

Sentencia T-202/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Procedimiento en la legislación nacional

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Marco normativo

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Reiteración de jurisprudencia

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Fase administrativa y fase judicial

MENOR DE EDAD-Retención ilegal en el marco del Convenio de La Haya de 1980

Para que se configure la retención ilegal de un menor de edad al interior de la jurisdicción de alguno de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades administrativas o judiciales, conforme a la competencia asignada por la legislación de cada país, deberán acreditar los siguientes presupuestos: (i) que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad (art. 4); (ii) que exista un ejercicio individual o compartido del derecho de custodia sobre el menor de edad (art. 3); (iii) que la residencia habitual del menor retenido sea la del país requirente (art. 4); (iv) que el menor retenido se encuentre efectivamente en el país requerido (art. 1); (v) que la Autoridad Central del país donde se encuentra el menor retenido agote la etapa de restitución voluntaria (art. 10); (vi) que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del año siguiente a la retención (art. 12); y; (vii) que no se configure ninguna de las causales de excepción previstas en el Convenio (art. 13). Adicional a lo anterior, y solo en el evento en el que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del término de un (1) año siguiente al momento de la retención ilegal, deberá descartarse que el menor se ha integrado a su nuevo medio social y familiar (inc. 2, art. 12). La concurrencia de los anteriores requisitos, exigen a las autoridades encargadas de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, decretar la restitución internacional del menor y ordenar su retorno al lugar de residencia habitual.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES Y LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCION EN EL MARCO DEL

CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Interés superior de los menores de edad

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional e internacional

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Contenido y alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deber de la familia, la sociedad y el Estado de brindar especial protección a los niños

La familia, la sociedad y el Estado deben dirigir sus actuaciones hacia el cumplimiento de su obligación de brindar especial protección a los menores de edad, mediante la garantía de su vida, supervivencia y desarrollo. Sobre este punto hay que recalcar que las obligaciones que surgen para garantizar el interés superior de los niños, no comprometen exclusivamente al Estado, sino que, por expresa disposición constitucional, se extienden a las familias y a la sociedad en general.

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

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Derechos de los menores de edad a ser escuchados

De acuerdo con las garantías derivadas del derecho al debido proceso y de los derechos fundamentales de los niños, reconocidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en la jurisprudencia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, los menores de edad que se encuentren involucrados en un proceso de restitución internacional, tendrán derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Su opinión deberá ser tomada en cuenta en función de su grado de madurez, el cual está asociado al entorno familiar, social y cultural en el que los menores se desenvuelven.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Integración al nuevo medio social y familiar

En cuanto a lo que se debe entender por integración al nuevo medio social y familiar, se tiene, en principio, que esto implica un cambio en el lugar de

residencia habitual, con lo cual se entiende que el menor ha dejado de ver el Estado requirente como el lugar donde se encuentra su centro de vida. Si bien es cierto que esta situación se ha logrado mediante un obrar ilícito, puesto que el menor se ha integrado en un Estado al cual ha sido ingresado o retenido ilícitamente, el Convenio, a través de la excepción prevista en el artículo 12, persigue la materialización del interés superior del niño, al entender que, ordenar la restitución de un menor que se ha integrado a un nuevo centro de vida y que ha constituido una nueva residencia habitual, vulnera este principio. Con fundamento en este razonamiento, es que se ha incorporado la posibilidad del rechazo de la restitución internacional frente a la integración. En consecuencia, para que opere esta excepción, debe darse un elemento adicional a la simple configuración del plazo de un año. Deberá demostrarse que el menor de edad se integró a su nuevo medio social y familiar.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR-Procedencia por defecto fáctico por cuanto no se tuvieron en cuentas las pruebas que existían sobre madurez del menor que exigían considerar su opinión

Referencia: Expediente T-6.438.838

Acción de tutela interpuesta por PVMB, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija NFRM, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia.

Magistrado Ponente:
CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, y los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 2017, que revocó la decisión adoptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 3 de agosto de 2017, en el proceso de tutela

promovido por PVMB contra la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente, advirtiendo que, con fundamento en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional) y como quiera que en el presente caso se estudiará la situación de un menor de edad, como medida de protección de su intimidad, se emitirán dos copias del mismo fallo, con la diferencia de que en aquella que publique la Corte Constitucional se utilizarán las iniciales de sus nombres.

I. ANTECEDENTES

1. PVMB, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija NFRM, instauró acción de tutela¹ en contra del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia. La demandante, en la forma señalada, reclamó la protección de los derechos fundamentales del niño, el debido proceso, la familia y la mujer.

2. Consideró que los derechos invocados les fueron vulnerados “*como consecuencia de vía de hecho, omisión de aplicación de normatividad legal, defecto fáctico y defecto sustancial*”² en los que incurrió la autoridad judicial accionada al resolver el recurso de apelación presentado en contra del fallo que decidió en primera instancia el juicio de restitución internacional de la menor NFRM.

3. Como fundamento de su petición de amparo constitucional, narró los siguientes:

1. Hechos

4. La menor NFRM nació el 8 de enero de 2010 en el condado de Palm Beach, estado de la Florida, Estados Unidos, dentro del matrimonio civil celebrado el 25 de noviembre de 2009 entre la tutelante PVMB, de nacionalidad colombiana, y el señor DR, de nacionalidad estadounidense.

5. El 19 de diciembre de 2015, la menor NFRM viajó a Colombia en compañía de su madre, para lo cual contó con la autorización escrita de su padre. El permiso fue otorgado desde la fecha del viaje hasta el 6 de enero de 2016³. Una vez en Bogotá, la tutelante afirma que le manifestó a sus familiares que su esposo la “*sometía a vejámenes y atropellos de todo tipo por mi condición de mujer latina, llegando incluso a obligarme a acompañarlo en el*

¹ Folios 67-89 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

² Folio 68 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

³ Folio 36 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

consumo de drogas estupefacientes y alcohol en forma regular”⁴ y que al contar con el respaldo incondicional de su familia, decidió comunicarle al señor DR su interés de divorciarse.

6. Vencido el plazo del permiso, el señor DR autorizó prolongar la estadía de la menor NFRM en Colombia, *“primero en forma explícita y después en forma tácita ya que no efectuó requerimiento alguno en tal sentido, esperando que mi intención de divorcio fuese pasajera, viajando incluso de vacaciones en el mes de mayo de 2016 donde pernoctó en la casa de campo de mis padres en Melgar, siempre intentando reversar mi decisión, al punto que me acompañó a cancelar la pensión de la niña en el colegio donde estudiaba, situación que consintió plenamente, máxime que no aportaba ninguna ayuda para los gastos de manutención*”⁵.

7. Luego de haber transcurrido más de un año desde su arribo a Colombia con su hija, el señor DR le *“manifestó que como mecanismo de presión para que regresara con él y no continuara con la idea del divorcio*”⁶, iniciaría acciones legales en su contra.

8. El señor DR, por intermedio de apoderada judicial, presentó en contra de la tutelante demanda de restitución internacional de su hija NFRM el 17 de enero de 2017, la cual correspondió al Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Bogotá. El argumento principal de la demanda consistió en que la menor NFRM se encontraba en territorio colombiano en forma ilegal, por cuanto el permiso por él otorgado se encontraba vencido.

9. Efectuado el traslado de la demanda, mediante apoderado judicial, la tutelante procedió a su contestación. Planteó como excepción de mérito el *“consentimiento tácito del padre de la menor sobre la permanencia de la menor en territorio colombiano*”. Argumentó que existió una autorización expresa para que NFRM pudiera salir de Estados Unidos con destino a Colombia, la cual se prolongó hasta mediados de febrero de 2016, y que vencido el plazo otorgado, el señor DR no se manifestó sobre la obligación de regresar a su país de residencia, *“consintiendo que la niña se integrara a su familia materna afectivamente y estudiara en Colombia*”⁷.

10. En el curso del proceso de restitución internacional se practicó en forma legal experticio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, donde se indicó: *“se desprende que el estado actual de la mayoría de los derechos de la niña [NFRM], se encuentran garantizados y/o cubiertos como son la educación, salud, necesidades básicas, recreación y protección por parte de su progenitora. En el hogar actual en donde pernocta (sic) la niña [NFRM], (casa de abuelos maternos), poseen muchos factores de generatividad por estar brindándole a la niña un ambiente de protección, afecto y armonía. Se cuenta con este apoyo subsidiado (red de apoyo) que le facilita a la niña, el*

⁴ Folio 69 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Folio 70 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁷ *Ibíd.*

manejo adecuado del diario vivir y le brinda estabilidad emocional necesaria y adaptabilidad con su entorno”⁸.

11. Aunado a lo anterior, la tutelante señaló que en la entrevista adelantada por el ICBF, su hija NFRM manifestó *“su deseo de quedarse en territorio colombiano a mi lado y el de sus abuelos maternos, los cuales le han brindado todo el apoyo afectivo, económico, social, cultural y de bienestar que necesita para su desarrollo y crecimiento normal”*⁹.

12. El Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de mayo de 2017, negó las pretensiones de la demanda al encontrar probada la excepción de mérito *“consentimiento tácito del padre de la menor sobre la permanencia de la menor en territorio colombiano”*, decisión que fue apelada por la apoderada judicial del señor DR.

13. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, al resolver la impugnación presentada por el señor DR, revocó la sentencia del *a quo*, ordenando en su lugar, la restitución internacional de la menor a los Estados Unidos. Para el cumplimiento de la orden, dispuso que debía entregarle la niña a su padre el 25 de julio de 2017 en las instalaciones del juzgado.

14. Para la tutelante, la decisión adoptada por el *ad quem* resultó *“arbitraria, caprichosa, ilegítima y contradictoria con el material probatorio obrante en el proceso ya que desconoc[ió] que en el mismo se demostró que DR consintió que mi hija NFRM permaneciera en territorio colombiano y se integrara social y afectivamente con su familia materna y que jamás fue retenida; también desconoció los medios probatorios donde se aprecia que la niña se encuentra integrada a un medio caracterizado por condiciones que favorecen su desarrollo integral y su dignidad”*¹⁰.

15. Asimismo, la tutelante sostuvo que el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, *“desconoc[ió] la ley y la interpretación jurisprudencial que de la misma han realizado las Altas Cortes para evitar este tipo de desafueros jurídicos que reproducen, de manera infortunada, los prejuicios y prevenciones que, por efecto de una obsoleta, escueta y facilista argumentación jurídica particularísima, ve todavía en los extranjeros un hito de honestidad, verdad y transparencia, incluso si se trata -como en este caso- de una persona que sostiene dichos contrarios a los elementos probatorios obrantes en el proceso y que enloda ante su supuesta querida hija, la imagen de su madre para favorecer sus intereses, teniendo eco en el Tribunal al punto que mis derechos se encuentran en vilo con el consiguiente y potencial devenir de serios daños y perjuicios para mí, para mi hija y para mi familia por el arrebatamiento de la niña en brazos de un extranjero que pretende raptarla lejos de su seno materno con el*

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Folio 71 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

consentimiento del Estado”¹¹.

16. A continuación, esta Sala realizará el recuento de las actuaciones desarrolladas en el trámite administrativo y en el proceso judicial de restitución internacional de la menor NFRM, a partir de los documentos obtenidos en sede de revisión, los cuales fueron decretados como prueba por la Corte Constitucional en auto del 31 de enero de 2018¹².

1.1. Trámite administrativo de restitución internacional de la menor NFRM

17. El 13 de junio de 2016 el señor DR presentó ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos solicitud de devolución de su hija NFRM a su lugar de residencia. Indicó que la menor viajó con su autorización a Colombia en compañía de su madre PVMB el 19 de diciembre de 2015, con la condición de regresar a Wellington (Florida) en el mes de febrero de 2016, fecha en la cual vencía el permiso otorgado¹³.

18. El 19 de agosto de 2016, la Oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado de los Estados Unidos solicitó a la Subdirección de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, colaboración para tramitar el regreso de la menor NFRM a ese país¹⁴.

19. El 12 de octubre de 2016, la Coordinadora del Grupo de Protección de la Regional Bogotá del ICBF, solicitó a la Coordinadora del Centro Zonal Suba de la misma entidad, la designación de un defensor de familia para el trámite de restitución internacional de la menor NFRM¹⁵.

20. El 13 de octubre de 2016, la Defensora de Familia del Centro Zonal Suba del ICBF, en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 112 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia)¹⁶, ordenó citar a la señora PVMB con el fin de escucharla respecto de la solicitud de restitución internacional presentada por el señor DR. Asimismo, dispuso la realización de una entrevista psicológica a la niña NFRM, la verificación de sus derechos y la intervención del área de trabajo social en lo de su competencia¹⁷.

