

**GUÍA PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN
COLOMBIA EN LA LEY 1098 DE 2006**

JOSÉ ROBERT GIL HENAO 71.735.571
HÉCTOR GUILLERMO VARELA GOEZ
ELSA MILLERLAY CANO FORONDA 43.206.332

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO DE FAMILIA
COHORTE II
MEDELLÍN
2011

**GUÍA PARA LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN
COLOMBIA EN LA LEY 1098 DE 2006**

JOSÉ ROBERT GIL HENAO 71.735.571
HÉCTOR GUILLERMO VARELA GOEZ – 70.251.406
ELSA MILLERLAY CANO FORONDA 43.206.332

Trabajo de grado como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho de Familia

Asesora Metodológica
MARÍA DEL CARMEN SANDINO RESTREPO
Socióloga. Magíster en Sociología de la Educación

Asesora temática:
AMPARO URREA GIRALDO
Abogada Especialista en Derecho de Familia

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO DE FAMILIA
COHORTE II
MEDELLÍN
2011

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	6
1. REFERENTE TEÓRICO	10
1.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO COLOMBIANO	10
1.2 DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	11
1.3 PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ	12
1.4 TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENOR	14
1.5 SUSTRACCIÓN DE MENORES	14
1.6 RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	15
1.7 FASE ADMINISTRATIVA EN EL TRÁMITE DE RESTITUCIÓN DE MENORES	15
1.8 COOPERACIÓN INTERNACIONAL	16
2. GUÍA PARA LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN COLOMBIA	24
2.1 LEGISLACIÓN VIGENTE	25
2.2 PROCEDIMIENTO	40
3. CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	44

RESUMEN

En este documento se analiza la operatividad de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Ley 880 de 2004, la Ley 173 de 1994 y el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de 1980. El análisis permitió identificar las dificultades que se han venido presentando en Colombia con la aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Por lo anterior se proyecta una guía metodológica para la restitución internacional de menores en Colombia de acuerdo con la ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia y demás normas concordantes, como una solución tendiente a garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella. La investigación siguió un procedimiento analítico y descriptivo de normas, jurisprudencia y casos, que permitieron dilucidar carencias normativas en cuanto al procedimiento para hacer efectiva la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes con el fin primordial de garantizar sus derechos fundamentales prevalentes para lograr un desarrollo armonioso, para que crezcan en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Palabras clave: interés superior, menores, secuestro internacional de niños, restitución internacional, Colombia.

ABSTRACT

This paper analyzes the operation of the Inter-American Convention on International Return of Minors Act 880 of 2004, Act 173 of 1994 and the Convention on Civil Aspects of International Child Abduction 1980. The analysis identified the difficulties that have been occurring in Colombia with the implementation of the Inter-American Convention on the International Return of Children. Therefore projects a methodological guide for the international return of children in Colombia according to Law 1098 of 2006-Code for Children and Adolescents and other related provisions, as a solution aimed at guaranteeing the rights of children and adolescents have a family and not be separated from it. The research was an analytical and descriptive standards and case law that allowed gaps clarify regulations on the procedure for securing the international return of children and adolescents with the primary goal of ensuring basic rights for sustained prevalent harmonious, to grow within a family in an atmosphere of happiness, love and understanding.

Keywords: best interests, children, international child abduction, international return, Colombia.

INTRODUCCIÓN

La familia, la sociedad, el Estado Colombiano y sus instituciones tienen la obligación y la corresponsabilidad constitucional, legal y moral de asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes, para garantizar su desarrollo pleno, armónico e integral, así como el deber de ofrecerles la protección y velar por el cumplimiento del ejercicio pleno de todos sus derechos y libertades; así se desprende del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, que señala que los derechos de los niños son fundamentales.

Sin embargo, a pesar de la existencia de normatividad internacional, constitucional, nacional y local, la problemática de violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes se presenta de manera indiscriminada en todas las regiones y ciudades colombianas, no distingue clases sociales ni estratos socio económico; son muchos los casos en los cuales familias con conflictos internos de sus parejas, utilizan como medio o instrumento de represalia a los niños que las conforman. Así, los sacan de sus hogares o lugares de residencia habitual y los trasladan a países cuyo entorno social es desconocido para ellos, valiéndose de medios ilícitos y obteniendo permisos de salida del país, para luego retenerlos sin el consentimiento de su padre, y sin importar el daño que pueda causársele a los niños, porque son vulnerados sus derechos, rompiendo su estabilidad emocional, debido a la traumática pérdida de contacto con el otro padre o su núcleo familiar, causándoles inconvenientes al adaptarse a condiciones culturales completamente diferentes y alejándolos de su grupo de amigos del colegio, del barrio, etc.

Cuando los progenitores de un niño, niña o adolescente se separan físicamente, poniendo fin por las vías judiciales, al matrimonio o a la unión marital de hecho que los vinculaba, en muchas ocasiones vulneran los derechos de custodia y de visita de alguno de los padres y a su vez, los derechos de los niños, niñas y adolescentes que hacen parte de sus familias. Entre los derechos fundamentales

de los niños, niñas y adolescentes se encuentran: “el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; a no ser separado de sus padres y a no ser trasladado ilícitamente al extranjero; a la unidad familiar y a mantener comunicación con sus padres, lo que se materializa con las visitas; a la existencia y conservación de la relación armónica con los padres; a la estabilidad del ambiente físico y familiar; al cuidado familiar y a identificar los espacios, objetos y personas con quienes interactúa”¹.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2006 - Ley de la Infancia y la Adolescencia, se establecieron las normas, procedimientos y mecanismos para garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos de derecho y cuya protección y garantía es prevalente frente a los derechos de cualquier otra persona. Desde esta perspectiva se da un tratamiento especial a los niños, niñas y adolescentes y de manera relevante a las normativas en materia de Restitución Internacional de Menores con el fin de ofrecer alternativas legales de atención al problema de la sustracción y retención ilegal de los niños, niñas y adolescentes. Es así como la ley 1098 de 2006 específicamente en sus artículos 112 y 137 llama especialmente a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En Colombia se adoptó y se aplica la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que tiene por objeto: “asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”².

¹ BLANCO RODRÍGUEZ, Jinyola y SANTACRUZ LÓPEZ, Raúl “La restitución internacional de menores sustraídos por sus propios padres” en Revista Estudios Socio-jurídicos., Bogotá (Colombia), 11(2) julio-diciembre de 2009. p. 259.

² Artículo 1 de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores.

