían afirmar que el margen de acción disponible para el legislador se encontraba significativamente condicionado y, en esa dirección, la norma demandada debía examinarse a partir de un juicio de intensidad estricta.

2. Con fundamento en esa conclusión inicial, la Corte ha debido preguntarse si la restricción del derecho de los niños perseguía una finalidad constitucionalmente imperiosa. Era factible sugerir dos tipos de objetivos. Primero, proteger al menor de edad debido a que su participación en el proceso disciplinario puede ser traumática o conducir a una revictimización (Fin 1-art. 44 de la Constitución). Y segundo, asegurar el cumplimiento de los objetivos del proceso debido a que la "inmadurez" intelectual de los menores de siete años podría afectar la construcción de la verdad en la actuación disciplinaria (Fin 2 -art. 29 de la Constitución). Tales objetivos tienen un valor destacado, debido a que la protección del menor y la búsqueda de la verdad cuentan con un apoyo constitucional indiscutible en las disposiciones antes referidas.

3. Procedía entonces, a continuación, examinar si la medida acusada era efectivamente conducente para alcanzar esos propósitos. Respecto del primero de los fines podía concluirse que, en efecto, contribuía a su realización puesto que eliminaba cualquier riesgo de afectación del desarrollo integral de los niños y las niñas. Ahora bien, desde la perspectiva del segundo propósito era claro que la medida no superaba dicho requisito debido a la ausencia de razones para sostener, con un alto nivel de seguridad, que impedir su participación mejoraría las posibilidades de alcanzar los objetivos del proceso disciplinario. De hecho, una participación controlada y debidamente valorada en cada caso, haría posible aproximarse con mayor éxito a la verdad.

5. La conclusión anterior, plenamente coincidente con la decisión de la sentencia, evidenciaba la inconstitucionalidad de la medida. En todo caso, de aceptarse -en gracia de discusión- que la medida fuera necesaria, la ponderación de los intereses constitucionales en juego evidenciaba que una prohibición absoluta no superaba el examen de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, con esa medida y sin que existiera un interés cierto que pudiera justificarla -según ello se desprendía de las conclusiones que derivaban de los exámenes de efectiva conducencia y necesidad- se suprimía absolutamente la posibilidad de participación de los niños y niñas menores de edad en asuntos respecto de los cuales su

intervención podía tener un interés superlativo.

6. En apoyo de ello y aunque se trata de contextos que no son equivalentes, es relevante advertir que, refiriéndose a los procesos penales, la Corte ha señalado que "la decisión garantista de prescindir del testimonio en protección del menor, genera (…) un déficit probatorio dentro del proceso, sobre todo ante la importancia que en ciertos casos puede revestir el testimonio de los menores cuando, siendo las posibles víctimas, resultan ser la fuente directa para la construcción de los presupuestos fácticos"69. En esa dirección ha sostenido, aludiendo a los casos de investigaciones por delitos sexuales, que "[l]a 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"70.

7. Estimo necesario destacar, finalmente, que a esta aclaración subyace una idea fundamental según la cual -y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional- los menores de edad son titulares de derechos y constituyen, como ha dicho la Corte en el pasado "una libertad y autonomía en desarrollo"71. Por ello, la introducción de restricciones intensas a la posibilidad de los niños y niñas para participar en las diferentes actuaciones judiciales y administrativas debe juzgarse con detalle y, en este caso, la proporcionalidad hubiera contribuido en esa dirección.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que, sin perder claridad, hubieran fortalecido la fundamentación de la sentencia C-452 de 2020.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 Consta en el expediente que el ciudadano Diego Humberto Rendón Gómez presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 194 (parcial) de la Ley 1862 de 2017, "[p]or la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar" (expediente D-13569). En escrito separado, demandó el artículo 164 (parcial) de la Ley 1952 de 2019 "[p]or medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario" (expediente D-13570). En sesión del 5 de noviembre de 2019, la Sala Plena resolvió acumular las mencionadas demandas, y posteriormente, mediante Auto del 22 de noviembre del mismo año, el magistrado sustanciador las admitió en aplicación del principio pro actione. En el mismo proveído dispuso (i) fijar en lista; (ii) comunicar el inicio del proceso al Procurador General de la Nación para lo de su competencia; (iii) comunicar el inicio del proceso al Presidente del Congreso de la República y, con fundamento en el inciso segundo del artículo 11 del Decreto Ley 2067 de 1991, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio del Interior y al Departamento Administrativo de la Función Pública; y (iv) a efectos de rendir concepto, invitar a diferentes entidades públicas y privadas, organismos internacionales, expertos en la materia, y a las facultades de derecho de varias universidades con el fin de resolver las siguientes preguntas: ¿El límite de siete años de edad para la intervención como testigos en procesos judiciales supone una protección a los niños, niñas y adolescentes o una restricción a sus derechos? ¿Debería limitarse la intervención de la autoridad disciplinaria en el interrogatorio de un menor de edad? Tratándose de casos en los que intervenga la autoridad disciplinaria militar, ¿deben aplicarse criterios especiales? ¿Cómo se mide, entonces, el interés del testigo? ¿Cuál es el valor probatorio del testimonio rendido por un menor de edad en procesos judiciales y administrativos?