21. El 18 de octubre de 2016 ante la Defensoría de Familia para Asuntos Conciliables del Centro Zonal Suba del ICBF, se adelantó la diligencia tendiente a la restitución voluntaria de la menor NFRM. Consultada sobre su deseo de restituir a su hija a los Estados Unidos, la señora PVMB manifestó: *“No estoy de acuerdo con que la niña regrese a la Florida con el padre, solo*

¹¹ Folio 72 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

¹² Folio 36 del cuaderno de revisión de la acción de tutela. Ver también *infra* párrafos 53 y 54.

¹³ Folios 4-6 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹⁴ Folio 3 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹⁵ Folio 22 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹⁶ *“Para los efectos de este artículo actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 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.”*

¹⁷ Folio 23 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

lo permitiría si fuera de visita, en mi compañía, considero que la niña está muy apegada a mí, soy la que se encarga de su cuidado, soy su figura de autoridad, la niña y yo hemos sido siempre muy unidas, desde el embarazo con mi hija nunca nos hemos separado, el padre siempre ha sido el proveedor del hogar; la relación de la niña con el padre es buena, yo siempre presionaba para que el padre compartiera con la niña, la vida del padre era su trabajo; acá la calidad de vida es diferente, acá hay más tiempo para todo, acá la cultura es diferente, acá hay más tiempo para la vida familiar, la gente es muy amigable; acá la niña ya está leyendo y hablando en español, el nivel de educación es más alto acá que allá, siento que acá en el colegio se preocupan más las profesoras por ella, que allá. Yo siento que los hijos necesitan conocer a sus padres, que la niña tiene derecho de conocer a su papá, pienso que el padre tiene una cultura diferente. Yo considero que mi hija debe estar conmigo”. La audiencia se dio por concluida ante la imposibilidad de lograr un acuerdo¹⁸.

22. La trabajadora social del Centro Zonal Suba del ICBF, realizó evaluación sobre las condiciones económicas, habitacionales y socio familiares de la señora PVMB, a efectos de constatar si los derechos de la menor NFRM se estaban garantizando. Al emitir su concepto señaló que *“De acuerdo a las entrevistas y la visita realizada, se establece que existen condiciones socio familiares y habitacionales que permiten el desarrollo integral de la niña [NFRM], al lado de su progenitora y los abuelos maternos quienes son de gran apoyo tanto moral como económico, para garantizarles los derechos fundamentales”*¹⁹.

23. El 1 de noviembre de 2016 el Centro Zonal Especializado Revivir del ICBF, presentó informe sobre el estado de salud y nutrición de la menor NFRM. En el concepto final emitido por el nutricionista dietista encargado de realizar la valoración, se indicó que *“la niña cuenta con garantía de derechos de acuerdo a la edad en salud, nutrición y vacunación, lo que orienta al cumplimiento del derecho a la salud, a los alimentos, a la custodia y cuidado personal, vida y calidad de vida por parte de sus cuidadores actuales...”*²⁰.

24. El 10 de noviembre de 2016 la psicóloga del Centro Zonal Suba del ICBF realizó valoración psicológica inicial a la menor NFRM. El objetivo del examen consistía en verificar los factores de riesgo y vulnerabilidad, observar la existencia o no de violencia intrafamiliar y determinar el estado de salud psicológica de la menor. Los resultados alcanzados fueron los siguientes:

“Con base en las gestiones realizadas, documentos aportados y lo observado durante todo el trayecto de la sección psicológica, se desprende que el estado actual de la mayoría de los derechos de la niña [NFRM] se encuentran garantizados y/o cubiertos como son la educación, salud, necesidades básicas, recreación y protección por parte de su progenitora. En el hogar actual en donde pernota (sic) la niña [NFRM], (casa de

¹⁸ Folios 28-29 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹⁹ Folios 41-43 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

²⁰ Folios 33-38 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

abuelos maternos), poseen muchos factores de generatividad por estar brindándole a la niña un ambiente de protección, afecto y armonía. Se cuenta con este apoyo subsidiado (red de apoyo) que le facilita a la niña, el manejo adecuado del diario vivir y le brinda estabilidad emocional necesaria y adaptabilidad con su entorno.

Con respecto de la relación de la niña con sus padres, los percibe y los quiere por igual, puesto que han sido referentes de identidad e idoneidad positiva. Afectivamente posee un vínculo muy estrecho hacia ellos dos.

El subsistema parental (relación entre los padres) se encuentra en un grado de vulnerabilidad por cuanto, la relación entre ellos dos, se encuentra deteriorada, se perdido (sic) el respeto y la confianza; pero, que aún no ha afectado la estabilidad emocional de la niña.

Se aclara que durante el desarrollo de la entrevista [NFRM] estuvo sola con la entrevistadora tolerando bien la entrevista. La narrativa libre y espontánea se vio reflejada en las respuestas proporcionadas, presentando fundamentos de verosimilitud y de credibilidad, dentro de un marco de tranquilidad. Presenta coherencia en su relato, sin evidencia de instigación por parte de terceros.

Se espera que en la edad en que se encuentra [NFRM], ya pueda tener una capacidad de razonar, saber lo bueno y malo, de lo que quiere y no quiere, de conocer lo permitido y dar un juicio adecuado. (En el control de realidad, verdad y mentira). Su desarrollo cognitivo no presenta indicadores de alteración o trastorno a la fecha, y el desarrollo psicoevolutivo es responsivo al momento del ciclo vital. Se percibe que [NFRM] ha interiorizado hábitos y patrones comportamentales, es juiciosa denotando organización y disciplina en sus actividades básicas. Presenta un nivel de desarrollo emocional, cognitivo y social acorde a su edad”²¹.

25. El 11 de noviembre de 2016 la Defensora de Familia del Centro Zonal Suba del ICBF, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 137 del Código de Infancia y Adolescencia²², informó al Juez de Familia del Circuito de Bogotá -Reparto-, que en el trámite administrativo de restitución internacional solicitado por el señor DR por intermedio de la Oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado de los Estados Unidos, no se había logrado la devolución voluntaria de la menor NFRM, razón por la cual se daba por concluido. Adicionalmente, instó a la autoridad judicial a dar inicio al respectivo proceso judicial, aportando para ello la documentación recaudada en el curso de la actuación²³.

1.2. Proceso judicial de restitución internacional de la menor NFRM

26. El 1 de diciembre de 2016, el Juzgado Segundo de Familia en Oralidad del Circuito de Bogotá admitió la demanda de restitución internacional instaurada por el ICBF en representación de la menor NFRM (Radicado No. 2016-1413). En la providencia se indicó que la demanda tenía como origen la

²¹ Folios 44-54 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

²² “Con el informe del Defensor de Familia sobre el desacuerdo para la restitución internacional del niño, niña o adolescente, el juez de familia iniciará el proceso.”

²³ Folios 222-224 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

solicitud presentada por el señor DR en contra de la señora PVMB. Finalmente, se ordenó adelantar visita social al lugar de residencia de los padres de la menor, así como notificar al Ministerio Público y a la Defensora de Familia adscrita a ese Despacho sobre el inicio de la actuación²⁴.

27. Mediante auto de 12 de enero de 2017, el Juzgado Segundo de Familia en Oralidad del Circuito de Bogotá prescindió de realizar la visita ordenada al lugar de habitación del señor DR, por cuanto se encontraba radicado en los Estados Unidos de América²⁵.

28. El 17 de enero de 2017, la apoderada judicial del señor DR se pronunció sobre el informe presentado por la Defensora de Familia del Centro Zonal Suba del ICBF. Señaló que este no contenía una exposición de los hechos ocurridos, ni de lo pretendido con la demanda. Así, y con el fin de encausar el trámite en la vía judicial, radicó escrito con la totalidad de requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso. Como pretensiones de la demanda solicitó la declaratoria de retención ilegal de la menor NFRM y la expedición de la orden de devolución a los Estados Unidos, país de su residencia habitual²⁶.

29. El 17 de febrero de 2016, la señora PVMB, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda y propuso excepciones de mérito²⁷. Argumentó que la demanda no debía prosperar toda vez que (i) *“el padre de la menor [DR] no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia de la menor [NFRM], al momento que fue trasladada a territorio colombiano”*, (ii) *“hubo por parte del progenitor de la menor una aceptación tácita de la permanencia de la menor en el territorio colombiano, más aun, conoció y aceptó que la niña o menor fuera matriculada en un jardín infantil en la ciudad de Bogotá, igualmente aportó económicamente para los gastos y necesidades que se requerían en el inicio de su nueva etapa escolar”*; (iii) *“el señor [DR], ha consumido sustancias psicoactivas como marihuana y alcohol, igualmente a (sic) presentado problemas de ira, circunstancias estas que indudablemente alteran su día a día y la capacidad de poder dedicarse a su hija, igualmente con su comportamiento pone en riesgo el desarrollo normal y seguridad de la menor”*; (iv) *“la menor siempre ha permanecido más tiempo con su madre, y el alejamiento de ella traería grandes perjuicios en el desarrollo y creciendo (sic) normal de la menor”*. Por su parte, en la misma fecha, la apoderada judicial del señor DR se pronunció sobre las excepciones formuladas por la parte demandada, oponiéndose a cada una de ellas²⁸.

30. Agotado el trámite de primera instancia, el Juzgado Segundo de Familia en Oralidad del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida en audiencia pública el 9 de mayo de 2017, resolvió (i) declarar probada la excepción de mérito denominada “consentimiento tácito del padre de la menor en territorio

²⁴ Folio 230 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

²⁵ Folio 422 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

²⁶ Folios 402-421 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

²⁷ Folios 441-449 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

²⁸ Folios 501-511 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

colombiano” y (ii) negar la solicitud de restitución internacional de la menor NFRM a los Estados Unidos²⁹.

31. Como fundamento de su decisión el *a quo* señaló:

“De la visita social realizada por la asistente social del despacho se resalta el antecedente mencionado con relación a la cuota alimentaria dada por el señor [DR] a la señora [PVMB] con respecto a la niña [NFRM], para los meses de enero a mayo del año 2016 por concepto de pago del jardín donde estaba matriculada la menor, hecho este que fue confirmado por el demandante en su interrogatorio, quien indicó que para el mes de mayo se trasladó a Bogotá y canceló los dineros adeudados al plantel educativo donde se encontraba estudiando su menor hija, reconociendo que posteriormente estuvo ayudando con gastos que requería la niña [NFRM]. Para el despacho esta conducta desplegada por el demandante, señor [DR], corresponde a una aceptación tácita de la permanencia de la niña [NFRM] en la ciudad de Bogotá, independientemente que para el mes de mayo del año 2016 el señor [DR] cesara de suministrar la cuota alimentaria, pues al haber suministrado cuotas alimentarias para la educación de la niña [NFRM] en los meses de febrero, marzo, abril y mayo del año 2016, para el plantel educativo ubicado en Bogotá, República de Colombia. Dicha actuación permite concluir que el aquí demandante aceptaba la radicación de su hija en el Estado colombiano, pues de ser lo contrario no hubiese suministrado la cuota alimentaria con destino a gastos educativos.

Ahora, frente a este punto es indispensable hacer claridad que el sólo hecho de dar la cuota alimentaria en principio no generaría la aceptación tácita del demandante al nuevo domicilio de la menor, por el contrario, acreditaría el cumplimiento de las obligaciones que por ley debe a su hija, sin embargo, la aceptación tácita mencionada recae sobre el hecho de que la cuota alimentaria tenía como destino el pago de las obligaciones académicas de la niña [NFRM], lo que por ende permite inferir que el aquí demandante era consciente de la nueva residencia de la niña y sus nuevas condiciones de vida, aceptando las mismas, hecho este, constatado incluso con la declaración del señor [JM], testimonio este que fue rechazado por el despacho mediante reposición interpuesto por la parte actora, pero decretado de forma oficiosa por el Despacho.

Lo anterior permite concluir, que el presente caso se ha configurado en el artículo 13 de la Ley 173 de 1994, puesto que se encuentra probado que el aquí demandante [DR] consintió tácitamente en el domicilio de la niña [NFRM], prestando a su vez su anuencia con posterioridad a su retención al contribuir con los gastos de educación que demandaba la menor en la institución donde se encontraba estudiando.

Sumado a lo anterior es indispensable resaltar que al señor [DR] jamás se le ocultó la ubicación de la menor, por el contrario, la señora [PVMB] procuró que la niña mantuviese comunicación constante con su padre vía telefónica y por diferentes medios tecnológicos varias veces a la semana en

²⁹ Folios 559-561 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

donde se le informó su decisión de quedarse radicada en el Estado colombiano en compañía de su hija en común [NFRM]. Decisión esta que como ya se anotó en principio fue aceptada tácitamente por el demandante señor [DR], y posteriormente desconocida, pero que basta con la aceptación inicial para negar la restitución internacional de la niña [NFRM]. Motivo por el cual este despacho declarará probada la excepción de mérito denominada consentimiento tácito del padre de la menor sobre la permanencia de la menor en territorio colombiano.