Esta convención conserva la filosofía aplicada al Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en 1980; así mismo este convenio define la restitución como el procedimiento mediante el cual un Estado parte busca el retorno o regreso inmediato de un niño, niña o adolescente, menor de dieciséis años, al lugar de su residencia habitual cuando se han presentado traslados o retenciones ilícitas, garantizando la protección del interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido objeto del traslado o retención hacia cualquier otro Estado contratante.

Con respecto a la problemática del secuestro y restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes, Colombia ha suscrito un considerable número de tratados internacionales en los que ha adquirido la obligación de legislar en favor de aquellos; muestra de ello es la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, la ley 880 de 2004 aprobatoria de dicha convención, la ley 173 de 1994 que ratificó el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, la ley 1098 de 2006 – ley de la infancia y la adolescencia y las demás normas que regulan la materia y en las que se garantizan y protegen los derechos de los infantes.

Habida consideración del desconocimiento de las personas del común con respecto al secuestro y restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes y de las normas que desarrollan la protección integral de los menores, además de aquellas que regulan los procesos de restitución internacional; se analizarán las formas, procedimientos, trámites, autoridades competentes, personas facultadas para iniciar la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes que hayan sido retenidos y trasladados ilegalmente a otro país diferente al de la residencia habitual de la familia. Indicando también las consecuencias de dichas retenciones con la idea de prevenirlas, relacionando igualmente los derechos de los niños,

niñas y adolescentes, conforme con los tratados internacionales aplicables en tal sentido y con las diferentes normas constitucionales y legales en Colombia.

En Colombia se empiezan a presentar varias situaciones jurídicas, en las cuales los Estados se enfrentan por la reclamación de los niños, niñas y adolescentes que por determinadas circunstancias de la vida, se ubican en un país y posteriormente uno de sus padres, pariente o cuidador se traslada a otro país sin consentimiento del otro progenitor o con su consentimiento; pero no regresa a su país de origen. Entre los fenómenos de más frecuente ocurrencia en todos los países del mundo se encuentra la sustracción interparental de menores. Su reiterada ejecución ha llevado a la comunidad internacional a pronunciarse mediante tratados como el convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, el convenio de Luxemburgo y la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores.

En Colombia, el trámite de restitución internacional puede retrasarse por la solicitud de custodia realizada por el padre sustractor respecto del menor sustraído, cuando simultáneamente se está gestionando la solicitud internacional de restitución iniciada por el otro padre, ya que no se tiene en cuenta que se trata de un trámite preferente, fundado en una situación definida previamente en el país de origen y no condicionado a la decisión de fondo que podría tomarse en el nuevo proceso, iniciado precisamente por el padre que la desconoce.

El tema es de nuestro interés profesional, académico y personal ya que la sustracción internacional de menores atenta contra los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas y adolescentes involucrados, perjudica afectiva, psicológica, moral y socialmente a los menores; quienes son sujetos de derechos y cuya responsabilidad está en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado.

1. REFERENTE TEÓRICO

1.1 EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO COLOMBIANO

Los niños, niñas y adolescentes son personas y sujetos de derechos, razón por la cual la familia debe considerar su opinión y ofrecerle la oportunidad de participar en la dinámica de las relaciones familiares y especialmente en las decisiones y actos relativos con su persona; dado el reconocimiento que la Ley 1098 de 2006 en su artículo 8 realiza en los siguientes términos:

“Se entiende por interés superior del niño, niñas y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-145/10 indicó que: “El interés superior del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, de donde la obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos”.

La misma Corte en la sentencia C-738/08 expresó que: *“En el panorama jurídico colombiano los niños merecen un trato especialmente protector, que debe reflejarse en todos los aspectos de la legislación, cuando quiera que el Estado identifique puntos de posible vulnerabilidad. Esta necesidad de considerar, en todos los aspectos de la realidad jurídica, que el derecho del menor tiene prevalencia sobre los demás, se conoce como el principio de interés superior del*

menor y constituye principio de interpretación de las normas y decisiones de autoridades que pueden afectar los intereses del niño. Este principio condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas de bienestar social, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños; siempre se ha de considerar, primordialmente, el interés superior del niño”.

1.2 DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Según el Art. 44 CN, son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud, el tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor. Adicionalmente, los niños gozan de los demás derechos consagrados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Mediante la sentencia T-900 de 2006, la Corte Constitucional señaló que “uno de los principales criterios orientadores para determinar el bienestar del menor, es el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, en el entendido que el espacio natural de desarrollo del menor es la familia en la que ha sido concebido y a su vez, que es la familia la primera llamada a satisfacer las necesidades afectivas, económicas y educativas de los menores”.

C-738/08: La jurisprudencia de la Corte ha resaltado continuamente que los derechos de los menores de edad tienen prevalencia en el régimen interno no sólo por su expresa consagración constitucional, sino por el reconocimiento que de la misma hacen numerosas disposiciones de derecho internacional que han terminado integradas al bloque de constitucionalidad. La preeminencia de los derechos de los niños hace que el Estado se comprometa especialmente con la protección contra toda forma de abandono, abuso, violencia, secuestro, venta, explotación laboral, económica, trabajos riesgosos, etc.

1.3 PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia dispone que son derechos fundamentales de los niños: “La vida, la integridad física, la salud, y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La 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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

De qué sirve todo el discurso y la semántica con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, si no obstante la familia ser el primer y principal garante de los derechos de los niños, puede convertirse en un escenario de violación de esos derechos. Los padres, familiares y los adultos responsables en relación permanente con los niños, pueden llegar a ser sujetos que directa o indirectamente, consciente o inconscientemente, deliberada o involuntariamente, terminan vulnerando o permitiendo que se vulneren los derechos de los niños las niñas y los adolescentes.

Los derechos de los niños en la Constitución de 1991. La convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y aprobada por el Congreso de Colombia mediante la

Ley 12 de 1991, trata sobre el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños y sobre sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como elementos integrantes de un conjunto, los cuales constituyen el mínimo necesario para la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Ellos son, el derecho a la vida, a la identidad, a una relación armónica con los padres, a la libertad y de pensamiento, de expresión y de asociación en cuanto sean posibles, a la participación en la toma de decisiones sobre asuntos que lo afecten, a protecciones frente a abusos, circunstancias de desamparo o de conflicto, a un trato especial cuando la condición especial del niño lo requiera, a la vivienda y al abrigo, a la nutrición y a la salud, a la educación, a la recreación y a la cultura dirigidas al desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y de la capacidad mental y física del niños hasta el máximo de sus posibilidades.

