

RESUMEN DE SENTENCIA ORAL CONTENIDA EN AUDIO QUE SE PUEDE VERIFICAR EN EL DESPACHO DE ORIGEN

NÚMERO DE RADICADO: 05001 31100 03 2017-00445 01 Providencia: 2018 165

TEMA: **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. Prima el interés superior del menor ante la eventual ilegalidad del traslado del menor.** Ante la prueba acerca de la integración por parte del menor a su nuevo medio social y familiar, se torna evidente que ordenar en este momento el retorno del niño, sería arriesgarlo a la exposición de una situación intolerable, al forzarlo asumir el cambio abrupto del país que actualmente considera como el lugar en el que se encuentra su centro de vida.

PONENTE: DRA. LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA

FECHA: 06/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

“(…) se decide si el traslado del menor (…) fue ilícito, en tal caso habrá de constatarse si se presenta alguna de las causales de excepción a que alude la ley 173 de 1994 para no ordenar la restitución del menor.

(…) Colombia aprobó mediante la ley 173 de 1994 el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito en la Haya el 25 octubre de 1980, el cual está orientado a proteger a los niños en el plano internacional contra los efectos dañinos de un traslado o no regreso ilícitos y a fijar procedimientos con el fin de garantizar el regreso inmediato del niño en el Estado donde reside habitualmente, así como de garantizar la protección del derecho de visitas. (...) De conformidad con el literal a) del artículo 3 de la citada ley 173 de 1994, se entiende que el traslado o la retención de un niño son ilícitos cuando se producen con violación de los derechos de guarda atribuidos a una persona sola o conjuntamente, ejercida al momento del traslado o no regreso del niño menor de 16 años (...).

Así como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-891 del 2003, el traslado ilícito, ocurre cuando el menor es llevado a través de una frontera internacional sin permiso de quienes tienen los derechos de custodia; y la retención ilícita, tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un período acordado como por ejemplo un período vacaciones o de visita.

(…) el artículo 5o de la ley citada, define el concepto de guarda asimilándolo al derecho de cuidados de la persona del niño y en particular el de decidir su lugar de residencia y en este sentido debe entenderse, pues no coincide con ninguna concesión particular de guarda, custodia o cuidados personales en las leyes colombianas, sino que adquiere su significación desde las definiciones estructuradas y propósitos del citado convenio.

(…) en el presente asunto aduce el demandante que la (madre) extrajo ilegalmente al menor (...) de Venezuela, país que a la fecha en que se realizó la solicitud de restitución internacional, era el de residencia habitual del niño.

En efecto, las actuaciones realizadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar(...), dan cuenta de que la señora (...) partió de Venezuela a Colombia con su hijo (...) desde el mes de mayo del 2015 (...) conducta (que) fue desplegada por la demandada tras haber iniciado los trámites necesarios para obtener de la autoridad competente de Venezuela la autorización necesaria para cambiar de domicilio (...) pero sin que ese proceso hubiese llegado a su fin o se hubiese concedido permiso por parte del padre del menor para la salida de este el país en el que actualmente residía.

En tal orden, es evidente que en los términos de literal a) del artículo tercero de la ley 173 de 1994, el traslado a Colombia que la señora (...) realizó de su hijo (...) fue ilícito en la medida que con éste, se vulneraron los derechos de guarda que le asistían al (...) padre del menor, máxime que se presume esta circunstancia por la inasistencia de la demandada a la audiencia, circunstancia alegada por la apoderada del demandante, conforme enseña el numeral 4° inciso 1° parte final del artículo 372 del Código General del Proceso, no obstante lo anterior, se (...) aportó al Despacho copia auténtica de la sentencia proferida por el Tribunal Accidental (...) de juicio de protección de niños, niñas y adolescentes (...) de la República Bolivariana Venezuela, (...) en la que se decidió declarar con lugar a la demanda de autorización para residenciarse fuera del país específicamente en la República de Colombia presentada por la señora (...), fue precisamente con ocasión de dicho fallo, que el Juez de Primera Instancia, consideró que no podía entenderse que el menor (...) estuviera ilegalmente en Colombia dado que a su parecer, al margen de la ilicitud que en su momento tuvo el traslado, eran las condiciones actuales las que debían evaluarse, para decidir si se debía o no procederá a ordenar la restitución internacional solicitada; (...) tal conclusión no resulta acertada, en tanto que acorde con lo expuesto, la ilegalidad de un traslado o retención, está determinada por los criterios contemplados por el antes citado artículo 3° de la ley 173 de 1994, el cual en resumidas cuentas, califica de ilícito todo traslado o retención que haya vulnerado el derecho de guarda, especificando que el calificativo de ilegal operaba respecto al derecho de guarda que se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Por lo que no tiene ningún sustento legal la afirmación según la cual, una sentencia emitida con posterioridad a la realización del traslado del menor puede sanear la ilegalidad del mismo, cuando como en el presente caso ha sido llevado a cabo en vulneración del derecho de guarda con que contaba una persona, institución o cualquier otro organismo con arreglo al derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual.

(...) el traslado del menor cuando fue llevado a cabo, violentó las normas tendientes a la protección de los derechos de cuidados personales con que para el presente caso contaba el demandante (...) dada su calidad de padre del menor artículo 264 del Código Civil de Venezuela.

(...) habiéndose concluido que el traslado del menor si fue ilegal, se torna necesario el estudio de los medios de convicción obrantes en el proceso a fin de determinar si se da alguna de las causales contempladas por el artículo 13 de la ley 173 de 1994, caso en el cual se tornaría improcedente la orden de regreso del menor ello, cómo pasara a explicarse sin que importe que en el presente proceso no se haya presentado ninguna excepción por parte de la demandada ni se haya alegado la configuración de alguna de las causales referidas.