2 Mediante el cual se regula el “régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”, conforme a las disposiciones señaladas en el artículo 242 de la Constitución.

3 “[p]or la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar”.

4 “[p]or medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”

5 Aprobada mediante la Ley 12 de 1991 “[p]or medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989″.

6 Folio 111. Intervención radicada el 18 de diciembre de 2019.

7 Folio 90. Intervención radicada el 18 de diciembre de 2019.

8 Folio 70. Concepto radicado el 13 de diciembre de 2019 y suscrito por Ángela María Yepes en su calidad de directora del consultorio jurídico.

9 Folio 102. Intervención radicada el 18 de diciembre de 2019.

10 Folio 106. Intervención radicada el 18 de diciembre de 2019.

11 Folio 80. Intervención radicada el 16 de diciembre de 2019 en sus propios nombres y en representación del Instituto Colombiano Derecho Procesal.

12 Folio 73. Intervención radicada el 16 de diciembre de 2019.

13 Folio 118. Intervención presentada el 19 de diciembre de 2019.

14 Folio 159. Concepto radicado el 6 de febrero de 2020.

15 Corte Constitucional, Sentencias C-055 de 2010 y C-634 de 1996.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2016.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001.

18 Corte Constitucional, Sentencias C-1052 de 2001, C-856 de 2005 y C-220 de 2019.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-048 de 2004.

20 El inciso segundo del artículo 194 del Código Disciplinario Militar dispone: “[l]os 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”.

21 El artículo 150 del Código de Infancia y Adolescencia dispone lo siguiente: “[l]os 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.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente”.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004.

23 Ídem.

24 Ídem.

25 Ídem.

26 Ídem.

27 El artículo 148 del Código Disciplinario Militar dispone lo siguiente: “[e]n los procesos disciplinarios solamente pueden actuar el investigado y su defensor.

Cuando existan pretensiones contradictorias entre el investigado y su defensor, prevalecerán las del defensor.

La víctima será sujeto procesal en los términos previstos en esta ley, entendiéndose por víctima, la persona que individual o colectivamente haya sufrido daño directo como consecuencia de un hecho de connotación disciplinaria por conductas configurativas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario.”

28 El artículo 109 del Código General Disciplinario dispone lo siguiente:“[p]odrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quienes hagan sus veces, o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política. Esta misma condición la ostentarán las víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como de acoso laboral.

En ejercicio del poder de supervigilancia administrativa y cuando no se ejerza el poder preferente por la Procuraduría General de la Nación, esta podrá intervenir en calidad de sujeto procesal”.

29 Ídem.

31 Ídem.

32 Ídem.

33 El artículo 181 del Código Disciplinario Militar dispone que “[e]l hecho y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”, y el artículo 150 del Código General Disciplinario establece que “[l]a falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”.

34 Artículo 179 del Código Disciplinario Militar.

35 Artículo 149 del Código General Disciplinario.

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 2019, Exp. 39304, En esta providencia, el Consejo de Estado especificó lo siguiente sobre el vacío normativo: “[s]obre la distinción entre << lagunas normativas y conductas no reguladas>> la doctrina ha dicho que <<sería ciertamente extraño pensar que toda conducta no regulada constituye una laguna normativa. >> y agrega que << un sistema tiene una laguna cuando no contiene ninguna solución normativa para un cierto caso, a pesar de que debería contener una solución>>”.