Frente a esta situación, en que todos somos ciudadanos de un mundo globalizado, nos encontramos en la imperiosa necesidad de hacer menos traumático y más efectivo los procedimientos que propendan por la restitución de los menores que han sido “raptados o retenidos internacionalmente por su propia familia.”, de manera que se reincorporen más fácilmente a las exigencias de ley. Es la Constitución Política, la ley, la declaración internacional de los derechos del niño, las que postulan expresamente el principio del interés superior del niño y el deber de protección especial, el niño debe, en todas las circunstancias figurar entre los primeros que reciban protección y socorro, el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación y también los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la en dicha declaración. Los derechos de los niños son: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o

económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

1.4 TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENOR

El traslado o la retención de un menor son ilícitos cuando se producen en violación de los derechos de custodia atribuidos a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad. Así, 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 de vacaciones o de visita.

1.5 SUSTRACCIÓN DE MENORES

La sustracción interparental de menores, es la acción que realiza uno de los padres de un niño, niña o adolescente, mediante su sustracción, retención u ocultamiento para impedir al otro progenitor el ejercicio de sus derechos de visita o de custodia. La violación de estos derechos, establecidos a favor tanto de los padres como de los hijos, puede llegar a constituir, en el ámbito internacional, una retención ilícita o traslado ilegal del menor a un país diferente al de su residencia habitual o cuando se los retiene ilícitamente fuera del país. Esto ha llevado a la mayoría de países a adoptar una legislación interna especializada para el tratamiento de este fenómeno y a adherirse al convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

1.6 RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La restitución internacional de menores es una figura jurídica para llevar a cabo el trámite administrativo para la restitución voluntaria del menor a su residencia de origen; el trámite judicial, al que se acude cuando esto no se logra de manera voluntaria. El primer procedimiento está en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el segundo les corresponde a los jueces de familia. Esta figura incluye todos los procedimientos e instrumentos y el trámite de la restitución internacional. La figura de la restitución opera únicamente cuando los niños, niñas y adolescentes han sido desplazados ilegalmente de un país a otro, por iniciativa de los padres o parientes o cuidadores y no por terceros ajenos a la familia, porque en estos casos se trataría de un delito de secuestro.

1.7 FASE ADMINISTRATIVA EN EL TRÁMITE DE RESTITUCIÓN DE MENORES

La fase administrativa del trámite de restitución se inicia cuando una persona, directamente o a través de la Autoridad Central de un Estado parte, dirige una solicitud de restitución a la Autoridad Central de otro Estado parte. A la Autoridad Central corresponde, fundamentalmente, recibir la solicitud e impulsar su trámite; localizar al menor, indagar sobre su actual situación y adoptar las medidas de protección que sean del caso; promover la restitución voluntaria e iniciar el trámite judicial de restitución cuando ello no sea posible. Corresponde a la Autoridad Central la responsabilidad de "... intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño ...", antes de remitir el trámite de restitución internacional a la autoridad judicial competente, la Autoridad Central debe haber establecido, cuando ello sea del caso, la situación social del menor en el Estado requirente.

1.8 COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La cooperación internacional encuentra su razón de ser en los principios universales de solidaridad entre los pueblos, respeto y protección de los derechos humanos y en la búsqueda incesante de mejores condiciones y mayores recursos que brinden al hombre conforme a su dignidad humana, el fin último de la existencia de los Estados. Es un desarrollo de los principios de soberanía, igualdad, corresponsabilidad, interés mutuo, sostenibilidad, equidad, eficacia y preservación del medio ambiente, muy ligados a las relaciones de los sujetos de derecho internacional. Podría decirse que en la cooperación internacional, se evidencia aquella veta que ilumina al jus gentium y hace que hoy se lo denomine como el derecho de la dignidad humana.

Invocando este principio, es posible solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, mediante una carta rogatoria, que ponga en conocimiento del Estado al que fue trasladado el menor la situación de haberse llevado presuntamente a su territorio, con el fin de que se efectúe la diligencia de localización y adopción de todas las medidas tendientes a asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado así como su reintegro pronto y efectivo.

Es incuestionable que los menores con el cambio de domicilio, de un país a otro, con el cambio de de costumbres, de modos de vivir, han de cambiar en consecuencia sus comportamientos y sus proyecciones mentales y sociales, pues a temprana edad, no están en capacidad de comprender porque sus padres tienen que vivir separados; porque el cambio de vida a otro país totalmente diferente, ajeno, extraño y dados los cambios pueden generar traumas en los niños, las niñas y los adolescentes. En lo social, es incuestionable que ha de cambiar, pues son otras las actividades, otra cultura, otro lenguaje, otras serán sus amistades, otros son los familiares y otra forma de estudio, a los cuales por su

edad, ha de acostumbrarse, con facilidad precisamente, dado su corta edad y adaptabilidad.

Desde la Declaración de los Derechos del Niño en el ámbito internacional, hasta el derecho interno de cada país, se ha reconocido este principio los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, mismo que ha permitido el reconocimiento de los derechos humanos y en especial de los niños, niñas y adolescentes, se entiende como la plena satisfacción de los derechos de estos y que como tal prevalecen sobre los demás.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a preservar sus relaciones familiares y a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos; pero, si hay lugar a alguna separación, tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular. En este caso, se deberá tener en cuenta el interés superior del niño, cuya valoración no puede depender del capricho del juzgador o de los padres, sino que debe ser producto del análisis de ciertas circunstancias no solo familiares y de tipo económico, sino, también del orden psico-afectivo.

La convención de La Haya se ha ocupado por más de un siglo de la protección bajo la ley civil de los menores en riesgo o peligro en situaciones transfronterizas. Durante la última parte del siglo XX, la apertura de las fronteras nacionales, la facilidad para viajar y la ruptura de las barreras culturales han incrementado también, aún con todas sus ventajas, los riesgos de manera considerable. El tráfico a través de las fronteras y la explotación de los menores, así como su desplazamiento internacional debido a desórdenes civiles o a desastres naturales, se han convertido en los mayores problemas. Existen también menores atrapados en la turbulencia de relaciones destrozadas en familias transnacionales, con controversias en relación con la custodia y la reubicación, con los riesgos de la sustracción internacional de parte de uno de los padres, los problemas para

mantener contacto entre el menor y ambos padres y la lucha ascendente para obtener asistencia transfronteriza para el menor³.

Ante todo, este convenio pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los estados contratantes. Dicha colaboración afecta dos aspectos fundamentales: por un lado, la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y, por otro lado, el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los estados contratantes.