Prosperada la anterior excepción, este estrado judicial se abstiene de resolver sobre las demás demandas invocadas. Por otra parte y revisadas las particularidades que rodean el entorno de la niña [NFRM], observa este despacho que se cumplen requisitos mínimos establecidos para la protección de sus derechos amparados en nuestra Constitución Política de Colombia, dado que se encuentra escolarizada, tiene una buena red de apoyo familiar, cuenta con condiciones habitacionales en el lugar donde vive, se encuentra afiliada al sistema de salud y de las entrevistas y valoraciones no se observa hecho alguno que obligue a este Despacho a realizar protección alguna a favor o a tomar dicha situación como hechos que ameriten la restitución internacional para la protección de sus derechos. Aunado a que se encuentra radicada en Bogotá, Colombia, desde hace aproximadamente año y medio.

Por último es menester indicar a las partes que la presente decisión no implica prejuzgamiento sobre determinación definitiva de la custodia o guarda de la niña [NFRM] en los estrados judiciales donde se encuentre debatiendo dicho derecho”³⁰.

32. Esta decisión judicial fue impugnada en audiencia y el recurso de apelación sustentado en término por la parte demandante³¹.

33. El 13 de julio de 2017, constituido en audiencia pública para decidir el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, resolvió revocar la sentencia proferida el 9 de mayo de 2017 por el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá³². En consecuencia, ordenó la restitución inmediata de la menor NFRM a la ciudad de Wellington, Estados Unidos. Para efectos del cumplimiento de la orden, fijó la entrega de la menor a su padre DR en las instalaciones del Juzgado, el 25 de julio de la misma anualidad a las 11:00 a.m.

34. Las razones tenidas en cuenta por el *ad quem* para proferir la decisión de segunda instancia señalada en el párrafo anterior, fueron las siguientes:

“[S]e tiene que el traslado de la niña [NFRM], fue acordado entre sus

³⁰ Transcripción tomada del CD en donde obra la decisión proferida en audiencia de primera instancia por parte del Juzgado Segundo de Familia en Oralidad del Circuito de Bogotá el 9 de mayo de 2017, en desarrollo del trámite de restitución internacional de la menor NFRM. Folio 560 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

³¹ Folios 562-569 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

³² Folios 9-11 del cuaderno 2 del expediente de restitución internacional.

progenitores tal como los dos lo afirmaron en interrogatorio de parte, sin embargo, nada indica que su no retorno también haya sido consentido por su progenitor, como lo afirmó el juzgado de conocimiento, es decir, que el señor [DR] hubiera aceptado, expresa o tácitamente como mal se interpretó, que su hija se radicara en este país junto a la progenitora y que su lugar de residencia fuera Colombia a partir de su traslado. Es menester resaltar que no existen elementos materiales de prueba con suficiente fuerza para acreditar que el consentimiento dado se prorrogó de manera indefinida, y en contrario, existen pruebas que demuestran que el padre de la niña aceptó el traslado de su hija a territorio Colombiano pero de manera condicionada, es decir, sin que ese permiso se tornara ilimitado en el tiempo, pues así mismo lo afirmó la señora [PVMB] en interrogatorio de parte, quien dijo que su esposo le concedió un plazo inicial hasta el 6 de enero de 2.016 y que luego le concedió un plazo adicional debido a un proceso de ansiedad que le estaban tratando, y sin embargo, una de sus excepciones de fondo, es que había superado totalmente sus problemas, lo que significa, que efectivamente como lo reclama el demandante, no existió esa autorización expresa o tácita de permanencia de la niña de manera indefinida en el Estado Colombiano, sino por un tiempo limitado, es decir, el tiempo del tratamiento terapéutico.

Cabe señalar, que si bien el señor [DR] sabía que su hija se encontraba estudiando en Colombia, pese a que él mismo canceló unos dineros que se debían en el colegio, ello no significa que él mismo hubiera autorizado el ingreso de su hija menor de edad [NFRM] a la institución escolar Colombiana, pues como él mismo lo afirmó, el permiso que otorgó no tenía vocación de permanencia, pues de ser así, jamás se hubiera iniciado el trámite de restitución de su hija, y si acudió al colegio a cancelar una deuda, tampoco ello significa que estuviera aceptando la estadía de su hija en el territorio colombiano.

Así tenemos que en principio, la separación de la pareja obedeció a unas vacaciones que quería pasar [PVMB] en Colombia y a una intervención profesional que requería la mamá, pero circunstancias posteriores llevaron a la terminación de la relación de pareja, lo cual aconteció con posterioridad al traslado de [PVMB] y su hija a Colombia, pero el hecho que se hubiese aceptado que la niña estudiara en un plantel educativo, pudo obedecer a que la niña realizara algunas actividades, mientras la progenitora realizaba su tratamiento.

Se puede precisar que los derechos de la niña [NFRM] a tener una familia, fueron quebrantados por la señora [PVMB], precisamente por retenerla de manera definitiva en Colombia sin el consentimiento del padre, alejándola del medio familiar, social, cultural y académico del que hacía parte, pues la separó de manera unilateral del lado del papá, sin que mediara determinación voluntaria o judicial sobre la custodia de la hija, constituyéndose esa conducta en constitutiva de la vulneración de los derechos de la niña a tener una familia, así como al derecho, cuidado y amor de la niña respecto de su padre, circunstancia que no podría ser apoyada por este Tribunal, coma tampoco, aceptar que el hecho que si el señor cancelara alguna de sus obligaciones en el Colegio en donde la niña

estudiaba, fuera argumento para decir que el señor [DR] estaba dando su consentimiento tácito para que la niña permaneciera en el país, pues se sabe que son obligaciones y deberes constitucionales el suministrar los alimentos y la educación, entre otros, luego aceptar tal posición, sería avalar el incumplimiento de las obligaciones parentales, en desmedro del derecho de los niños y niñas a crecer en condiciones dignas.

Entonces, conforme a las pruebas recaudadas y a las que anteriormente se hiciera mención, para la Sala se presentó una retención ilegal de la niña menor de edad [NFRM], vulnerando con ello el derecho de permanecer en su residencia original, que ostenta también el padre señor [DR], quien autorizó a la progenitora, señora [PVMB], para que el día 19 de diciembre de 2015 viajara con su hija a la República de Colombia, con un permiso que no fue concedido de manera definitiva, sino condicionado a unas vacaciones y prorrogado mientras se trataba la demandada de un trastorno de ansiedad, como ella misma lo afirmó en el interrogatorio de parte, porque el permiso inicial fue hasta el 6 de enero de 2016. Situación que encuentra la Sala superada, pues la misma demandada en una de sus excepciones manifestó que ya habían sido vencidas todas sus dificultades y por esa razón se podía hacer cargo de la niña.

Aunado a lo anterior, si bien [DR] sabía que la niña estaba estudiando, al punto que fue al colegio con la señora [PVMB] y le dio dinero para sufragar las mensualidades del colegio que se debían, ello no trae inmerso el consentimiento y la voluntad que la niña permaneciera en nuestro país por más tiempo del que inicialmente se concedió.

Debe resaltarse que la señora [PVMB], no acreditó durante el curso del proceso la existencia de algún motivo para denegar la restitución de la menor, como por ejemplo, que exista un grave riesgo para que la restitución exponga a la menor de edad a un peligro físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable, pues contrario, del seguimiento previo que se le hizo a la niña, efectuado por la autoridad administrativa, como la entrevista, esta mostró el afecto que tiene hacia sus dos padres. Tampoco resulta suficiente para denegar la restitución, el hecho de que la menor de edad haya manifestado no querer regresar con su progenitor a los Estados Unidos, conforme obra en el seguimiento efectuado en diligencia previa, decretada por la autoridad central, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por cuanto es evidente que la niña no cuenta con un grado de madurez apropiado para tener en cuenta su opinión, pues apenas tiene 7 años de edad.

(...) Se torna necesario no acoger las excepciones propuestas, pues está demostrada la retención ilícita de la niña [NFRM] y, contrario a lo que concluyó el juez con el análisis probatorio, no existió para la Sala el beneplácito del padre para que su hija permaneciera en el territorio Colombiano de manera indefinida, circunstancia que precisamente arroja el análisis de las pruebas en su totalidad, lo que indica que se ha desatendido la valoración de las pruebas, o precedentes verticales del Tribunal supremo de lo constitucional, y lo que se estableció en el convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980, y que habla sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Así las cosas, habiéndose acreditado la retención ilegal que de la menor [NFRM] hiciera su progenitora [PVMB], vulnerando con ello la custodia que sobre la niña igualmente tiene su progenitor, el señor [DR], no le queda otra alternativa a la Sala que ordenar la restitución inmediata de dicha menor a su lugar de origen, esto es, Wellington, Estado de la Florida, condado de Palm Beach de los Estados Unidos de Norte América, al lado de su progenitor, señor [DR]”³³.

35. El 18 de julio de 2017, la ciudadana PVMB formuló acción de tutela³⁴ en contra del fallo de segunda instancia expuesto en precedencia. Por reparto, la solicitud de amparo constitucional fue asignada a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil³⁵.

2. Pretensiones de la acción de tutela

36. La accionante solicita que sean tutelados los derechos fundamentales del niño, el debido proceso, la familia y la mujer, ordenándole a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá: (i) suspender la orden de entrega de la menor NFRM al señor DR, hasta tanto se decida de fondo la solicitud de amparo constitucional y, (ii) proferir una nueva decisión por medio de la cual se subsanen las irregularidades presentadas en el fallo de segunda instancia, atendiendo los criterios fácticos, probatorios, jurídicos y jurisprudenciales aplicables al proceso de restitución internacional de la menor NFRM³⁶.

37. Como fundamento de lo anterior, la accionante señala que la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en defecto fáctico y sustantivo en el fallo proferido el 13 de julio de 2017, por cuanto: (i) determinó sin soporte probatorio alguno que la menor NFRM está retenida ilegalmente en Colombia, pasando por alto que las pruebas recaudadas en el plenario dan cuenta que el señor DR consintió y aceptó la permanencia definitiva de su hija en el territorio colombiano³⁷; (ii) desconoció que el ICBF en el curso del trámite judicial corroboró que la menor NFRM se encuentra integrada a su nuevo medio familiar y social en Colombia desde el mes de diciembre de 2015 y, a su vez, que manifestó su deseo de quedarse al lado de su madre y de sus abuelos maternos³⁸; (iii) no evaluó los graves riesgos y perjuicios a los que sometería a la menor NFRM al privarla del cuidado y afecto de su madre, ya que su progenitor carece del tiempo y de una red de apoyo familiar que le permita y contribuya a su cuidado, sumado a que ha tenido problemas de intolerancia, celos excesivos, ira, inestabilidad emocional, consumo de sustancias psicoactivas y alcohol, circunstancias que le impiden brindarle condiciones óptimas de crecimiento y desarrollo³⁹, y (iv)

³³ Transcripción tomada del CD en donde obra la decisión proferida el 13 de julio de 2017 por parte del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, Sala de Familia, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del fallo de primera instancia en el trámite de restitución internacional de la menor NFRM. Folio 9 del cuaderno 2 del expediente de restitución internacional.

³⁴ Folios 67-89 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

³⁵ Folio 90 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

³⁶ Folios 73-74 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

³⁷ Folio 74 y 78 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

³⁸ Folios 75-76 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

³⁹ *Ibíd.*

inaplicó los artículos 3, 12 y 13 de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁴⁰.

3. Respuesta de la entidad accionada y de las personas naturales y jurídicas vinculadas a la acción de tutela

38. El 21 de julio de 2017, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, admitió la acción de tutela formulada por la señora PVMB y vinculó, en calidad de accionado, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia. A su vez, ordenó enterar sobre la admisión de la solicitud de amparo, a las personas naturales y jurídicas vinculadas en calidad de intervinientes⁴¹ al proceso de restitución internacional de la menor NFRM. En cuanto a la medida provisional requerida, decidió no acceder a la misma con fundamento en que no reunía los presupuestos contemplados en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991⁴².

39. El término del traslado venció sin que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, efectuara pronunciamiento alguno. Por su parte, las personas naturales y jurídicas vinculadas a la acción de tutela en calidad de intervinientes se pronunciaron en los siguientes términos:

40. La Procuraduría Judicial II de Familia de Bogotá, en escrito presentado el 25 de julio de 2017⁴³, señaló tres aspectos relevantes del proceso de restitución internacional de la menor NFRM que, en su opinión, demandaban de la justicia constitucional la prosperidad de las pretensiones planteadas por la señora PVMB en su escrito de tutela. Los argumentos que sustentan la posición del Ministerio Público son los siguientes:

- (i) Ausencia de traslado o retención ilícitos: “[e]stá probado en el proceso de restitución internacional que la niña NFRM no fue retenida ilícitamente en Colombia, pues una vez culminó el periodo de autorización que signó su progenitor en los Estados Unidos, no hubo un requerimiento, rechazo o reacción de manera inmediata por la supuesta retención ilegal, tal y como lo exige el tratado multilateral de la Haya. Contrario sensu, el padre realizó de manera explícita, ora implícita, una serie de actos indicativos de su aceptación sobre la permanencia de la niña en territorio colombiano. De otro modo no se explica cómo el señor [DR] viajó a Colombia con posterioridad a la supuesta retención ilícita, es decir, en el mes de mayo de 2016, en dicho periplo se alojó en un inmueble de los abuelos maternos de la menor, y como si no fuera suficiente, consintió implícitamente en el hecho que la niña haya sido matriculada y estudie en un colegio de Bogotá, lo cual descarta que NFRM estuviera siendo ocultada a su padre pues, se itera, él mismo tuvo contacto con ella en su viaje a Colombia sin exteriorizar

⁴⁰ Folio 78 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁴¹ Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Bogotá, Defensoría de Familia del ICBF, Procuraduría Delegada para Asuntos de Familia y señor DR, padre de la menor.

