Bogotá D.C., 5 de diciembre de 2019

Doctores

**LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**

**ALBERTO ROJAS RÍOS**

Sala de Selección Número Doce

**CORTE CONSTITUCIONAL**

Bogotá

**Referencia**: **INSISTENCIA**. Expediente de Tutela No. **T-7678682**. Acción de Tutela de Adriana Marcela Gutiérrez Castañeda contra la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y Juzgado Noveno de Familia de Bogotá.

Honorables Magistrados:

En mi condición de Procurador General de la Nación y en ejercicio de la atribución contenida en el numeral 12 del artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000, así como en el artículo 51 del Acuerdo 05 de 1992 de la Corte Constitucional, presento insistencia para la selección del expediente de tutela de la referencia, con fundamento en lo siguiente:

1. **ANTECEDENTES**

Dentro de los hechos que originaron el amparo contra las citadas autoridades jurisdiccionales se resaltan los siguientes:

* 1. Los señores **DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY** y **ADRIANA MARCELA GUTIERREZ CASTAÑEDA** contrajeron matrimonio católico en la parroquia del Espíritu Santo de la ciudad de Girardot, el día 22 de enero de 2005. De esta unión nacieron **MAG** y **DAG**, los días 28 de febrero de 2007 y 27 de febrero de 2008, respectivamente, en la ciudad de Boston, Estado de Massachusetts, Estados Unidos de Norteamérica.
	2. Se ha informado que el 12 de octubre de 2009, en el club Peñalisa de la ciudad de Girardot, **MAG** reveló a su progenitora **ADRIANA GUTIERREZ CASTAÑEDA**, en presencia de terceros como la niñera **LILI ESTHER AYALA LANDEROS**, que su padre le habría manipulado con el dedo la cavidad anal, dicho con sus palabras.
	3. El 26 de noviembre de 2015, la señora **ADRIANA MARCELA GUTIERREZ CASTAÑEDA** presentó denuncia penal en contra de **DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY** por los hechos de presunto abuso sexual en perjuicio de su hija **MAG**. La investigación correspondió a la Fiscalía 227 Seccional Unidad de Delitos Sexuales.
	4. El 28 de marzo de 2016, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar declaró en situación de vulneración los derechos de las niñas **MAG** y **DAG**, asignando su guarda y cuidado a la madre.
	5. Previa solicitud de preclusión de la investigación penal por parte del Fiscal 227 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales de Bogotá, el 29 de noviembre de 2018 el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito **negó** la solicitud de preclusión, decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, ordenando en consecuencia que el proceso penal por presunto abuso sexual contra **DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY** debería continuar.
	6. El 26 de septiembre de 2016, la señora **ADRIANA MARCELA GUTIERREZ CASTAÑEDA** presentó demanda de Privación de Patria Potestad contra el padre de las niñas, con fundamento en las causales 1ª y 3ª del artículo 315 del Código Civil, la cual correspondió al Juzgado Noveno de Familia.
	7. En fallo expedido el 19 de abril de 2018 el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá negó la privación de la patria potestad de **DANIEL ELIAS ALJURE**. No obstante el Procurador Judicial asignado a la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá sustentó la necesidad de revocar esta decisión y ordenar la privación de la patria potestad, esta corporación judicial confirmó la decisión el 3 de mayo de 2019.
	8. La señora **ADRIANA GUTIERREZ CASTAÑEDA** presentó acción de tutela contra los fallos del Juzgado Noveno de Familia y de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, a través de los cuales se negó la privación de la patria potestad de **DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY** por los hechos de presunto abuso sexual en perjuicio de su hija **MAG ALJURE GUTIERREZ** con fundamento en la causal 3ª del artículo 315 del Código Civil.
1. **SENTENCIA DE TUTELA**
	1. Por conducto de apoderada la progenitora de las niñas presentó acción de tutela en contra de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y contra el Juzgado Noveno de la misma ciudad, en virtud a las sentencias proferidas al interior del proceso de privación de la patria potestad contra **DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY**, con las que los administradores de justicia resolvieron mantener la patria potestad argumentando la falta de certeza del abuso sexual de que fue víctima **MAG** con lo cual desatendieron no solo la versión de la propia niña sino el reiterativo maltrato de su progenitor.
	2. Señala la accionante que no correspondía al Tribunal crear un esquema de intervención paterno – filial sin ningún soporte científico en el que no cupo ni se tuvo en cuenta la opinión de la niña a costa de su vida y salud mental, pretendiéndose la reconstrucción de la familia bajo la figura del progenitor-agresor y la destrucción de la imagen materna. Bajo ese marco de circunstancias se solicita el restablecimiento de los derechos fundamentales de la niña a ser protegida contra toda forma de violencia física, moral y abuso sexual, y a no ser discriminada, revictimizada, señalada y responsabilizada.
	3. En sentencia expedida el 5 de septiembre de 2019 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado **ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**, negó la protección constitucional invocada por la progenitora de la niña víctima del presunto abuso sexual, argumentando la ausencia de “*evidencia clara que demuestre la comisión de la conducta por la cual se acusa al demandado*”[[1]](#footnote-1).
2. **FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE SELECCIÓN**

El artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta, exige la configuración de una de dos condiciones para justificar la revisión de la acción de tutela por parte de la Corte Constitucional a saber, cuando se considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o cuando se pretenda evitar un perjuicio grave bajo la necesidad de proteger un derecho fundamental.

En el presente caso, considera la Procuraduría General de la Nación que bien pueden configurarse los dos presupuestos para fundamentar la necesidad de revisar el fallo de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, suscrito el 5 de septiembre de 2019, con el que se negaron las pretensiones de la progenitora de las niñas **MAG** y **DAG**, con miras a dejar sin efecto los fallos del Juzgado Noveno de Familia de Bogotá y de la Sala de Familia del Tribunal Superior de la misma ciudad, dentro del proceso de privación de la patria potestad contra **DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY** por hechos de presunto abuso sexual en perjuicio de la primera.

Es prolija la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en punto al derecho fundamental del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, desarrollado no sólo en el canon 44 de la Carta, y en el artículo 8º del Código de la Infancia y Adolescencia, sino en tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia como la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en los artículos 3º, 9º y 18º.

Todo parece indicar que los principios de interes superior y de protección integral a favor de niños, niñas y adolescentes podrían haber sido pretermitidos con las decisiones judiciales que se censuran por vía del amparo, pues la Procuraduría ha advertido en los diferentes escenarios de intervención, tanto en materia penal como de familia, que el testimonio de la niña **MAG** no ha sido atendido, tenido en cuenta ni ponderado, no solo en punto a los presuntos hechos de abuso sexual sobre los que ha señalado en diversos medios y oportunidades a su progenitor sino sobre su interés de mantenerse alejada del presunto agresor, frente a los adversos sentimientos que ha edificado en su contra por lo que ella misma ha ilustrado como actos de presión y hostigamiento.

**MAG** ha narrado los hechos de presunto abuso sexual sobre los que habría sido sometida por su progenitor cuando se hallaba en su primera infancia, no solo a su madre y a las personas que se han encargado de su cuidado, sino ante diversas autoridades administrativas y ante distintos profesionales de la medicina que desde la fecha de los hechos la han venido interviniendo no solo desde el punto de vista forense sino terapéuticamente. No obstante, las autoridades judiciales han descartado su testimonio.

La niña narró los hechos de presunto abuso sexual por parte de su progenitor a una serie de profesionales de la salud, valga decir, a la médica del Hospital Simón Bolívar **ANGELA PATRICIA MURCIA BALLESTEROS**; a las psicólogas **MARIA PAOLA FRANCESCHI SUESCUN** y **CLEMENCIA RAMÍREZ**; al psiquiatra **FERNANDO JIOVANY ARIAS** y a la psiqiuatra del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses **CLAUDIA PARRA**.