Colombia no ha sido ajena a esta problemática. Son muchos los casos en los cuales familias con conflicto interno de sus parejas utilizan como medio o instrumento de represalia a los niños que las conforman. Así, los sacan de sus hogares o lugares de residencia habitual y los trasladan a países cuyo entorno social es desconocido para ellos, valiéndose de medios ilícitos y obteniendo permisos de salida del país, para luego retenerlos sin el consentimiento de uno u otro padre. Sumado a esto, los fenómenos sociales de desplazamiento por diversas causas, la búsqueda de mayores oportunidades de vida en el exterior y los matrimonios o uniones entre nacionales colombianos con personas de otras nacionalidades, también constituyen móviles para la ejecución de conductas contrarias a la ley, sin importar el daño que pueda causárseles a los niños.

En los últimos años se ha vuelto costumbre la sustracción internacional de niños por parte de uno de sus padres, bien sea porque obtiene un permiso de salida del país para ir de vacaciones a otro Estado, o bien porque fraudulentamente adquiere un permiso. Después de vencido el término del permiso, el progenitor decide establecer su residencia en el otro país, vulnerando en primera medida el derecho del niño, rompiendo su estabilidad emocional debido a la traumática pérdida de contacto con el otro padre o su núcleo familiar, causándole el inconveniente de

³ Documento guía de buenas prácticas. Elaborado por el buró permanente del convenio de la Haya. Seminario de monterrey, México, 2004.

adaptarse a un nuevo lenguaje y a condiciones culturales completamente diferentes a las que hasta ahora había vivido, y alejándolo de su grupo de amigos de colegio, barrio, etc.

Uno de los mayores problemas que se presenta ante la retención ilícita es el tiempo, que va desde el traslado y retención del niño hasta que se falla en el tema de la restitución. Esto produce los efectos dañinos que acabamos de relacionar y, adicionalmente, la interferencia del progenitor secuestrador al no permitir el contacto con el otro progenitor y su familia, ni siquiera por medio telefónico. Es en estos casos cuando el Estado, como garante de los derechos de los niños, debe ejercitar los convenios suscritos para cada caso.

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño preceptúa:

1. Los estados partes velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares. Por ejemplo, en caso de que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1º del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. *Los estados partes respetarán el derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si es contrario al interés superior del niño*⁴.

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños es una norma de carácter internacional que reconoce y salvaguarda los derechos humanos, especialmente los derechos fundamentales de los niños. Hace parte del bloque de constitucionalidad por mandato de la Constitución Política, donde en su artículo 93, numeral 2, establece que los derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Por ello, se eleva a la categoría de norma prevalente, que desarrolla sus preceptos en aras de garantizar que todo menor residente en un país miembro del convenio reciba de sus padres la protección, el amor y cuidados necesarios para su desarrollo integral. Así, los Estados parte en el convenio tienen el carácter de defensores del menor sustraído o retenido ilícitamente de su residencia habitual por parte de uno de sus padres o algún otro familiar.

En el Artículo 6° de la ley 1098 de 2006 – Código de la infancia y adolescencia se expresa que: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas”.

⁴ Ibid.

Es importante anotar que estas situaciones se presentan con gran regularidad cuando la familia, núcleo fundamental de la sociedad, se rompe; cuando la pareja se separa y uno de los padres resuelve abandonar el país en busca de mejores condiciones económicas; o cuando los padres no son de la misma nacionalidad, y el que no se encuentra en su país de origen busca apoyo en su propia familia y decide regresar, llevando consigo al hijo sin tener en cuenta que éste se desnaturaliza, no sólo respecto a su hogar sino a todo su entorno. En las condiciones mencionadas, se le priva al niño del cariño y el afecto del otro progenitor y, en muchos de los casos, se le utiliza como un objeto para causarle daño al padre o madre que se queda solo; es decir, es como el “desquite” por el dolor que causa la separación, sin notar que de por medio está ese fruto del amor que se tuvieron y que ahora es quien paga el infortunio de la terminación de la relación de sus padres.

La familia es el primer y principal garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero también es viable que pueda convertirse en un escenario de violación de esos derechos. Los padres, familiares y los adultos responsables en relación permanente con los niños, pueden llegar a ser sujetos que directa o indirectamente, consciente o inconscientemente, deliberada o involuntariamente, terminan vulnerando o permitiendo que se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La negligencia y el descuido son, entre otros, comportamientos de los adultos responsables de los menores, que terminan por afectar su desarrollo normal, es así como nos llamó la atención indagar respecto a la restitución internacional de menores contemplada en el artículo 112 del código de la infancia y la adolescencia, como un mecanismo de protección de los menores a los que se le están vulnerando sus derechos y que se encuentran fuera de Colombia al haber sido trasladados legal o ilegalmente, pero retenidos ilegalmente. Establece que los niños, niñas y adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, serán protegidos por el

Estado Colombiano contra todo traslado ilícito y obstáculo indebido para regresar al país. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, a la Ley 880 de 2004 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo el 15 de Julio de 1989 y a las demás normas que regulen la materia.

Para los efectos de este artículo actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar. La Autoridad Central por intermedio del Defensor de Familia adelantará las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del niño, niña o adolescente y decretará las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar.

Las dificultades que presenta la restitución internacional de menores hacia Colombia, se solucionará en la medida en que las organizaciones Estatales avancen en la divulgación y transferencia a la ciudadanía de los procedimientos básicos de restitución internacional y desplieguen estrategias de socialización de temas tales como los derechos de los niños, el interés superior, y los niños como sujetos de derecho.

En Colombia las autoridades competentes para conocer de la restitución internacional de menores son: en el área civil, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los Jueces de Familia y el Ministerio del Interior y de Justicia; y la Fiscalía General de la Nación, cuando se trata de un delito. Las autoridades mencionadas están facultadas para recibir las denuncias sobre la sustracción del menor e iniciar el trámite respectivo para su reintegro, contando con la posibilidad de requerir información y comisionar la práctica de pruebas. Tales potestades tienen por objeto utilizar las herramientas jurídicas, técnicas y administrativas para la aplicación efectiva de la Convención Interamericana sobre la Restitución

Internacional de Menores con miras a restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

No basta que únicamente las instituciones gubernamentales se encarguen de proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, porque en efecto, la familia, la sociedad, el Estado, tienen la obligación de asistir y proteger al niño, es decir, que existe corresponsabilidad entre ellos, lo que implica que la comunidad, también tiene que aportar su granito de arena para tal fin.