⁴² Folio 91 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁴³ Folios 105-111 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

desacuerdo o manifestación de oposición alguna”⁴⁴.

- (ii) Integración de la menor al medio familiar: “[d]esconoce el fallo del *Ad quem* que el periodo que transcurrió entre el momento en que venció el permiso del progenitor para que la niña permaneciera en Colombia, esto es, mediados de febrero de 2016, y la fecha en la que instauró la acción de restitución internacional, y aún hasta la fecha, los lazos afectivos y emocionales de la niña con su madre y con su familia extensa, se fortalecieron a tal punto que la menor de edad no dudó en exteriorizar y expresar su ánimo de permanecer en brazos de su madre. // Nótese como la misma autoridad administrativa, esto es, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, certifica el ambiente de protección, afecto y armonía que rodea la convivencia de la niña con su madre y con sus abuelos maternos, lo cual es corroborado por la trabajadora social del Juzgado Segundo de Familia en su visita sicosocial practicada a la residencia de la señora [PVMB]”⁴⁵.
- (iii) Opinión de la menor: “no se entiende cómo la opinión, inclinación, deseo o ánimo expresado por la niña, en el sentido de querer permanecer con su mamá y con sus abuelos maternos, fue desatendida por la Sala de Familia en su fallo del pasado 13 de julio, al revocar el fallo del juzgado de primera instancia y ordenar la restitución y traslado a los Estados Unidos de Norteamérica”⁴⁶.

41. Por su parte, el señor DR, padre la menor NFRM y demandante dentro del juicio de restitución internacional, mediante escrito del 25 de julio de 2017⁴⁷, se pronunció sobre cada uno de los hechos narrados por la señora PVMB en el escrito de tutela, manifestando que la mayoría de estos no eran ciertos. Luego de exponer su versión sobre lo ocurrido, se opuso a la prosperidad del amparo aduciendo que la acción de tutela era improcedente por incumplimiento de los requisitos de inmediatez, subsidiariedad e inexistencia de un perjuicio irremediable. Para finalizar, señaló que en todo caso, la sentencia cuestionada, no vulneró ningún derecho fundamental de su menor hija, sino que por el contrario, le restableció sus derechos.

42. Los demás intervinientes vinculados al trámite constitucional (Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Bogotá y Defensoría de Familia del ICBF), al igual que la autoridad accionada, no efectuaron pronunciamiento alguno en relación con la demanda de tutela.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. Primera instancia

43. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante

⁴⁴ Folios 106-107 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁴⁵ Folios 106-107 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁴⁶ Folios 106-107 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁴⁷ Folios 126-133 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

sentencia del 3 de agosto de 2017⁴⁸, denegó el amparo pretendido a través de la acción de tutela.

44. Como fundamento de su decisión, la primera instancia señaló que, revisadas las pruebas recaudadas en el proceso de restitución internacional, no se observa que la autoridad judicial haya realizado una indebida valoración de las mismas, razón por la cual la determinación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, estuvo soportada en argumentos que no lucen caprichosos ni arbitrarios.

45. Al respecto consideró que la decisión judicial de ordenar la restitución internacional de la menor NFRM a los Estados Unidos, fue sustentada por el *ad quem* en los testimonios practicados y el informe psicológico proveniente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pruebas que le permitieron determinar que (i) el domicilio, el entorno y las relaciones de la vida de la menor se encuentran en los Estados Unidos, (ii) que su padre DR, consintió que por un determinado tiempo se trasladara junto con su madre PVMB hacia Colombia para el disfrute de unas vacaciones, (iii) que la permanencia de la niña se prolongó indebidamente por la afección de salud de su progenitora, (iv) que si bien el señor DR cumplió con el suministro de alimentos a favor de su hija durante el tiempo en que estuvo en Colombia, ello no quería decir que estaba de acuerdo con su cambio de residencia y (v) que no se acreditó en el proceso que la menor pudiera padecer un perjuicio psicológico o un detrimento de sus garantías por el hecho de disponer su traslado a su patria natal.

46. Conforme a lo anterior, el juez de primera instancia en tutela concluyó que si bien la acción de tutela permite la corrección de yerros protuberantes y manifiestos contenidos por el sentenciador de instancia, dicha hipótesis no era predicable en el caso bajo estudio, pues el razonamiento expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, para acoger las pretensiones del juicio de restitución internacional de la menor NFRM, en manera alguna resultó arbitrario o caprichoso, lo cual excluye la posible ocurrencia de causal de procedencia del amparo.

4.2. Impugnación

47. Dentro de la oportunidad legal, la señora PVMB impugnó⁴⁹ la decisión de primera instancia, a efectos de lo cual reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela y agregó que (i) la menor NFRM en entrevista realizada por el ICBF manifestó su deseo de quedarse en territorio colombiano a lado de su madre y de sus abuelos maternos, quienes le han brindado todo el apoyo afectivo y económico que necesita para su desarrollo y crecimiento, (ii) que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta los argumentos expuestos y las pruebas aportadas que dan cuenta que la niña NFRM se encuentra integrada a su nuevo medio familiar y social en Colombia desde el mes de diciembre de

⁴⁸ Folios 189-197 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁴⁹ Folios 211-217 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

2015 y (iii) que separarla de su madre para enviarla con su progenitor, pone en riesgo su salud psicológica, lo que podría ocasionarle graves perjuicios porque el padre no está en condiciones de brindarle el apoyo necesario para su normal desarrollo y crecimiento. Para finalizar, insistió en la necesidad de decretar como medida provisional, la suspensión de la orden de entrega de la niña NFRM a su padre, hasta tanto se decidiera la impugnación presentada en contra del fallo de tutela. La solicitud de medida provisional fue resuelta favorablemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante auto del 18 de agosto de 2017⁵⁰.

48. Por su parte, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia, invocando las facultades otorgadas por los artículos 277 de la Constitución Política, 47 del Decreto 262 de 2000 y 95 de la Ley 1098 de 2006, también presentó recurso de apelación⁵¹. Tras reiterar los argumentos de la intervención presentada el 25 de julio de 2017 por la Procuraduría Judicial II de Familia de Bogotá (folios 105 al 111 del cuaderno 1 del expediente de tutela), añadió que, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al confirmar la decisión de restituir a los Estados Unidos a la menor NFRM, desconoció su propia jurisprudencia, pues allí ha establecido que los operadores judiciales no pueden desestimar las valoraciones aportadas a los procesos sobre el arraigo de los menores a su nuevo entorno familiar, a cambio de privilegiar o priorizar el cumplimiento del Convenio de La Haya. A juicio de la Delegada del Ministerio Público, con decisiones de esta naturaleza se soslaya la aplicación de la excepción prevista por el mismo Convenio en el literal b) de su artículo 13⁵², el cual busca garantizar los principios de interés superior y protección integral de los menores.

4.3. Segunda instancia

49. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante fallo de 6 de septiembre de 2017⁵³, revocó la decisión del *a quo* y concedió la protección reclamada. Consideró que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en la sentencia del 13 de julio de 2017, por medio de la cual ordenó la restitución de la menor NFRM a la ciudad de Wellington, Estados Unidos, incurrió en una inadecuada apreciación de los medios

⁵⁰ Folios 7-10 del cuaderno 2 del expediente de tutela.

⁵¹ Folios 223-225 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁵² **“Artículo 13.** *No obstante las disposiciones del artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare:*

a) Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso;

b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrarse que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social.” (Subrayado fuera de texto)

⁵³ Folios 194-203 del cuaderno 2 del expediente de tutela.

probatorios recaudados, pues no los valoró en su conjunto como se lo imponía el artículo 176 del Código General del Proceso.

50. Las razones expuestas por el *ad quem*, como constitutivas del defecto fáctico en el que incurrió el operador judicial censurado, se circunscriben a:

- (i) Dar por sentado que el pago de los gastos de matrícula y pensión escolar de su menor hija correspondió al cumplimiento del deber legal de suministro de cuota alimentaria, y no, a la manifestación tácita de su consentimiento sobre la aceptación de no regreso a su país de residencia habitual, valoración que impidió tener como probada la excepción contenida en el literal a) del artículo 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.
- (ii) Desestimar las declaraciones rendidas por la menor en las que manifestó no querer regresar a los Estados Unidos con su padre, bajo el argumento de que la niña no gozaba un grado de madurez suficiente para tener en cuenta su opinión, apreciación que aparte de ir en contravía del informe de valoración psicológica realizado por el Centro Zonal Suba del ICBF, impidió la aplicación de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, norma según la cual la autoridad judicial podrá negarse a ordenar el regreso del menor si constatare que este se opone a retornar, siempre y cuando hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrarse que es conveniente tener en cuenta su opinión.
- (iii) No verificar el entorno en el que la niña viviría en los Estados Unidos, teniendo en cuenta que su restitución debía estar acompañada de un examen sobre la integración de la menor al medio al cual se estaba ordenando su retorno, en procura de evitar que un nuevo desarraigo genere un efecto contrario al pretendido. Lo anterior, podría causar daños físicos o psíquicos en la menor, o colocarla en una situación intolerable, lo cual permitiría aplicar la excepción contenida en el literal b) del artículo 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

51. Para efectos de amparar los derechos fundamentales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ordenó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la sentencia, procediera a emitir un nuevo fallo conforme a lo expuesto en la parte motiva.

52. A continuación, esta Sala de Revisión expondrá en un cuadro resumen el sentido de las decisiones, los argumentos principales y las órdenes específicas impartidas, tanto en el proceso ordinario de restitución, como en el trámite de tutela.

Trámite Judicial	Instancia y Autoridad	Declaratorias	Fundamento	Órdenes
Demanda de restitución internacional presentada por el ICBF y coadyuvada por DR en contra de PVMB	Primera Instancia <i>Juzgado Segundo de Familia en Oralidad del Circuito de Bogotá</i>	· Declaró probada la excepción de consentimiento tácito consagrada en el art. 13 literal a) del Convenio de La Haya de 1980.	· El pago de estipendios educativos constituye prueba de la aceptación del padre respecto del cambio de residencia de su hija.	· Niega la restitución internacional de la menor
	Segunda Instancia <i>Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia</i>	· Declaró que la menor se encuentra retenida ilícitamente en Colombia.	· El permiso de traslado a Colombia se otorgó por un tiempo limitado y la menor no regresó a los Estados Unidos a su vencimiento.	· Ordena la restitución internacional de la menor
		· No encontró probada la excepción de consentimiento tácito consagrada en el art. 13 literal a) del Convenio de La Haya de 1980.	· El pago de estipendios educativos corresponde al cumplimiento de obligaciones parentales y no a una expresión de la voluntad del padre sobre el cambio permanente del domicilio de su hija.	
		· No encontró acreditada la excepción de existencia de grave riesgo para la menor consagrada en el art. 13 literal b) del Convenio de La Haya de 1980.	· No hay prueba de que la restitución exponga a la menor a peligros físicos o psíquicos, o la coloque en una situación intolerable. En la valoración psicológica realizada por el ICBF a la menor, esta mostró el	

			afecto que tiene hacia sus dos padres.	
		<ul style="list-style-type: none"> • Determinó que no había lugar a considerar la opinión de la menor en el proceso, conforme lo establece el inciso segundo del art. 13 literal b) del Convenio de La Haya de 1980. 	<ul style="list-style-type: none"> • No resulta suficiente para denegar la restitución el hecho de que la menor haya manifestado no querer regresar a los Estados Unidos. La menor no cuenta con un grado de madurez suficiente, apenas tiene 7 años de edad. 	
Acción de tutela presentada por PVMB en contra del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia	Primera Instancia <i>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil</i>	<ul style="list-style-type: none"> • No se configuraron los defectos alegados como vulneradores de los derechos fundamentales. 	<ul style="list-style-type: none"> • La decisión proferida por el <i>ad quem</i> en el proceso de restitución internacional no resultó arbitraria o caprichosa. El fallo se encuentra ajustado a las normas que regulan el procedimiento y a las pruebas recaudadas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Niega el amparo solicitado.
	Segunda Instancia <i>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Se vulneraron los derechos fundamentales invocados toda vez que al decidir sobre la restitución internacional de la menor se apreciaron inadecuadamente los medios probatorios recaudados, dando lugar a la no aplicación de 	<ul style="list-style-type: none"> • Existió una indebida valoración de las pruebas que daban cuenta de la configuración de la excepción del consentimiento tácito, lo que condujo a declarar equivocadamente la retención ilícita de la menor y no dar aplicación al literal a) del artículo 13 del 	<ul style="list-style-type: none"> • Revoca la decisión dictada en primera instancia en sede de tutela. • Concede el amparo solicitado. • Ordena al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

		las causales de excepción previstas en el Convenio de La Haya de 1980.	<p>Convenio de La Haya de 1980.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Existiendo la manifestación de la menor de preferir vivir en Colombia y no en los Estados Unidos, no se aplicó la excepción prevista en el inciso segundo del literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. • Debió negarse la restitución de la menor a los Estados Unidos, mediante la aplicación de la excepción dispuesta en el inciso primero del literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, y de esta forma, evitar los daños psicológicos y físicos que le generaría a la menor un nuevo desarraigo. 	Sala de Familia, proferir una nueva sentencia.
--	--	--	---	--

5. Actuaciones en sede de revisión

53. En auto de pruebas y suspensión de términos proferido por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional el 31 de enero de 2018⁵⁴, se ordenó oficiar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, para que remitiera con destino al trámite de tutela, el expediente del proceso de restitución internacional de la menor NFRM, así como para que informara sobre el estado actual del proceso y allegara copia de la decisión proferida en cumplimiento del resuelve primero⁵⁵ de la sentencia proferida el 6

⁵⁴ Folio 36 del cuaderno de revisión de la acción de tutela.