**MAG** no solo trasmitió esos graves incidentes a los citados profesionales de la medicina y en diversos escenarios, también lo manifestó en la intimidad de su hogar a su progenitora **ADRIANA GUTIERREZ CASTAÑEDA** y a su abuela materna **ATHALA CASTAÑEDA**, así como a sus niñeras **LISVED ALFONSO ALVARADO**, **QUIMERLIS PALENCIA TORRES** y **LILI ESTHER AYALA LANDEROS**, personas que fueron interrogadas judicialmente, y sus testimonios no solo hicieron parte del proceso penal por el presunto delito de abuso sexual en contra de su progenitor, sino al interior del proceso de privación de la patria potestad, por el cual se implora el presente amparo.

Por esta razón es importante tener en cuenta que en desarrollo de la audiencia llevada a cabo el pasado 28 de junio de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en virtud a la apelación contra el auto a través del cual el juez penal de conocimiento se abstuvo de precluir la investigación por el presunto delito de abuso sexual en menor de 14 años contra **DANIEL ELÍAS ALJURE ECHEVERRY**, esa Corporación sustentó la determinación en una serie de hechos y circunstancias que no pueden ser desconocidos por los operadores judiciales, como la reiterativa versión de la niña acerca de los hechos de presunto abuso sexual por parte de su progenitor, la carta que ella misma escribió, sus dibujos ante la profesional **MARIA PAOLA FRANCESCHI SUESCÚN** en la terapia de valoración inicial e incluso lo recreado con juguetes ese mismo año de 2009. Aunque la Sala Penal en la citada determinación no descarta que los informes de los profesionales puedan ser controvertibles, considera tajantemente que **no lo son** “...*las formas de comunicación de la menor ajustadas a su edad, mientras su mamá la esperaba afuera del consultorio.*..”[[2]](#footnote-2)

No es menos grave el trato desigual que las distintas jurisdicciones han dado a los hechos de presunto abuso sexual en perjuicio de la niña, pues en tanto la jurisdicción penal privilegia el relato de la infante para impulsar el proceso penal bajo la convicción de que los hechos sí existieron, con los mismos elementos probatorios la jurisdicción de familia considere que no hay evidencia clara que demuestre la comisión de la conducta y que contra su voluntad pretenda forzarla a reconstruir una relación con el presunto agresor.

Lo anterior, sin dejar de un lado el grado de hostigamiento y/o presión al que presuntamente el progenitor ha sometido a la infante para tratar de deslegitimar su relato sobre los hechos denunciados, pues al decir de la misma niña “...*mi papá me hizo decir que yo fui la culpable y que fue mentiras para llamar la atención, eso fue lo que me hizo decir, y lo peor es que me estaba grabando*”[[3]](#footnote-3), lo cual también constituye un grave acto de revictimización que no puede pasar inadvertido.

Así las cosas, para la Procuraduría resulta de la mayor importancia que la Honorable Corte Constitucional revise la Sentencia de Tutela de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con la que se desconocieron claros principios fundamentales a favor de niños, niñas y adolescentes, no solo del resorte del derecho interno sino del derecho internacional, en punto al derecho de los niños a ser escuchados y sus opiniones a ser tenidas en cuenta en función a su edad y madurez, consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.[[4]](#footnote-4)

La selección de la presente acción de tutela se erige en una oportunidad para que la H. Corte Constitucional aclare y precise el derecho fundamental de los niños a que sus expresiones no solo sean escuchadas sino tenidas en cuenta tal y como lo prescribe la citada norma internacional en precepto que ha gozado no sólo de un amplio desarrollo normativo sino jurisprudencial, especialmente en casos tan sensibles como cuando han sido objeto de abuso sexual por parte de uno de sus progenitores, parientes o miembros de su familia extensa.

Sobre este aspecto en la Sentencia T 808 de 2006 la Corte Constitucional señaló que las “*autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requiere su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos*.”