2. GUÍA PARA LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN COLOMBIA

La Ley 1098 del 2006 - Código de Infancia y Adolescencia-, tiene como eje transversal la doctrina de la “Protección Integral” que proviene de un consenso universal donde se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como personas autónomas con derechos, responsabilidades y titularidades. La doctrina adoptada, protege a todos los niños, niñas y adolescentes y en especial a quienes les han sido vulnerados sus derechos. Proscribe el término menor para dar paso al concepto de niño entendido este como un ser independiente a quien se debe proteger de manera integral, mediante la garantía de todos y cada uno de sus derechos, reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos generales y específicos. Dispone la obligación de generar políticas sociales básicas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevenir su amenaza o vulneración e impone la formulación y ejecución de políticas públicas nacionales, regionales y locales que garanticen la inversión social de los recursos del Estado en la infancia, la adolescencia y la familia del país.

“De esta manera esta nueva Ley ha obligado a guiar los esfuerzos de la administración pública y el Estado desde una mirada de derechos, lo que debe significar una transformación de nuestras instituciones y de nuestras políticas públicas.”⁵.

La guía para la restitución de menores tiene por objeto suministrar herramientas jurídicas, técnicas, conceptuales y administrativas, para la aplicabilidad de los convenios relacionados con la restitución internacional de menores por parte de los defensores de familia de los centros zonales, grupos de asistencia técnica de las regionales y seccionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los

⁵ Página 4 y 5 de la propuesta de protección integral para la infancia y la adolescencia del Municipio de Medellín.

abogados o particulares interesados en el tema. El documento pretende ser un instrumento de apoyo y de consulta que impulse, especialmente a los defensores de familia, a la utilización correcta y técnica de la normatividad internacional (convenios y tratados internacionales en materia de niñez y de familia), para el restablecimiento de los derechos vulnerados de niños, niñas, adolescentes y sus familias, y para hacer más expedita su labor.

Esta guía se desarrolla haciendo una descripción conceptual del marco jurídico de los convenios y tratados internacionales sobre niñez y familia, para luego referirse específicamente a los convenios que están actualmente en ejecución, en materia de restitución internacional de menores, como lo son el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños y la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. Posteriormente, la guía se ocupa de las acciones que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar realiza para la restitución de los derechos de la niñez y la familia en lo relativo a los trámites consulares.

2.1 LEGISLACIÓN VIGENTE

El marco legal para la ejecución del Convenio de La Haya frente al ordenamiento jurídico colombiano es el siguiente:

✓ Ley 1008 del 23 de enero de 2006: “Por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia, otorgando competencia en la fase administrativa al Instituto Colombiano de Bienestar familiar y a los juzgado promiscuos de familia y de familia les otorgó la competencia para conocer del trámite de la restitución internacional de menores en la fase judicial; además en los municipios donde no existe el juez de familia o promiscuo de familia el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales. Adicionalmente agregó que el

proceso de restitución internacional de menores se tramitará mediante las reglas del proceso verbal sumario y se garantizará el principio de la doble instancia, el cual se tramitará de acuerdo con las disposiciones que la regulan para el proceso verbal de mayor y menor cuantía”.

✓ Ley 880 de 2004 por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución internacional de menores suscrita en Montevideo Uruguay, el 15 de Julio de 1989: Esta convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares. Para esta convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.

✓ Constitución Política (artículos 42, 44, 93, 94 y 214 - 2).

ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o

fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.”

ARTICULO 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La 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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

ARTICULO 93. “Los 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.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Adicionado por el artículo 1 del A.L. No. 2 de 2001. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

Adicionado por el artículo 1 del A.L. No. 2 de 2001. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

ARTICULO 94. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

ARTICULO 214. “Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una

ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales.

Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”.

✓ Ley 12 de 1991: Por 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, en esta ley se considera primordial el interés superior del niño y en consecuencia los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas para ello.

✓ Ley 173 de 1994, aprobatoria del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños: En esta norma Colombia como Estado contratante convencido de la importancia primordial del interés superior de los niños, niñas y adolescentes aprobó el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños con el fin de reglamentar los aspectos relativos a su custodia, buscando proteger a los niños en el plano internacional contra los efectos dañinos de un traslado o no regreso ilícitos y fijar procedimientos para garantizar el regreso inmediato del niño en el Estado donde reside habitualmente así como de garantizar la protección del derecho de visita.

✓ Artículos 112 y 137 de la ley 1098 de noviembre 8 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia.

Jurisprudencia:

✓ Sentencia T-300 de 2006: el actor alega la vulneración de sus derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la familia y a la igualdad, porque las autoridades judiciales accionadas no adecuaron el trámite de restitución internacional de menores al proceso verbal sumario como lo dispuso la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional en la sentencia T-891 de 2003 al revisar unas sentencias de tutela. Además, el actor sostiene que se le ha impedido el acceso a la administración de justicia, que no se ha aplicado la celeridad que demanda el trámite de restitución de menores y, además, se ha vulnerado su derecho a la igualdad por cuanto a su solicitud de restitución se le aplican las reglas del procedimiento ordinario, mientras que la sentencia T-891 de 2003 de la Corte Constitucional ordena que este tipo de solicitudes se tramiten por el proceso verbal sumario.

La Corte Constitucional en esta sentencia plantea que no procede la acción de tutela en ese caso específico porque en el momento actual ya estaba en vigencia la ley 1008 de 2006, *“con la expedición de esta Ley cesó la situación que motivó la presentación de la solicitud de tutela, es decir, la indefinición sobre aspectos procesales de las solicitudes de restitución internacional de menores relacionados con la competencia para conocer estas controversias y el procedimiento a seguir para tal efecto. Por consiguiente, dado el principio de aplicación inmediata de las normas procesales y que la Ley 1008 de 2006 no regula lo referente al tránsito legislativo, no queda alternativa diferente a la Sala que declarar la carencia de objeto con relación a la controversia planteada por el actor por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales”*⁶. Finalmente la Corte Constitucional decidió confirmar la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 21 de junio de 2005 por carencia actual de objeto,

⁶ Corte Constitucional en la sentencia t-300 de 2006. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

en tanto que al momento de esta controversia ya se encontraba vigente la ley 1008 de 2006.

✓ Sentencia proferida por un juzgado de Medellín en el 2007

El actor pretende la restitución de sus hijas, con ocasión de la sustracción internacional de que fueron objeto por parte de su progenitora. En la actuación procesal, aunque no se violó ninguna norma del convenio de la Haya de Octubre 25 de 1980, la demandada propone como excepciones:

- Primacía del interés superior de las niñas.
- La condiciones de ilegalidad del demandante en el país reclamante.
- La exposición de las niñas al peligro.
- La temeridad y mala fe en el obrar del padre.
- La caducidad y prescripción de la acción.

DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El demandante mediante acción de tutela reclama la protección de su derechos fundamental al debido proceso, así como los derechos de sus hijas menores consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política Colombiana; pide se anule el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso de restitución internacional de sus hijas, y que en consecuencia, se le ordene que confirme la sentencia dictada en primera instancia por un juzgado de familia de esta misma ciudad.

Señaló la Corte Suprema de Justicia en sus consideraciones que: “ambos padres ejercían en el momento del traslado conjuntamente la guarda de las menores y que solo después de que se produjo su regreso a Colombia, el juez de la Corte Superior de Estados Unidos impartió la orden de que no podían ser retiradas de ese Estado sin previa autorización”. Afirmó igualmente que “El padre estuvo presente en el otorgamiento de los respectivos pasaportes y aceptando que el

traslado de aquellas a esta ciudad fue ilegal, ya que el padre ha manifestado que no lo consintió”.

Y, que el artículo 12, del mencionado Tratado, indica que “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor”⁷.

Si bien es innegable que los derechos de los niños son superiores y priman sobre cualquier otra consideración, como así lo resaltó la accionada en su contestación y apelación para el caso en estudio, la madre separó por voluntad propia e indebidamente a las infantas del lado del padre, ocultando su paradero por largo tiempo. Este proceder es antijurídico, pues, se hizo de hecho, sin definición previa voluntaria o judicial, sobre la guarda de las pequeñas, ni sobre el régimen de visitas; por lo cual esta conducta es totalmente reprochable y constituye una clara vulneración de los derechos fundamentales a la familia, así como del derecho al

⁷ Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores 1980

cuidado y amor de las niñas respecto del progenitor, que no puede ser avalada por la Corte.

Así mismo, claramente observa la Sala que al igual que al trámite fueron aportadas la evaluación psicológica y el informe social elaborados por funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar frente a las niñas y la familia materna, también fueron allegados la entrevista, el análisis de antecedentes y la investigación social realizada por los funcionarios Americanos al hogar del padre, así como los recibos de los envíos de dinero que éste realizó a la madre desde que conoció su paradero en este país; pruebas estas últimas que no fueron siquiera mencionadas en la providencia del ad quem, y que evidencian las condiciones generales del accionante, quien dicho sea de paso, fue el único que asistió y terminó el curso de habilidades de padres ofrecido por Hope House; tampoco mencionó ni siquiera tangencialmente las diferentes gestiones adelantadas por éste para obtener el regreso de las niñas a su lado. Es decir, centró su estudio en la situación actual de las menores concluyendo que no basta con que se demuestre que el traslado fue ilegal, sino que también se debe acreditar que su regreso a su lugar habitual no apareja ningún riesgo para ellas”.

Bajo estas circunstancias específicas, halla la Corporación, que le asiste razón a la apoderada del actor cuando reclama la existencia en la decisión judicial de una vía de hecho por defecto fáctico, en razón de que no valoró todas las pruebas que fueron arrimadas al expediente, y en atención a que en sede de tutela no pueden ser subsanadas las valoraciones y el análisis que se omitieron y que necesariamente deben repercutir en el resultado final, por ser esta competencia exclusiva del juez natural del proceso se accederá a la protección constitucional para que en el término perentorio de cuarenta y ocho horas siguientes al recibo de copia de esta sentencia el Tribunal accionado proceda a dejar sin efecto el fallo que de aquí se trata y nuevamente desate el recurso de apelación que contra la

sentencia del juzgado se interpuso, observando lo discurrido en la parte considerativa de esta providencia.

En nuestro análisis podemos concluir que la Corte Suprema de Justicia, es sabia en sus decisiones, pero nos apartamos del sentir de la misma, en cuanto a que concedió el amparo al demandante, se valoraron las pruebas de los padres de las menores en forma desigual, y, en términos generales castigando a la madre por el hecho del traslado ilegal de las menores a Colombia, parece que no se hubiera tenido en cuenta el por qué la madre abandonó los Estados Unidos con sus hijas separándolas de su padre, ni tampoco el comportamiento depravado del padre de éstas al caminar desnudo en frente de las niñas, y también de las condiciones económicas del padre en Estados Unidos, lo que nos lleva a pensar que el accionante no está en capacidad de responder por las obligaciones que tiene como padre para brindarles lo necesario para su subsistencia, ni los planteamientos de la madre con respecto a las agresiones verbales y psicológicas y que además estaban radicados en ese país en forma ilegal. Será acaso que es tan buen padre por el hecho de que la Corte señala que él fue el único que asistió y terminó el curso de habilidades de padre ofrecido por Hope House en Donover, pero no valoró las diferentes pruebas que indicaban la situación de las menores en Colombia.

Por lo anterior, se concluye que la valoración de las pruebas no han sido tenidas en cuenta en la misma forma para cada uno de los padres, dado que a la madre la sanciona y al padre le concede el amparo deprecado, y, entonces donde está el amparo constitucional para las niñas señalado en el artículo 44 de la Constitución Política Colombiana; al igual que el artículo 9° de código de la Infancia y la Adolescencia cuando señala que:

“En todo acto o decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que debe adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán

los derechos de éstos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier persona”.

Y, finalmente el Tribunal Superior de Medellín en uno de sus apartes, plantea que “Como quedó visto, el Convenio de La Haya relaciona de manera taxativa los casos en que no procede la restitución de los menores o su regreso al país de origen y en este asunto, no procede aplicar la excepción que consagra el literal b, del artículo 13 citado, porque se demostró que el traslado fue ilegal y no se acreditó que su regreso a su lugar habitual de residencia aparejara algún riesgo para su integridad física o psíquica, o que las podría colocar en una situación intolerable, así el regreso a la ciudad de origen les pueda ocasionar algunas dificultades, en su desarrollo armónico e integral, ante el desarraigo de su entorno familiar, debido a su edad, valiendo resaltar que, el actor ha demostrado un serio interés en recuperar a sus hijas y que con una buena asistencia interdisciplinaria podrían compartir en familia con aquel; razón por la cual se habrá de confirmar el fallo revisado por encontrarse ajustado a derecho. Por último, se sugiere a las partes que traten de solucionar el problema que enfrentan de manera amigable, por el bien del interés superior de sus hijas, y para que tengan el privilegio de crecer en un hogar en el que reine la paz y la armonía.