⁵⁵ “PRIMERO: REVOCAR el fallo impugnado y en su lugar conceder el amparo deprecado por la menor N.F.R.M., representada por su mamá [PVMB]. // En consecuencia, se deja sin efectos la providencia del 13 de julio de 2017 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala familia, dentro del

de septiembre de 2017 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, por medio de la cual se decidió la segunda instancia de la presente acción constitucional.

54. Mediante oficio No. 0201L del 7 de febrero de 2018⁵⁶, la autoridad judicial remitió el expediente de restitución internacional identificado bajo el No. 11001-31-10-002-2016-01413-01, allegó CD y acta de la audiencia llevada a cabo el 4 de octubre de 2017, en donde consta el fallo de segunda instancia proferido en cumplimiento de la orden dada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, e informó que el trámite de restitución internacional en la vía ordinaria se encontraba concluido⁵⁷.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

55. La Corte Constitucional es competente, por medio de esta Sala, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los artículos 31 y 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos

56. Esta Sala de Revisión debe establecer, en primer lugar, si ¿la acción de tutela presentada por la señora PVMB contra el fallo dictado el 13 de julio de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales?

57. En caso de que la respuesta sea afirmativa, la Sala deberá pasar a establecer si ¿en la expedición del fallo dictado el 13 de julio de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, se estructuró (i) un defecto fáctico, al no haberse valorado en debida forma el acervo probatorio recaudado en el proceso de restitución internacional de la menor NFRM, el cual permitía dar cuenta de la configuración de los escenarios de excepción previstos en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, y (ii) un defecto sustantivo, derivado de la inaplicación de las normas del Convenio donde aquellas excepciones se encontraban contenidas?

proceso de restitución internacional, promovido por [DR] contra [PVMB] y en su lugar se ordena a esa autoridad, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a emitir un nuevo fallo conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

⁵⁶ Folios 61 al 66 del cuaderno de revisión de la acción de tutela.

⁵⁷ Los documentos y memoriales allegados por las partes a la Secretaría General de la Corte Constitucional con el fin de ser considerados en el presente trámite de revisión de tutela, no serán tenidos en cuenta al momento de proferir la presente decisión, por cuanto (i) no fueron decretados como pruebas por la Sala Primera de Revisión en el auto del 31 de enero de 2018 y (ii) el acervo probatorio recaudado tanto en el proceso de restitución internacional como en los trámites de tutela y de revisión, se consideraron suficientes para decidir el presente asunto.

58. Para resolver los anteriores interrogantes, esta Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y determinará si en este caso se cumplen. Para ello, analizará a la luz de los convenios internacionales ratificados por Colombia (i) cómo se desarrolla en la legislación nacional el procedimiento de restitución internacional de menores en situación de retención ilegal, (ii) en qué consiste la retención ilegal de un menor de edad y (iii) cuál es el alcance de las excepciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, asunto este último en el que se observarán los presupuestos de interés superior de los menores de edad, la consideración de sus opiniones y la integración al nuevo medio familiar. En atención a lo anterior, procederá a verificar si en el caso concreto, al proferirse la orden judicial de restitución internacional de la menor NFRM a los Estados Unidos, por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, se incurrió en algún defecto específico que haría procedente el amparo deprecado en sede de tutela.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Requisitos generales de procedencia

59. La señora PVMB interpuso acción de tutela en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, por medio del cual ordenó la restitución internacional de la menor NFRM a los Estados Unidos. En esos términos, resulta claro que estamos ante una tutela en contra de providencia judicial, que como tal, debe cumplir con los requisitos que para tal efecto ha señalado la jurisprudencia.

60. Los artículos 86 de la Constitución y 5 del Decreto 2591 de 1991 establecen que toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

61. En consecuencia, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones de los jueces, en su calidad de autoridades públicas, cuando incurran en graves falencias que las hagan incompatibles con la Constitución y afecten los derechos fundamentales de las partes⁵⁸. En todo caso, dicha procedencia es excepcional, “*con el fin de que no se desconozcan los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y la naturaleza subsidiaria que caracteriza al mecanismo*”⁵⁹.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2009.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

62. Para tal efecto, la jurisprudencia constitucional⁶⁰ estableció los siguientes requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales deben cumplirse en su totalidad: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla el requisito de inmediatez, o sea, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iii) que cuando se trate de una irregularidad procesal tenga un efecto decisivo en la sentencia que se impugna, que resulte lesiva de las garantías constitucionales del actor; (iv) que el actor identifique de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados; (v) que la sentencia que se impugna en sede de tutela no corresponda a su vez a una sentencia que haya definido una acción de tutela; y (vi) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

3.1.1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia en el caso analizado

63. En el presente acápite, esta Sala de Revisión hará el análisis del cumplimiento de cada uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en el caso que analiza.

(i) *Relevancia constitucional:*

64. Tal como lo ha señalado esta Corte, la relevancia constitucional se refiere a que la disputa trascienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior⁶¹.

65. Así pues, el asunto sometido al análisis de esta Sala de Revisión es de relevancia constitucional porque (i) implica el análisis sobre el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales y el interés superior de una menor de edad, considerada por la jurisprudencia constitucional como sujeto de especial protección⁶², (ii) se está ante la posible inaplicación de un tratado internacional suscrito por el Gobierno Nacional y ratificado por el Congreso de la República a través de la Ley 173 de 1994⁶³ y (iii) involucra la posible violación del derecho fundamental al debido proceso de la tutelante.

66. De acuerdo con lo anterior, tanto por sus fundamentos jurídicos como fácticos, el caso que nos ocupa es de relevancia constitucional.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 2016.

⁶¹ En la sentencia T-335 de 2000, la Corte destacó: “[L]a definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional.” Ver también Sentencia T-414 de 2009.

⁶² Véanse, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-881 de 2008 y T-200 de 2014.

⁶³ Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. A su vez, la norma en cuestión, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-402 de 1995.

(ii) *Requisito de inmediatez:*

67. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la vulneración, en este caso, la adopción de la providencia judicial que se estima violatoria de derechos fundamentales⁶⁴.

68. Aunque no se ha determinado qué lapso podría considerarse razonable y proporcionado para interponer la acción de tutela contra providencias judiciales, la jurisprudencia ha señalado que, en algunos casos, seis meses podrían considerarse suficientes para declararla improcedente.

69. En el asunto que se estudia, la acción de tutela se interpuso el 18 de julio de 2017, esto es, cinco (5) días después de notificado el fallo cuestionado⁶⁵.

70. Con base en lo anterior, y a la luz de lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a juicio de esta Sala de Revisión, el término en el que se interpuso la acción de tutela contra la providencia judicial mencionada es razonable y no pone en riesgo principios como la cosa juzgada o la seguridad jurídica que el requisito de inmediatez busca proteger.

(iii) *Efecto decisivo de la irregularidad:*

71. Esta Corporación también ha establecido que para que la tutela sea procedente, la irregularidad alegada debe afectar decisivamente al derecho fundamental presuntamente vulnerado.

72. En el caso que se analiza, la accionante afirma que la vulneración de sus derechos fundamentales y los de su hija son consecuencia de la indebida valoración de las pruebas recaudadas en el proceso. Para la tutelante, el defecto fáctico alegado, se constituyó en la razón por la cual el tribunal accionado decidió inaplicar las excepciones previstas en el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños y ordenar el regreso de la menor de edad a los Estados Unidos. En ese sentido, de acreditarse que dicha orden fue irregular, innegablemente éste generaría un efecto decisivo en la vulneración del derecho al debido proceso.

(iv) *Identificación razonable de los hechos:*

73. Para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, también es necesario que la parte actora identifique razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados. Además,

⁶⁴ En ese sentido, en Sentencia C-590 de 2005, la Corte señaló que la razón de ser de este requisito es evitar la transgresión de principios como la cosa juzgada o la seguridad jurídica, ya que permitir que la acción de tutela se interponga meses o incluso años después de la fecha en la que se toma la decisión desdibujaría la finalidad de los mecanismos ordinarios de defensa previstos por el legislador.

⁶⁵ Dicha providencia es del 13 de julio de 2017.

que haya alegado esa vulneración en el proceso ordinario, siempre y cuando haya tenido oportunidad de hacerlo⁶⁶.

74. En el asunto sometido a revisión de esta Sala, los accionantes hacen un relato claro, detallado y comprensible de los hechos que dieron origen a la sentencia cuestionada. Además, la acción de tutela identifica los derechos fundamentales que, razonablemente, se estiman vulnerados con esa providencia judicial.

75. Ahora bien, tal como se señalará en el apartado correspondiente al requisito de subsidiariedad, la tutelante no tenía la posibilidad de alegar la vulneración de tales derechos en el trámite del proceso ordinario, pues contra la sentencia de segunda instancia de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no procedían recursos.

(v) *No se trata de una sentencia de tutela:*

76. Esta Corte ha señalado que es necesario que la providencia judicial cuestionada no sea una sentencia de tutela, pues los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida.

77. En este caso es claro que no estamos ante una tutela contra sentencia de tutela sino contra una decisión proferida en desarrollo de un proceso de doble instancia de restitución internacional de un menor de edad, por lo cual también se acredita este requisito.

(vi) *Requisito de subsidiariedad. Agotamiento de recursos:*

78. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, la propia jurisprudencia ha precisado que el examen del cumplimiento de este requisito no se agota con corroborar la existencia de otro medio de defensa, sino que implica, además, verificar que este sea idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, pues, en caso contrario, la tutela resultaría excepcionalmente procedente.

79. En tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales, ha advertido esta Corte que es necesario que el accionante haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial para que la acción de tutela sea procedente⁶⁷.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

⁶⁷ En los términos de la Sentencia SU-424 de 2012, “[L]a acción de tutela no puede admitirse, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”. Ver también, Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 2015.

80. Siguiendo esta línea, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la cual la acción de tutela no resulta procedente cuando, a través de este medio, se pretende reabrir etapas procesales que se encuentran agotadas porque no se presentaron los recursos respectivos, ya sea por negligencia, descuido o distracción de las partes⁶⁸.

81. La Sala observa que en el *sub judice* se satisface el requisito de subsidiariedad por cuanto la providencia judicial atacada fue de cierre, dictada en un proceso de doble instancia que no admite la interposición de recurso extraordinario alguno.

82. Sobre la improcedencia de recursos extraordinarios en los procesos de restitución internacional de menores, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia, ha señalado que *“dentro de los fallos que en forma expresa determina el artículo 334 [CGP] no se encuentra el dictado en los asuntos de restitución internacional de menores, así se trate de procesos declarativos, por cuanto, se itera, con excepción de los pronunciados en las acciones de grupo o los que versen sobre el estado civil, presupuesto ineludible para la procedencia del recurso de casación es que los pedimentos sean esencialmente económicos y que el valor actual de la resolución desfavorable al acusador sea superior a los preindicados 1.000 salarios; requisitoria que no se satisface en las contiendas de restitución internacional de menores de edad, por la sencilla razón de que, atendida su naturaleza jurídica, ellas solo proponen obtener la decisión a través de la cual se ordene la reincorporación del menor al lugar de su residencia habitual”*⁶⁹.