37 Artículo 150 del Código Disciplinario Militar y 110 del Código General Disciplinario.

38 Artículos 194 y ss. del Código Disciplinario Militar y 164 y ss. del Código General Disciplinario.

39 El artículo 150 del Código Disciplinario Militar dispone lo siguiente: “[s]on derechos de la víctima los siguientes: (…) 2. A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas durante la indagación preliminar. El testimonio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad”.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2016.

41 Ídem.

42 Corte Constitucional, Sentencia C-495 de 2019

43 Corte Constitucional, Sentencias T-1319 de 2001 y C-405 de 2005. En las Sentencias C-327 de 2016, C-093 de 2018 y SU-146 de 2020, la Corte ha reiterado, inclusive, que, en

aplicación del principio pro persona, todos los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

44 Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001.

45 Ídem.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001.

47 El artículo 43.1 de la CDN dispone sobre el particular: “[c]on la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan”.

48 Observación 81, página 20.

49 Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2011.

50 Observación general Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño, 2009.

51Ídem.

52Ídem.

53Ídem.

54Ídem.

55Ídem.

56Ídem.

57Ídem.

58Ídem.

59El artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia dispone lo siguiente: “[l]os 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."

60 El artículo 210 del Código General del Proceso, derogado en su inciso primero por el artículo 61 de la Ley 1996 de 2019, dispone lo siguiente: "[s]on inhábiles para testimoniar en un proceso determinado quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones sicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La tacha por inhabilidad deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella. El juez resolverá en la audiencia, y si encuentra probada la causal se abstendrá de recibir la declaración".

61 El numeral primero del artículo 215 del Código de Procedimiento Civil disponía lo siguiente: "[s]on inhábiles para testimoniar en un todo proceso:1. Los menores de doce años".

62 Corte Constitucional, Sentencia T-844 de 2011.

63 Tal subjetividad implica que en los asuntos que afecten a los niños y niñas, el testimonio materializa la expresión de su opinión, definida por esta Corte en Sentencia T-244 de 2018 como "un juicio valorativo acerca de algo o alguien, y su materialización necesariamente implica el pensamiento o la elaboración de ideas a partir de una serie de estímulos externos. Este concepto se entiende entonces como una especie o una consecuencia del pensamiento. De esta manera, ambos conceptos, esto es, pensamiento y opinión, están íntimamente relacionados al coincidir en que son procesos individuales caracterizados por la subjetividad, aunque pueden confluir en ellos elementos objetivos. Se nutren de la capacidad que tienen

los individuos de producir ideas objetivas y subjetivas acerca de todo aquello que lo rodea o de sí mismo".

64 Código Disciplinario Militar, artículo 150.

65El artículo 41 de la CDN dispone lo siguiente: "[n]ada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

66 Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004, en la que especificó: "[l]a Corte se inclina por esta última interpretación pues el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado plantea un espacio en el que también se imparte justicia. Esto es así por cuanto se trata de un escenario en el que se imputa la comisión de conductas que han sido tipificadas como faltas y para las que se han previsto sanciones y de allí por qué, en la actuación que se promueve para que se demuestren aquellas y se impongan estas últimas, deban respetarse los contenidos del debido proceso. Claro, existen espacios de ejercicio del poder disciplinario que en estricto sentido no hacen parte de la rama jurisdiccional del poder público, como ocurre con aquellos que pertenecen a la administración o incluso a los particulares que ejercen esa potestad por delegación. No obstante, aún en tales supuestos, las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia. Si esto es así, en el ámbito del poder disciplinario existe también una legítima pretensión estatal orientada a la aplicación de la ley sustancial y, en caso que la falta imputada haya afectado a terceros, éstos pueden invocar sus derechos".

67 En los términos del artículo 12 de la CDN.

68 Sobre la naturaleza de la edad como criterio de distinción puede consultarse la sentencia C-093 de 2001. Igualmente, resulta muy relevante la sentencia C-115 de 2017 en la que la Corte se ocupó de sintetizar los diferentes pronunciamientos respecto del empleo de la edad como criterio de comparación.

69 Sentencia T-116 de 2017.

70 Sentencia T-078 de 2010.

71 Sentencia SU-642 de 1998.