La señora juez de primera instancia ordenó la restitución deprecada, decisión que por estar ajustada a derecho se confirmará”.

Consecuente con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, le queda solamente al Tribunal, proceder conforme a ley, tal como lo dispuso la Honorable Corte, en tratándose del superior jerárquico, tal como lo dispone la ley; es decir, dejar sin efecto su fallo proferido inicialmente y desatar de nuevo el recurso de apelación que contra la sentencia del juzgado de primera instancia se interpuso, por tanto, confirma la sentencia proferida en primera instancia.

✓ Análisis de sentencia de restitución internacional del menor proferido por el juzgado promiscuo de familia. El padre de un menor de edad, radicado en el exterior, por conducto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, solicita la restitución de su hijo a su lugar de origen, conforme al convenio Internacional de la Haya, artículo 1° sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, teniendo en cuenta la prueba obrante en el proceso, observando sobre toda otra consideración, el interés superior de los menores y la garantía total de sus derechos fundamentales. Alega el padre del niño, que la madre sin causa justificada trasladó a Colombia el niño sin su permiso, ni consentimiento, interrumpiendo su formación escolar y tratamiento médico. Plantea la madre del niño, que la relación que sostenía con el accionante hasta el momento del nacimiento de su hijo, paso de ser una relación positiva a destructiva y enfermiza, profiriendo contra ella maltrato psicológico, violencia física y amenazas de muerte, situación que fue puesta en conocimiento de las autoridades, que un Juzgado en el exterior, condenó al padre como autor responsable del delito de violencia en el ámbito familiar a pagar entre otras, seis meses y un día de prisión y a no acercarse a la demandada en un radio de Quinientos metros, ni a comunicarse con ella por un periodo de dieciséis meses. Situación que en poco o nada se cumplió, dado que la demandada dependía económicamente del accionante, volvió al seno del hogar, volviendo a reincidir el aquí demandante; decide entonces pasar unas vacaciones en Colombia, pero al regresar a su casa, encontró que su lugar de habitación estaba arrendada, quedando la madre y su hijo solo con el equipaje de viaje, que es acosada por el padre de su hijo, que no la iba a mantener, que ese no era su problema. Por una oferta laboral en Colombia, decide regresar, informando al padre de su decisión, no hubo oposición por parte de éste, porque entonces, la consecuencia, hubiera sido que las autoridades, no le hubieran permitido el retorno a Colombia con su hijo. De otra parte quedó plasmado que el niño tenía un tratamiento psicológico y da cuenta que el mismo se encuentra actualmente tranquilo, que el niño fue testigo y

recuerda episodios y especialmente cuando el padre agredió a la madre y le salió sangre del labio.

Finalmente el juez, declara probadas las excepciones invocadas por la demandada y madre del niño, en cuanto a la oposición de la restitución del menor a territorio extranjero, negando en consecuencia las pretensiones del demandante.

El código de la infancia y la adolescencia en su artículo noveno dispone que:

“En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

La Constitución Política de Colombia, nos enseña también que “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro...”⁸

Padres, ustedes siendo personas adultas, capaces, maduros, tendrían que entender los deberes y obligaciones que genera engendrar un hijo, por cuanto no es solamente lo que diga la normatividad relacionada, la cual es de orden público y de estricto cumplimiento, necesariamente bastaría pensar que un hijo es nuestra sangre, entonces, si ni siquiera, soy capaz de responder por mi propia familia, mi sangre, que un hijo es consecuencia de mi propio acto y que todo acto tiene en

⁸ Artículo 44 constitución política de Colombia.

este mundo una consecuencia, independiente de la relación con la otra persona y madre o padre de la criatura que concibieron, de donde se desprende que los padres ponen por encima de los intereses del niño, niña o adolescente, sus propios intereses; no creen acaso que ello es una actitud arrogante, donde realmente no se privilegia los derechos del menor. Para el caso que nos ocupa, como es posible que un padre que no ejerce la custodia y cuidados de su hijo, no asuma la responsabilidad parental, no cumple con las obligaciones alimentarias reclame entonces la restitución internacional de su hijo para el país donde se encuentra radicado; porque no valora el daño que puede causarle a la madre de su hijos con las agresiones plenamente demostradas en el trámite de su proceso, lo que puede generar en su hijo las referidas agresiones en el futuro, al igual que la necesidad alimentaria de su hijo; así las cosas que garantías podría brindarle a su hijo. Al igual que tampoco valora la lucha de la madre donde ella sola le toca asumir la obligación del menor hijo, en toda su extensión, las garantías que le ofrece. Donde queda entonces lo de que la personalidad del hijo ha de ser moldeada con arreglo a los valores de la justicia, la verdad, la honestidad, la lealtad, el patriotismo, el respeto a las autoridades y el servicio a los demás entre otros. Entonces si los padres tienen la función de formar en los menores, mediante una sana pedagogía y la constante presencia de su autoridad, la conciencia de sus propias responsabilidades de sus deberes. Una auténtica formación debe llevarlos a conocer la trascendencia de sus actos y de sus omisiones, así como las consecuencias que apareja el apartarse de la línea de conducta que, según los principios y reglas que se les han señalado.

Al analizar el trámite del recurso de apelación, interpuesto por la defensoría de familia contra la sentencia proferida por un juzgado promiscuo de familia dentro del proceso de restablecimiento de derechos de un menor.

Consideramos que la declaratoria de inadmisibilidad, resuelto por el tribunal de Antioquia no fue la más apropiada al no aceptar el recurso de apelación, ya que

todos los procesos y las decisiones que tienen que tomarse de fondo con todo lo relacionado a la aplicación de la Ley 1098 del 2006, deben ser bajo el parámetro que la ley establece y que es el mismo Estado Social de Derecho el que debe de proveer a los administradores de justicia todos los mecanismos directos e indirectos con el fin que se debe llegar hasta la última instancia para dicha protección, y que de ello se desprenda la garantía Constitucional a la protección de los niños, niñas y adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado tienen la gran obligación de garantizar un desarrollo estable e integro a toda la población infante a la cual se le vulneran todos los derechos, entonces se debe entender que dichos derechos de los niños están compaginados casi en el mismo orden con la Carta Política, entonces no nos explicamos el porqué el tribunal tomo esa decisión en donde no admite el recurso a sabiendas que cualquier impulso procesal está inmerso una intención que favorece las garantías constitucionales del menor. La ley 1098 de 2006 como instrumento legislativo en donde nos hablan del restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que conjuntamente con el Estado deberán proteger esos derechos, y que para nosotros si es inadmisibile que el Tribunal no haya tenido en cuenta esta ley para resolver la apelación interpuesta por la actora, ya que como lo podemos ver el resultado fue una negación de la apelación.