83. Por lo anterior, esta Sala de Revisión considera satisfecho el requisito de subsidiariedad, así como todos los demás requisitos generales y, por lo tanto, pasa a estudiar el cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso que se analiza.

3.2. Requisitos específicos de procedencia

84. Además de los requisitos generales, la jurisprudencia constitucional ha definido unos requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionados con graves defectos que las hacen incompatibles con los preceptos constitucionales⁷⁰.

85. Ellos son *defecto fáctico, defecto material o sustantivo, defecto procedimental, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, defecto orgánico, error inducido y violación directa de la Constitución*. De estos, al menos uno debe cumplirse para que la acción de tutela sea procedente⁷¹. Así mismo, debe tenerse en cuenta que una misma irregularidad puede dar lugar a la configuración de varios de estos defectos.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2014.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto No. AC4366-2017 del 11 de julio de 2017.

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-666 de 2015 y T-582 de 2016.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia T-404 de 2017.

(i) *Defecto fáctico:*

86. La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el defecto fáctico se configura cuando la providencia judicial es el resultado de un proceso en el que (i) dejaron de practicarse pruebas determinantes para dirimir el conflicto, o que (ii) habiendo sido decretadas y practicadas, no fueron apreciadas por el juez bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, o que (iii) carecen de aptitud o de legalidad, bien sea por su inconducencia, impertinencia o porque fueron recaudadas de forma inapropiada⁷².

(ii) *Defecto material o sustantivo:*

87. Se presenta cuando: (i) la providencia judicial se basa en una norma inaplicable al caso concreto, ya sea porque no se ajusta a este, no está vigente por haber sido derogada o fue declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance; (iii) se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso, que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, (iv) la norma pertinente es inobservada e inaplicada⁷³ o (v) no se hace uso de la excepción de inconstitucionalidad y, por el contrario, se emplea una interpretación normativa sin tener en cuenta que resulta contraria a los derechos y principios consagrados en la Constitución⁷⁴. En estos eventos, el juez de tutela debe intervenir excepcionalmente, para garantizar la vigencia de los preceptos constitucionales, a pesar de la autonomía que, en principio, tienen los jueces para definir las normas en las que se fundamenta la solución del caso puesto a su consideración⁷⁵.

(iii) *Defecto procedimental:*

88. El juez, al dictar su decisión o durante los actos o diligencias previas, desatiende o deja de aplicar las reglas procesales pertinentes. La Sentencia T-781 de 2011 explicó que se han reconocido dos modalidades de defecto procedimental: (i) absoluto, cuando el juez sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia, pretermite etapas sustanciales del procedimiento, pasa por alto el debate probatorio o dilata injustificadamente tanto la adopción de decisiones como su cumplimiento⁷⁶, y (ii) por exceso

⁷² Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016. De acuerdo con la Sentencia SU-159 de 2002, al adelantar el estudio del material probatorio, el operador judicial debe utilizar “*criterios objetivos, no simplemente supuestos por el juez, racionales, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se le encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas*”.

⁷³ Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias T-781 de 2011, SU 424 de 2012, T-388 de 2015 y T-582 de 2016. Ha dicho la Corte que, en tales casos, la decisión judicial pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad que debe dejarse sin efectos, para lo cual la tutela resulta ser el mecanismo idóneo y apropiado.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-132 de 2013.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016.

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-950 de 2011.

ritual manifiesto, esto es, cuando arguye razones formales a manera de impedimento, que implican una denegación de justicia.

89. Esta segunda modalidad, de acuerdo con la Sentencia SU-215 de 2016, se puede dar cuando el juez (i) aplica disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exige el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva, que en determinadas circunstancias pueden constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; (iii) incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas, o (iv) se omite el decreto oficioso de pruebas cuando haya lugar a ello.

(iv) *Decisión sin motivación:*

90. El juez no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, o lo hace apenas de manera aparente, a pesar de que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que le compete proferir. Al respecto, ha dicho esta Corte que solo cuando “*la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado*”⁷⁷.

(v) *Desconocimiento del precedente:*

91. El juez desconoce el precedente jurisprudencial sobre determinado asunto, sin exponer una razón suficiente para apartarse. En estos casos, es necesario: (i) determinar la existencia de un precedente o grupo de precedentes aplicables al caso y distinguir las reglas decisionales contenidas en ellos; (ii) comprobar que la providencia judicial debió tomar en cuenta tales precedentes, pues, de no hacerlo, desconocería el principio de igualdad, y (iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente, bien por encontrar diferencias fácticas entre este y el caso analizado, bien porque la decisión debía ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica con los principios constitucionales y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales⁷⁸.

(vi) *Defecto orgánico:*

92. El juez que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia. Ha dicho la Corte Constitucional que, entre otros supuestos, este defecto se produce cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, así como cuando adelantan alguna actuación o emiten un pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones⁷⁹.

(vii) *Error inducido:*

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-233 de 2007 y T-709 de 2010.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-140 de 2012.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-446 de 2007 y T-929 de 2008.

93. La providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia, cuyo manejo irregular induce a error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son requisitos de esta causal los siguientes: (i) la providencia que contiene el error está en firme; (ii) la decisión se adopta respetando el debido proceso, por lo que no hay una actuación dolosa o culposa del juez; (iii) no obstante, la decisión resulta equivocada, pues se fundamenta en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas en las cuales hay error; (iv) ese error es atribuible al actuar de un tercero (órgano estatal u otra persona natural o jurídica), y (v) la providencia judicial produce un perjuicio *ius fundamental*⁸⁰.

(viii) *Violación directa de la Constitución:*

94. El juez adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Constitución, ya sea porque (i) deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto o (ii) aplica la ley al margen de los preceptos Superiores.

3.2.1. Cumplimiento de los requisitos específicos de procedencia en el caso analizado

95. En el asunto bajo estudio, la accionante sostiene que la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá incurrió en *defecto fáctico* por cuanto: (i) determinó sin soporte probatorio alguno que la menor NFRM está retenida ilegalmente en Colombia, pasando por alto que las pruebas recaudadas en el plenario dan cuenta que el señor DR consintió y aceptó la permanencia definitiva de su hija en el territorio colombiano⁸¹; (ii) desconoció que el ICBF en el curso del trámite judicial corroboró que la menor NFRM se encuentra integrada a su nuevo medio familiar y social en Colombia desde el mes de diciembre de 2015 y, a su vez, que manifestó su deseo de quedarse al lado de su madre y de sus abuelos maternos⁸²; (iii) no evaluó los graves riesgos y perjuicios a los que sometería a la menor NFRM al privarla del cuidado y afecto de su madre, ya que su progenitor carece del tiempo y de una red de apoyo familiar que le permita y contribuya a su cuidado, sumado a que ha tenido problemas de intolerancia, celos excesivos, ira, inestabilidad emocional, consumo de sustancias psicoactivas y alcohol, circunstancias que le impiden brindarle condiciones óptimas de crecimiento y desarrollo⁸³. De otra parte, también señaló que dicha autoridad judicial incurrió en *defecto sustantivo* toda vez que inaplicó los artículos 3, 12 y 13 de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁸⁴.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-863 de 2013.

⁸¹ Folio 74 y 78 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁸² Folios 75-76 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Folio 78 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

96. A partir de las deficiencias que la tutelante le endilga a la sentencia del Tribunal, esta Sala de Revisión determinará si en el presente asunto se configuran los *defectos fáctico y sustantivo*. Para efectos de analizar lo anterior, como se indicó previamente [ut supra párrafo 58], se hará referencia a (i) el procedimiento de restitución internacional en la legislación nacional, (ii) el concepto de retención ilegal de un menor de edad y (iii) el alcance de las excepciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, asunto este último en el que se observarán los presupuestos de interés superior de los menores de edad, la integración al nuevo medio y la consideración de sus opiniones.

3.2.1.1. El procedimiento de restitución internacional de menores en la legislación nacional

97. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, prevé en el artículo 11 que los Estados Partes deben adoptar medidas para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de menores por fuera del país de su residencia habitual, recomendado la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a los acuerdos existentes.

98. En esta materia, se encontraba vigente a nivel internacional el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. Dicho instrumento fue aprobado por Colombia mediante la expedición de la Ley 173 de 1994⁸⁵ y a la fecha cuenta con 98 Estados contratantes⁸⁶.

99. Por su parte, en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos -OEA-, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores⁸⁷, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989.

100. En términos generales, tanto el Convenio de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989, regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de dieciséis (16) años, establecen las condiciones para su restitución y contemplan la designación de una Autoridad Central en cada Estado contratante, encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por cada convenio.

101. Ahora bien, dado que el instrumento internacional suscrito por los dos países involucrados en el caso bajo estudio es el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, se

⁸⁵ Ley declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-402 de 1995.

⁸⁶ El estado actual del Convenio puede consultarse en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=24.

⁸⁷ Instrumento aprobado por Colombia mediante la Ley 880 de 2004, norma que a su vez fue declarada exequible por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-912 de 2004.

expondrán sus características.

102. Conviene indicar, que aun cuando dicho instrumento señala como objeto de regulación el “secuestro internacional de niños”, esto en nada se relaciona con asuntos de naturaleza criminal, pues se circunscribe a la definición de aspectos puramente civiles.

103. Sobre el particular, a partir de la exposición de motivos que acompañó la promulgación de la Ley 173 de 1994 en su trámite por el Congreso de la República⁸⁸, esta Corte señaló en Sentencia C-402 de 1995 que, *“la expresión ‘secuestro’, que se usó para traducir al español las palabras enlèvement en francés y abduction en inglés -los dos idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya-, no tiene ninguna connotación de carácter penal sino sólo civil. Así lo indica el título mismo del Convenio cuando se refiere a los ‘aspectos civiles del secuestro’, y se desprende de toda su normatividad. La conducta que se pretende regular mediante esa expresión consiste en el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor”*.

104. En cuanto a sus fines, el Convenio busca garantizar en forma inmediata la restitución a su país de residencia habitual a los menores que han sido objeto de un traslado o retención ilícitas, así como velar por los derechos de custodia y de visita de quienes ostentan su titularidad⁸⁹. A su vez, pretende conservar el *statu quo* de las relaciones familiares y que las dificultades suscitadas en su interior sean resueltas en la jurisdicción del lugar de residencia habitual, es decir, procura evitar que quien trasladó al menor de manera ilícita, se beneficie de una jurisdicción ajena al lugar donde se desarrollan sus actividades diarias, desconociendo de este modo, no solo el derecho de la otra persona a la custodia del menor, sino también, el derecho a que sea la jurisdicción de residencia habitual la que dirima las controversias familiares suscitadas⁹⁰.

105. En el procedimiento contemplado en el instrumento, intervienen dos clases de autoridades. De una parte, una Autoridad Central, a cuyo cargo está, entre otras funciones, la coordinación tanto local como internacional, de todo el procedimiento⁹¹. De la otra, las autoridades judiciales o administrativas que conforme a la legislación de cada Estado tengan la competencia para decidir sobre la restitución.

⁸⁸ Gaceta del Congreso No. 382 del 4 de noviembre de 1993, p. 12.

⁸⁹ Artículo 1 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1021 de 2010.

⁹¹ Para garantizar el cumplimiento de las funciones asignadas como Autoridad Central en el Convenio de La Haya de 1980, el ICBF expidió la Resolución No. 1399 de 1998, por medio de la cual estableció el procedimiento interno en lo referente al secuestro internacional de menores. Se hace la salvedad, que de conformidad con lo decidido por la Corte Constitucional en Sentencia T-357 de 2002, los artículos 8 y 13 de la resolución son inaplicables por ser contrarios a la Constitución.

106. No obstante el Convenio hace referencia a la segunda de las autoridades mencionadas como “la autoridad administrativa o judicial”, en Colombia, la decisión definitiva sobre la restitución internacional de un menor solo puede adoptarse por el funcionario competente en sede judicial, tal como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-357 de 2002⁹².

107. Así las cosas, en materia de restitución internacional de menores, se distinguen en Colombia dos fases en las que se desarrolla el trámite, una administrativa y una judicial. Como rasgo común de estas actuaciones, se encuentra la obligación de proceder siempre con carácter de urgencia⁹³.

(i) *Fase administrativa:*

108. Para los efectos del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, Colombia designó como Autoridad Central al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-⁹⁴.

109. 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.

110. 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.

111. Conviene señalar que el artículo 10 del Convenio reitera la obligación de la Autoridad Central del Estado donde se halla el niño de tomar o hacer tomar las medidas apropiadas para asegurar su entrega voluntaria. Sin embargo, en caso de fracasar esta solución, se da por agotado el trámite en la fase administrativa y la Autoridad Central queda obligada a dar curso a la etapa judicial. Para el efecto, debe presentar la demanda ante el juez competente, acompañada de la documentación recopilada en su actuación⁹⁵.