Al respeto comiéndose por decir que siendo los niños, las niñas y los adolescentes, los sujetos de protección del proceso de restitución internacional, será su interés superior el principio a partir del cual, se tomarán todas las decisiones al interior del mismo, (...) por lo tanto sus derechos deben ser valorados de acuerdo con las circunstancias específicas del caso, es decir que el interés superior del niño tiene un contenido naturaleza real y relación al aspecto que manda una verificación y una especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los niños a sus familias y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente.(...)

(...) se impone para el juzgador el deber de verificar la posible configuración de la circunstancia a que alude el artículo 13 de la ley 173 de 1994, pues al margen de que hayan o no sido alegadas, la estructuración de cualquiera de tales causales deja entrever el riesgo de que la eventual orden de

restitución vaya en contravía del interés superior del menor, lo anterior se puede colegir igualmente por lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-202 de 2018 (...)

(...) el pilar fundamental para tomar cualquier decisión en la que se encuentra un menor de por medio, debe ser el interés superior de éste, por tal razón, la aplicación formalista de la legislación no puede vulnerar sus derechos y por el contrario debe maximizar los mismos, es entonces imperioso ahondar en el interés superior del menor involucrado en el presente litigio, teniendo en cuenta que en esta peculiar materia, salvo que se configure objetivamente uno de los supuestos de excepción taxativamente enunciados en el convenio, el interés superior del niño consiste en ser devuelto a su centro de vida sin dilaciones, para tal efecto resulta oportuno traer a colación el informe social (...) emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la trabajadora social (...) (que) da cuenta de las condiciones en las que se encuentra el niño y deja ver elementos que atañen directamente a su interés superior, en la medida que revelan circunstancias que permiten evidenciar que se encuentra integrado a su nuevo medio social y familiar (...)

(...) en el referido documento Informe Social, la trabajadora social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, hace énfasis en cuanto al arraigo que recibe el niño respecto a su nuevo ambiente, situación que es entendible si se tiene en cuenta que el simple paso del tiempo conlleva a que el infante se adapte a su entorno, máxime considerando que su llegada a Colombia se dio desde hace más de 3 años, lo que de conformidad con lo establecido por el artículo 12 del Convenio sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de la Haya, obliga al juzgado a constatar si el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente, lo que no da lugar a dudas en el sub Lite pues no puede desconocerse que al momento de llegar a territorio Colombiano (...) contaba con escasos 5 años y que como también especifica la mentada funcionaria, el niño toda la vida ha vivido acompañado de las mismas personas con las que continúa viviendo en la actualidad, madre, abuela materna y hermanos, tampoco es posible obviar que, el referido estudio concluye que existieron actuaciones legales y psicosociales que dan cuenta que el niño debía permanecer con la madre por cuanto la progenitora fue analizada como un referente adecuado en capacidad para garantizarle al niño sus derechos, no sólo viene permitiéndole a sus dos hijos menores sino también al infante (...) seguirle brindando calidad de vida, estabilidad emocional y ante todo estar creciendo en el seno de una familia(...).

Así las cosas, a la luz de la sana crítica y la regla de la experiencia es posible concluir, que (el menor) se encuentra íntegro y totalmente adaptado a su medio familiar, social y afectivo actual, ya que hay prueba más que suficiente para concluir que el menor sobre el que versa el presente proceso, se encuentra fuertemente arraigado a su entorno social y familiar actual, es en Colombia dónde ha desarrollado todos los aspectos de su vida durante los últimos tres años y si bien es cierto el paso del tiempo no hace inaplicable el tratado ratificado a través de la ley 173 del 2004, ni legaliza la situación en la que se encuentra al niño, niña o adolescente, conforme se explicó en la sentencia T 689 el 2012, es indiscutible que cualquier traslado abrupto al que se somete a un menor (...) que se encuentra tan adaptado su entorno, podría comportar consecuencias negativas en su bienestar, al ser alejado no sólo, del medio al que ya se encuentra acostumbrado, sino de las personas que han estado a su lado durante toda su vida.

(...) Lo expuesto (...) permite concluir, que al contrario de lo alegado por la parte recurrente, se puede observar que en el presente caso se da la cláusula de excepción contemplada en el literal B) del artículo 13 de la misma normatividad, pues ante la prueba acerca de la integración por parte del menor a su nuevo medio social y familiar, se torna evidente que ordenar en este momento el retorno del niño, sería arriesgarlo a la exposición de una situación intolerable, al forzarlo a asumir el cambio abrupto del país que actualmente considera como el lugar en el que se encuentra su centro de vida, cambió (...) no puede ser asimilado ni comprendido por un niño, dada su inmadurez psicológica y su

vulnerabilidad, lo anterior no sólo al traste con el reproche formulado por la apoderada del demandante, en cuanto a que no quedaron probadas las excepciones que la convención disculpa para no retorno del niño, sino que por sustracción de materia el estudio de las demás censura formuladas en contra de la sentencia de primera instancia, se torna inocuo.

CONCLUSION: *Acorde con lo expuesto, se **CONFIRMARÁ LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, pero por razones diferentes a las señaladas por el Juez de Primera Instancia por cuanto, a pesar de haberse acreditado el carácter ilícito del traslado que del menor (...), realizó la demandada, también se verificó la configuración de la cláusula de excepción contemplada en el literal B) del artículo 13 ejusdem.”*