“En esta obra es muy importante rescatar la importancia que tienen los niños, niñas y adolescentes en un entorno social en donde son los Estados o el Estado los garantes de esos derechos que promoverán el buen vivir en la familia y lo más importante de ello es que todos los niños hagan parte de una familia y a no ser separados de ella. En este caso para hablar de sustracción o restitución de menores en el exterior o en cualquier lugar o en cualquier parte, debemos de buscar mecanismos y aplicar las leyes concordantes de manera que exista una prevención ligada o que haga parte los convenios de manera que en el evento que se sustraiga un menor inmediatamente se le apliquen las leyes para que se restituya a dicho menor y que todos los aspectos jurídicos señalen ese mundo de

garantías y de mecanismos para que se pueda entregar ese niño, niña y adolescente a su arraigo familiar. Los progenitores deben entender muy bien que si hay divorcio la separación es con ello más no con los hijos y que antes de cualquier separación hay que pensar de la protección integral de sus hijos y el derecho que tienen a pertenecer a una familia. El secuestro parental no puede ser tan traumático para los niños, ya que los que sufren son ellos, entonces se entenderá de que la transformación psicológica se le convierte en unos aspectos negativos para el mismo niño objeto de la sustracción como es en el caso de la adaptabilidad al lugar en donde fue sustraído, son los niños los que frecuentemente no tienen consciencia y que siendo estos utilizados rechazan lo que ellos ven en el entorno generando barreras dentro del núcleo familiar. El interés superior del niño constituye un criterio determinante para que se tomen medidas restrictivas para su protección inmediata y le sean devuelto en donde mejor estén, es conveniente que ninguna autoridad desautorice la aplicabilidad de los mecanismos que garanticen la protección integral como es la Ley⁹.

2.2 PROCEDIMIENTO

1. Carta rogatoria o solicitud dirigida al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y deberá contener: los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y de ser posible, la identificación de la persona a quien se imputa el traslado o la retención, la información pertinente relativa a la presunta ubicación de menor, fundamentos de derecho.
2. Anexos: copia íntegra y auténtica de resolución judicial o administrativa si existiera o del acuerdo que lo motive, la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable,

⁹ HERRERA RAMÍREZ, Fernando J. y CANCINO GONZÁLEZ, Gabriel A. Editorial Leyer. Mayo 2007.

documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante, certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia de dicho Estado.

3. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio se justificare la restitución.

4. Los exhortos, las solicitudes de los documentos que los acompañares no requieren de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

3. CONCLUSIONES

- Uno de los padres de los niños, niñas y adolescentes, cuando va a realizar la sustracción o secuestro, para impedir al otro progenitor el ejercicio de sus derechos debe tener muy en cuenta la garantía Constitucional y el bienestar del niño, niña y adolescente.

- En el ámbito Internacional una retención ilícita o el traslado ilegal de un menor, a un País diferente al de su residencia habitual conlleva a que los países partes adopten una legislación interna y a la vez estos países se adhieran al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores para así respetar y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

- El Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y ratificada por la Ley 173 de 1994, la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo en 1.989 y ratificada por Colombia mediante la Ley 880 de 2004, la Ley 1098 de 2006 que es actualmente el Código de Infancia y Adolescencia y la Constitución Nacional de Colombia, son los mecanismos e instrumentos necesarios, para que los Estados partes apliquen de manera inmediata lo convenido para garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

- En Colombia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y los Juzgados de familia de autorizar o prohibir la Restitución del menor a su lugar de origen, pero esto acompañado con las leyes y los convenios ya antes descritos.

- Los operadores Jurídicos encargados de administrar Justicia, no pueden ser ajenos a los hechos sociales que acontecen en determinada sociedad, ya que estos hechos sociales son totalmente diferentes y para cada caso en concreto debe existir un análisis diferente, no se puede dirimir conflictos siendo los

operadores Jurídicos muy pegados a la norma o mejor decir muy exegéticos, ya que el núcleo de la Familia y el derecho de los niños a tener un hogar sano no depende no solo de la exegesis de la norma en su aplicación si no también de su interpretación extensiva.

➤ La sociedad, la familia y el Estado tienen la obligación de garantizar y proteger el desarrollo integral y la plenitud de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO RODRÍGUEZ, Jinyola y SANTACRUZ LÓPEZ, Raúl, “La Restitución Internacional de Menores sustraídos por sus propios Padres”, *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, 2009, 11, (2) pp. 257-280.

BLANCO RODRÍGUEZ, Jinyola y SANTACRUZ LÓPEZ, Raúl, “Síntesis de una investigación cualitativa sobre sustracción interparental de menores”, en Denzin, Norman K. (ed.), *Fourth International Congress of Qualitative Inquiry*, University of Illinois at Urbana-Champaign, 2008.

CALVO BAVÍO, Flora, “La mediación en la sustracción internacional de menores”, en Angelines Cano Linares y Armando Castanedo Abay, *Métodos Alternativos de Solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-912 de 2004, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-049 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-278 de 1994, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1993, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-357 de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-500 de 1993, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-831 de 2003, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-891 de 2003, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-300 de 2006.

GUTIÉRREZ SARMIENTO, Carlos Enrique. Manual de Procesos de Familia. Universidad Externado de Colombia. 2006.

HERRERA RAMÍREZ, Fernando J. y CANCINO GONZÁLEZ, Gabriel A. Secuestro parental internacional de menores editorial Leyer.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. La vida de los derechos de la Niñez. Compilación Normativa. Tomo I. 1997.

MANTILLA DURÁN, Adriana. Sobre la Restitución Internacional de los niños, niñas y adolescentes. En la revista del centro de investigaciones socio jurídicas volumen 25 # 53: Temas Socio-jurídicos. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Diciembre de 2007.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores, séptima edición. Ediciones librería del profesional. 2001.

Procuraduría General de la Nación, Primer Foro de sensibilización para la Implementación del Código de la Infancia y Adolescencia. Bogotá, junio 21 de 2007.

Procuraduría general de la nación, Vigilancia Superior a la Garantía de los Derechos desde una perspectiva de Género, con énfasis en mujeres y adolescentes. Guía pedagógica. 2006.

Seminario sobre Restitución Internacional, organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Conferencia dictada por el magistrado Goicochea de la Argentina, representante de la Conferencia de la Haya, Bogotá, septiembre 13 de 2007.