⁹² “Ni los defensores de familia del ICBF ni ninguna otra autoridad de esa entidad tienen competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, porque no existe norma legal alguna que les confiera esa atribución. La falta de competencia funcional de las autoridades del ICBF para adelantar el proceso de restitución internacional de la menor genera una nulidad que no es susceptible de saneamiento porque desconoce los derechos fundamentales al juez natural y al debido proceso”.

⁹³ La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la necesidad de tramitar el proceso de restitución internacional de menores de forma celeré. En la Guía de Buenas Prácticas del año 2003, en su parte primera, señaló que un procedimiento expedito puede: “a) minimizar las perturbaciones o desorientaciones al menor sustraído de su entorno familiar; b) minimizar los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro padre; c) reducir una mayor perturbación para el menor que pueda resultar cuando se ordena su retorno después de un período largo en el extranjero y d) evitar que el sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo”.

⁹⁴ El inciso segundo del artículo 112 de la Ley 1098 de 2006 prescribe que, en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, “actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. 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”.

⁹⁵ El artículo 11 de la Resolución No. 1399 de 1998, por la cual el ICBF establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 señala que, “El Defensor de Familia presentará la

(ii) *Fase judicial:*

112. La implementación del Convenio de La Haya de 1980, mediante la expedición de leyes regulatorias de la competencia y de los aspectos propios del procedimiento judicial, solo tuvo lugar en Colombia a partir del año 2006. Con anterioridad a este año, no existía en la legislación interna un procedimiento especial para dar cumplimiento a este instrumento internacional. Así lo precisó esta Corte en las sentencias de tutela T-357 de 2002 y T-891 de 2003, en las cuales se advirtió sobre la ausencia de una normatividad específica para dar la solución a la restitución internacional de menores.

113. En un primer momento, con la expedición de la Ley 1008 de 2006, vigente a partir del 23 de enero de 2006, el Congreso de la República definió que el conocimiento y trámite de los asuntos materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconocieran principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, eran en su fase judicial, competencia de los Jueces de Familia y Promiscuos de Familia, y en su ausencia, el trámite sería de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales.

114. En cuanto al procedimiento, la Ley 1008 de 2006 estableció que dichos asuntos se someterían a las reglas del proceso verbal sumario, salvo en lo referente a la única instancia, pues por tratarse de asuntos de derecho internacional, debía garantizarse el principio de la doble instancia, la cual se tramitaría de acuerdo con las disposiciones regulatorias del proceso verbal de mayor y menor cuantía.

115. El Legislador determinó, que si con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1008 de 2006 se promulgaban normas que fijasen competencias expresas o procedimientos específicos para resolver dichos asuntos, el conocimiento y trámite de los mismos se ajustaría a lo previsto en la legislación específica de cada materia.

116. En noviembre 8 de la misma anualidad, el Congreso promulgó la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia. En el artículo 119 de esta Ley, vigente a partir del 8 de mayo de 2007⁹⁶, se estableció que la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes sería de competencia en única instancia de los Jueces de Familia. Adicionalmente, se consignó en el párrafo de dicho artículo, que el fallo respectivo debía proferirse dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de la demanda y que el incumplimiento de dicho término constituiría causal de mala conducta.

demanda ante el Juez de Familia o Juez Promiscuo de Familia, acompañada de la documentación requerida por el convenio y por las normas procedimentales vigentes sin perjuicio de la intervención del apoderado del solicitante.

⁹⁶ “Artículo 216. La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su promulgación. (...)”.

117. La medida adoptada en el Código de la Infancia y la Adolescencia, de establecer el trámite del procedimiento de restitución internacional de menores en una única instancia, materializó el principio de urgencia consagrado en el Convenio de La Haya de 1980 y acogió las recomendaciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el sentido de asegurar el tratamiento acelerado de estas solicitudes.

118. Sin embargo, con la expedición del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-, el Legislador nuevamente optó por modificar las instancias del trámite del proceso. En efecto, en el numeral 23 del artículo 22 de dicho precepto legal, asignó a los Jueces de Familia en primera instancia, la competencia para decidir sobre la restitución internacional de menores.

119. Este cambio normativo, aplicable desde la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, derivó en que, a partir del 1 de enero de 2014, los procesos de restitución internacional en su fase judicial, se tramitarían de forma verbal con la garantía de la doble instancia. En consecuencia, la competencia para resolver las impugnaciones en estos trámites, fue asignada a las Salas de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (numeral 1 del artículo 32 del Código General del Proceso).

120. Este cambio en las instancias del proceso no supone por ningún motivo la inobservancia al principio de urgencia contenido en el Convenio, por el contrario, demanda de las autoridades judiciales encargadas del trámite, la aplicación de las recomendaciones efectuadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, según las cuales, los Estados contratantes tienen la obligación de tramitar las solicitudes de restitución del menor de forma rápida, extendiendo esta obligación también al desarrollo de los procedimientos en primera instancia como en vía de recurso.

3.2.1.2. La retención ilegal de un menor de edad en el marco del Convenio de La Haya de 1980

121. El artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 prescribe:

“Artículo 3

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*
- b) cuando este derecho 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.*

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.”

122. A partir del precepto normativo citado, es posible caracterizar la *retención ilegal* como aquella conducta en la cual una de las personas o instituciones que tiene a cargo o comparte el “derecho de custodia” sobre un menor de edad, lo mantiene en otro país más allá de un período acordado. Esto implica que, el traslado a través de una frontera internacional, estuvo precedido de una autorización temporal otorgada para ese propósito por parte de quien también ejercía ese derecho.

123. Ahora bien, en cuanto al “derecho de custodia”, el Convenio señala que este comprende *“el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y en particular el de decidir su lugar de residencia”*⁹⁷. Tal definición se identifica plenamente con el concepto otorgado a este derecho en la legislación colombiana, según el cual, *“[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”*⁹⁸.

124. En consideración a lo anterior, para que se configure la retención ilegal de un menor de edad al interior de la jurisdicción de alguno de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades administrativas o judiciales, conforme a la competencia asignada por la legislación de cada país, deberán acreditar los siguientes presupuestos: (i) que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad (art. 4); (ii) que exista un ejercicio individual o compartido del derecho de custodia sobre el menor de edad (art. 3); (iii) que la residencia habitual del menor retenido sea la del país requirente (art. 4); (iv) que el menor retenido se encuentre efectivamente en el país requerido (art. 1); (v) que la Autoridad Central del país donde se encuentra el menor retenido agote la etapa de restitución voluntaria (art. 10); (vi) que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del año siguiente a la retención (art. 12); y; (vii) que no se configure ninguna de las causales de excepción previstas en el Convenio (art. 13).

125. Adicional a lo anterior, y solo en el evento en el que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del término de un (1) año siguiente al momento de la retención ilegal, deberá descartarse que el menor se ha integrado a su nuevo medio social y familiar (inc. 2, art. 12).

126. La concurrencia de los anteriores requisitos, exigen a las autoridades

⁹⁷ Literal a) del artículo 5 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

⁹⁸ Artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia-.

encargadas de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, decretar la restitución internacional del menor y ordenar su retorno al lugar de residencia habitual.

3.2.1.3. Las excepciones a la restitución internacional de un menor previstas en el Convenio de La Haya de 1980

127. El Convenio de La Haya de 1980 prevé en sus artículos 12 y 13 varias situaciones de excepción, a partir de las cuales las autoridades judiciales pueden fundar su decisión de no ordenar la restitución internacional de un menor. A saber:

“Artículo 12

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.

Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

- a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o **había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;** o*
- b) existe un **grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.***

*La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor **si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.***

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el

presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.” (Negrita fuera de texto)

128. Las cláusulas de excepción, comportan disposiciones que aluden al (i) interés superior de los menores de edad, (ii) a la consideración de sus opiniones y (iii) a la integración al nuevo medio social y familiar. Tales preceptos, tienen un carácter decisivo a la hora de analizar si la autoridad judicial demandada en esta acción de tutela se encontraba en la posibilidad, conforme al material probatorio recaudado, de negar la restitución internacional de la menor en el caso bajo estudio.

(i) ***El interés superior de los menores de edad***

129. Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Lo anterior, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población, así como por la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Entre los instrumentos internacionales en los cuales se encuentran consagrados los derechos de los menores se destacan los siguientes:

130. En primer lugar encontramos, la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁹, que dispone en su artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, establece que *“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”*.

131. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁰ dispone en su artículo 24-1 que *“todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰¹, según el cual *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere*

⁹⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

¹⁰⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968, y entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976.

¹⁰¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada "Pacto de San José de Costa Rica", fue firmada el 22 de noviembre de 1969 y aprobada en Colombia por medio de la Ley 16 de 1972.

por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰², que ordena: “*se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición*”.

132. También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que “*la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales*”, y que “*todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.

133. Los anteriores parámetros internacionales establecen el marco general de las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, siendo un imperativo para el Estado colombiano su aplicación en procura del bienestar de este grupo poblacional.

134. De conformidad con el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, los menores de edad, por encontrarse en una fase inicial del desarrollo de su madurez física y mental, situación que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

135. En atención a este precepto, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose la correspondiente a los niños, niñas y adolescentes, la cual es prevalente, inclusive, respecto de los demás grupos sociales. En efecto, la Carta Política en su artículo 44 dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

136. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el estatus de *sujetos de protección constitucional reforzada*¹⁰³, condición que se hace manifiesta, entre otros aspectos, en el

¹⁰² La República de Colombia es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Este instrumento internacional fue ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969, previa aprobación del Congreso de la República por medio de la Ley 74 de 1968.

¹⁰³ Véanse, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-200 de 2014, C-569 de 2016 y T-208 de 2017.

carácter *superior y prevaleciente* de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete.

137. Sobre el particular, esta Corporación ha señalado que, “*el artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación*”¹⁰⁴.

138. En este sentido, la preservación del interés superior del menor se erige como un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y una manifestación del deber general de solidaridad. Este principio, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección. Ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y consagrado de manera autónoma en el Código de la Infancia y la Adolescencia como se expondrá a continuación.

139. La Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha definido las características del principio de interés superior del niño. Al respecto, ha dicho que este es *concreto*, en la medida que solo puede determinarse atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, por lo que no cabe definirlo a partir de reglas abstractas de aplicación mecánica¹⁰⁵; es *relacional*, por cuanto afirmar que a los derechos de los niños se les debe otorgar una “*consideración primordial*”, o que estos “*prevalecen*”, implica necesariamente que este principio adquiere relevancia en situaciones en las que estos derechos entran en tensión con los derechos de otra persona o grupo de personas y resulta entonces necesario realizar una ponderación¹⁰⁶; *no es excluyente*, ya que afirmar que los derechos de los niños deben prevalecer, es distinto a sostener que estos son absolutos y priman de manera inexorable en todos los casos de colisión de derechos¹⁰⁷; es *autónomo*, en la medida en que el criterio determinante para establecer el interés superior del niño es la situación específica del niño, incluso cuando dicho interés pueda ir en contradicción con los intereses o las preferencias de los padres, familiares o un tercero; y es *obligatorio para todos*, en la medida que vincula a todas las autoridades del Estado, así como también, a la familia del niño y a la sociedad en general.

140. Por su parte, con relación al rasgo de *obligatoriedad* del principio, la Corte ha destacado que la familia tiene una especial responsabilidad en la supervivencia y desarrollo de los niños. Señala la jurisprudencia que este derecho no se limita a proteger “*la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano*”, sino que “*implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre*

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 1998.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

*los padres y el pedagógico comportamiento de estos respecto de sus hijos*¹⁰⁸.

141. Si bien, en principio, el Estado no tiene la potestad de intervenir en las relaciones familiares, pues la Constitución reconoce el derecho a la intimidad privada y familiar (artículo 15), este derecho puede ser limitado cuando se esgriman poderosas razones para justificar su intervención en las relaciones paterno y materno filiales, como lo sería aquella situación en la que la familia no cumpla sus deberes de protección respecto de los niños. En todo caso, la limitación al derecho a la intimidad familiar tendrá no solo que estar motivada por razones poderosas, sino ser además proporcionales y razonables¹⁰⁹.

142. Conforme a lo anterior, “[I]a familia, la sociedad y el Estado”¹¹⁰ deben dirigir sus actuaciones hacia el cumplimiento de su obligación de brindar especial protección a los menores de edad, mediante la garantía de su vida, supervivencia y desarrollo. Sobre este punto hay que recalcar que las obligaciones que surgen para garantizar el interés superior de los niños, no comprometen exclusivamente al Estado, sino que, por expresa disposición constitucional, se extienden a las familias y a la sociedad en general.

143. Ahora bien, en cuanto a la consagración normativa del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes en la legislación nacional, el Código de la Infancia y la Adolescencia lo define como un “*imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes*” (artículo 8). Asimismo, lo reconoce como una regla de interpretación y aplicación para todas las situaciones relacionadas con sus derechos (artículo 7), e igualmente como un criterio de favorabilidad en situaciones en las que exista conflicto entre normas aplicables a situaciones en las que se encuentren inmersos (artículo 9).