En sentencia T – 843 de 2011, en referencia a casos de violencia sexual contra niños y niñas, la Corte instó a las autoridades judiciales encargadas de adelantar las respectivas investigaciones y juicios penales a actuar con la debida diligencia, especialmente a *“(i) adelantar la investigación de manera oportuna y dentro de un plazo razonable; (ii) no tomar decisiones discriminatorias basadas en estereotipos de género; (iii) brindar a las víctimas oportunidades para ser oídas y participar dentro del proceso, así como tomar en cuenta sus opiniones y reclamos*…”

Cuando la víctima es un menor de 18 años, en la misma Sentencia anterior, la Corte dispuso que “…*los funcionarios judiciales deben (i) armonizar los derechos de los presuntos agresores con los derechos de los niños, por ejemplo, aplicando el principio de in dubio pro reo en última instancia después de una investigación seria y exhaustiva; (ii) minimizar los efectos adversos sobre los niños que se derivan de su participación en el proceso, por ejemplo, a través de apoyo interdisciplinario; (iii) dar prioridad a los casos y resolverlos con celeridad; (iv) tratar a los niños con consideración teniendo en cuenta su nivel de madurez y su situación de indefensión como víctimas; (v) permitir que los niños en todas las etapas sean acompañados y asistidos por personas de su confianza; (vi) informar a los niños y a sus representantes sobre las finalidades, desarrollo y resultados del proceso, resolver todas sus inquietudes al respecto y orientarlos sobre la forma como pueden ejercer sus derechos al interior del proceso; (vii) informar al Ministerio Público para que pueda velar por los intereses de los niños; y (viii) acudir el principio pro infans como criterio hermenéutico.*”

Lo anterior fundamenta la solicitud que eleva la Procuraduría en su condición de promotora de la irrestricta garantía de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, para que en el proceso de revisión de la presente acción constitucional la H. Corte marque un derrotero que pondere los derechos a la presunción de inocencia del presunto infractor y de interés superior y protección integral de los niños en situaciones como la que ha padecido **MAG**, con miras a no exponer a graves y previsibles riesgos a seres humanos en evidente desprotección y desventaja.

Permitan estos argumentos sustentar la insistencia en la revisión de la tutela, no sólo para ampliar el alcance del derecho de los niños a que sus opiniones y expresiones sean tenidas en cuenta en función a su edad y madurez, sino a privilegiar sus derechos a la protección integral y al interes superior, en controversia con otros derechos fundamentales, como el derecho a la presunción de inocencia del presunto agresor.

1. **SUBSIDIARIDAD**

En materia del requisito de subsidiaridad para la prosperidad de la acción de tutela al que hace referencia el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Reglamentario 2591 de 1991, considera la Procuraduría General de la Nación que no se advierten otros medios o recursos judiciales para impedir el perjuicio que se creó con las sentencias judiciales censuradas, al forzar a la niña **MAG** a mantener encuentros y visitas con el presunto agresor sexual, pues al desatarse el recurso de alzada contra el fallo del Juzgado Noveno de Familia se agotó la vía ordinaria en relación con el principio de la doble instancia.

Adicionalmente a lo anterior, y en materia extraordinaria, se considera que el requisito de subsidiaridad también se encuentra agotado en virtud al contenido del artículo 224 del Código General del Proceso, que no enlista el proceso de Privación de la Patria Potestad en aquellos por cuya naturaleza hacen procedente el recurso extraordinario de casación, determinación que adoptó la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá cuando la parte demandante intentó esa vía extraordinaria para dejar sin efecto el fallo judicial.

Cordialmente,

**FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**

Procurador General de la Nación

Proyectó:

Revisó:

Aprobó:

1. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1001-02-03-000-2019-02478-00. Pág. 8. Bogotá, 5/09/2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. Audiencia de segunda instancia dentro del expediente de presunto abuso sexual en menor de catorce años contra DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY. Bogotá, 28/06/2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. Juzgado Noveno de Familia de Bogotá. Proceso de Privación de la Patria Potestad contra DANIEL ELIAS ALJURE ECHEVERRY. Carpeta Uno Folio 115. [↑](#footnote-ref-3)
4. Convención de los Derechos del Niño. Art. 12. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. [↑](#footnote-ref-4)