144. El Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce que cada familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger a los niños. Así, establece en su artículo 10 que existe un principio de corresponsabilidad, en virtud del cual existe una “*conurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes*”.

145. Por lo demás, el mismo Código en su artículo 22 establece el derecho de los menores de edad a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Al respecto, indica la norma que solo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos. Y a su vez, en el artículo 23, se señala que los menores de edad tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-997 de 2004.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-887 de 2009.

¹¹⁰ Artículo 44 de la Constitución Política.

146. Bajo este contexto, debe entenderse que el criterio inspirador del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, es el resguardo del interés superior del niño. En consecuencia, es de trascendental importancia recalcar que en esta peculiar materia, salvo que se configure objetivamente, y quien se oponga a la restitución, pruebe 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 [*ut supra* párrafo 103].

(ii) ***La consideración de sus opiniones. El derecho de los menores de edad a ser escuchados***

147. La protección especial de los menores de edad en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales que desarrollan esta garantía, se fundamenta en su reconocimiento como sujetos autónomos de derechos y se justifica en la necesidad de garantizar su dignidad humana. Por tanto, el adecuado desarrollo durante la fase de la niñez es una condición indispensable para que la persona pueda trazarse un proyecto de vida y actuar de acuerdo a este, situación que demanda del Estado la adopción de medidas especiales de protección durante esta etapa del desarrollo humano.

148. Sobre este deber de especial protección reconocido a favor de los menores de edad, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado una serie de principios generales que rigen la actuación del Estado¹¹¹, dentro de los cuales se destaca el del respeto que debe otorgársele a sus opiniones. En virtud de este principio, debe reconocerse al menor de edad como “*participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos*”¹¹².

149. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12 dispone:

“1. 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.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

150. El Comité de los Derechos del Niño, órgano autorizado para interpretar la Convención, en su Observación General No. 12 sobre “*el derecho del niño a ser escuchado*”, estableció que “*no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [sobre el interés superior de las y los niños], si no se respetan los*

¹¹¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.

componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”¹¹³.

151. A su vez, en la citada Observación, el Comité de Derechos del Niño precisó que este derecho comprende las siguientes obligaciones en cabeza del Estado: (i) garantizar que el niño sea oído en los procesos judiciales y administrativos que lo afecten y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta; (ii) ofrecer protección al niño cuando no desee ejercer el derecho; (iii) ofrecer garantías al niño para que pueda manifestar su opinión con libertad; (iv) brindar información y asesoría al niño para que pueda tomar decisiones que favorezcan su interés superior; (v) interpretar todas las disposiciones de la Convención de conformidad con este derecho; y (vi) evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, lo que significa que los estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones, sino que en cada caso se debe evaluar tal capacidad, evaluación en la que la edad no puede ser el único elemento de juicio; entre otras.

152. El Comité hizo hincapié en que el artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho de los menores a expresar su opinión y advirtió a los Estados partes sobre la inconveniencia de establecer por ley o en la práctica restricciones en este sentido. Sobre el particular, indicó lo siguiente:

“El concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros

¹¹³ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, párrafo 74.

niños que no hablen el idioma mayoritario.

*Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño”.*¹¹⁴

153. En la legislación interna, en lo que tiene que ver con el derecho de los menores de edad a ser escuchados, se reconoce en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia el derecho al debido proceso. Allí se señala que “*en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta*”.

154. La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho de los menores de edad a ser escuchados en el marco de cualquier acción judicial o administrativa. Sobre este asunto, la sentencia T-844 de 2011, reiterada en la sentencia T-276 de 2012, indicó:

“Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

“Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”.

155. En síntesis, de acuerdo con las garantías derivadas del derecho al debido proceso y de los derechos fundamentales de los niños, reconocidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en la jurisprudencia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, los menores de edad que se encuentren involucrados en un proceso de restitución internacional, tendrán derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Su opinión deberá ser tenida en cuenta en función de su grado de madurez, el cual está asociado al entorno familiar, social y cultural en el que los menores se

¹¹⁴ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, consideración 21.

desenvuelven.

(iii) *La integración al nuevo medio social y familiar*

156. El artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980 prevé, que si en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa en donde se encuentre el menor retenido ilícitamente, hubiere transcurrido un tiempo mayor a un año, contado a partir de la fecha en la que se produjo la retención ilícita, la autoridad competente podrá abstenerse de ordenar la restitución del menor a su país de residencia habitual, siempre y cuando se logre acreditar, que este se integró de manera positiva a su nuevo medio social y familiar.

157. Conviene señalar de forma preliminar que la integración al nuevo medio familiar, o excepción de arraigo, no debe entenderse como un plazo de prescripción o caducidad respecto del tiempo con el cual cuenta el progenitor accionante para iniciar el pedido de restitución. Considerar lo anterior, representaría una errónea interpretación del articulado normativo, pues para poder solicitar la restitución de un menor de edad no se requiere cosa diferente a que este cuente con menos de dieciséis años y que el pedido provenga de persona legitimada desde un Estado parte del Convenio donde el menor tenía su residencia habitual.

158. Sin embargo, el análisis de la excepción de arraigo se encuentra constreñido al cumplimiento de una condición de orden temporal. En caso de no haber transcurrido el plazo de un año estipulado en el artículo 12 del Convenio, quien pretenda invocarla, no cuenta con la posibilidad de hacerlo, y en consecuencia, la autoridad competente no está llamada a analizar la posible integración del menor a su nuevo entorno.

159. Ahora bien, en cuanto a lo que se debe entender por integración al nuevo medio social y familiar, se tiene, en principio, que esto implica un cambio en el lugar de residencia habitual, con lo cual se entiende que el menor ha dejado de ver el Estado requirente como el lugar donde se encuentra su centro de vida. Si bien es cierto que esta situación se ha logrado mediante un obrar ilícito, puesto que el menor se ha integrado en un Estado al cual ha sido ingresado o retenido ilícitamente, el Convenio, a través de la excepción prevista en el artículo 12, persigue la materialización del interés superior del niño, al entender que, ordenar la restitución de un menor que se ha integrado a un nuevo centro de vida y que ha constituido una nueva residencia habitual, vulnera este principio. Con fundamento en este razonamiento, es que se ha incorporado la posibilidad del rechazo de la restitución internacional frente a la integración.

160. En consecuencia, para que opere esta excepción, debe darse un elemento adicional a la simple configuración del plazo de un año. Deberá demostrarse que el menor de edad se integró a su nuevo medio social y familiar.

161. En materia probatoria, las pruebas destinadas a acreditar la integración del menor a un nuevo centro de vida deben tener una relevancia tal, que despejen todo tipo de dudas sobre ello. Aunque haya quedado debidamente acreditado que el menor ha establecido lazos con familiares y que su retorno puede generar un daño, esto no implica integración, toda vez que esta supone un enraizamiento mucho más profundo.

162. El entendimiento sobre lo que significa la configuración de un nuevo centro de vida -integración-, debe girar en torno a razones más poderosas que el hecho de estar a gusto, seguro y cómodo dentro de las circunstancias que rodean al menor. Este requisito necesita de la configuración de dos elementos, el primero, uno material o físico, el establecimiento en una comunidad, en un Estado, en una nueva cultura; el segundo, uno psicológico o emocional, la seguridad y estabilidad del lugar donde el menor se encuentra. Conviene señalar, que el hecho de que un niño haya vivido en un país durante más de un año, no conlleva en sí mismo la presunción de que se haya establecido en su nuevo ambiente.

163. La determinación de si un menor se ha integrado o no a un nuevo centro de vida requiere del experticio de especialistas y profesionales idóneos de diversas áreas que permitan conocer su situación emocional y psicológica, único medio para conocer el alcance y la verdadera situación en la que se encuentra viviendo. Además, el uso de la palabra “nuevo” es significativo, y debe comprender el lugar, el hogar, la escuela, las personas, los amigos, las actividades y las oportunidades; no encontrándose allí comprendida la relación con el sustractor, pues se infiere que esta siempre ha existido de manera cercana y cariñosa. Es por ello, que los informes emitidos por los profesionales deben ser tenidos en cuenta como pruebas determinantes a la hora de demostrar el grado de integración del menor.

164. De conformidad con lo anterior, la excepción de arraigo no opera de pleno derecho sino que debe ser probada. En consecuencia, resulta lógico que la carga de la prueba relacionada con la integración del menor al nuevo medio, corresponda al padre sustractor, por ser a quien interesa hacer valer la excepción en aras de resistir la restitución.

4. El caso concreto

165. A partir de lo anterior, se estudiará en el caso concreto si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, al decidir la segunda instancia del proceso de restitución internacional de NFRM, valoró indebidamente las pruebas aportadas al plenario que en sentir de la tutelante, permitían dar cuenta de la configuración de los escenarios de excepción -*defecto fáctico*-, evento que a la postre condujo al Tribunal a inaplicar las normas del Convenio donde aquellas excepciones se encontraban contenidas -*defecto sustantivo*-.

166. Los escenarios objeto de análisis son los siguientes:

- a) ***El padre de la menor NFRM consintió o aceptó, con posterioridad al vencimiento del permiso de traslado otorgado, la retención de su hija en un país distinto al de su residencia habitual. [Artículo 13, literal a)]***

167. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, negó la configuración de esta excepción con fundamento en que, los elementos probatorios recaudados en el proceso de restitución internacional de la menor NFRM no contaban con la suficiente fuerza para demostrar que el señor DR había aceptado, expresa o tácitamente, que su hija permaneciera de forma indefinida en Colombia. En contraposición, señaló que de las pruebas allegadas al plenario, pudo establecer que el permiso otorgado para el traslado de la menor a Colombia, siempre estuvo limitado en el tiempo, inicialmente, hasta el 6 de enero de 2016, fecha en la cual vencía el permiso por escrito¹¹⁵, el cual fue prorrogado por solicitud de la señora PVMB hasta mediados del mes de febrero del mismo año¹¹⁶, fecha límite en la que debía efectuarse el regreso.

168. De otra parte, señaló el *ad quem*, que aun cuando el señor DR visitó a su hija en Colombia con posterioridad al vencimiento del permiso y canceló algunas sumas de dinero adeudadas por concepto de matrícula y pensión en el colegio en el que NFRM había sido matriculada por la señora PVMB, este gesto correspondía al cumplimiento de sus obligaciones y deberes parentales, y no como se pretendió hacer valer, como una expresión de la voluntad del padre sobre el cambio permanente del domicilio de su hija.

169. Las valoraciones fácticas expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, aun cuando suficientes, pueden ser complementadas con otros elementos de prueba presentes en el expediente.

170. En efecto, en la relación de hechos que fundamentan la demanda de restitución internacional presentada por el señor DR se indicó lo siguiente: “*DECIMO SEGUNDO.- Pese a los múltiples requerimientos a la señora [PVMB] para la restitución de la menor a su hogar, esta hizo caso omiso...*”¹¹⁷.

171. Esta afirmación se constata con lo expuesto por la señora PVMB en el memorial por medio del cual contestó la demanda, allí consta: “*EN CUANTO AL HECHO DECIMO SEGUNDO Y DECIMO TERCERO: (...), si bien el padre de la menor [NFRM], insistió en el regreso de su hija menor a los Estados Unidos, la madre y progenitora no estaba obligada a cumplir con dicha exigencia...*”¹¹⁸.

¹¹⁵ Folio 36 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

¹¹⁶ La señora PVMB le comunicó a su esposo en el mes de enero de 2016 que se encontraba en un tratamiento médico en la ciudad de Bogotá, razón por la cual requería prolongar su estancia hasta mediados del mes de febrero de ese mismo año. El señor DR accedió a ampliar el plazo del permiso otorgado inicialmente. Folio 433 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional y folio 70 del cuaderno 1 del expediente de tutela.

¹¹⁷ Folio 235 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹¹⁸ Folio 444 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

172. De lo anterior se logra establecer, que superado el tiempo otorgado como prórroga del permiso de estancia en Colombia, el señor DR solicitó a la señora PVMB regresar a la menor NFRM al seno de su hogar en Wellington. Las manifestaciones libres y espontáneas de las partes, contenidas en los escritos de demanda y de contestación, evidencian que el señor DR manifestó expresamente su oposición a la retención de su hija, quedando así desvirtuada la tesis del consentimiento tácito.

173. Sumado a lo anterior, de haber sido su voluntad aceptar el cambio de residencia de su hija, el señor DR no habría presentado el 13 de junio de 2016 ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos, la solicitud de restitución internacional de NFRM¹¹⁹.

174. En cuanto al argumento de que el pago de los estipendios educativos resulta ser prueba irrefutable del consentimiento tácito sobre el cambio de residencia, esta Sala de Revisión comparte la posición del fallador de segunda instancia en el sentido de asociar esta conducta al cumplimiento del deber legal de suministrar alimentos y educación a los hijos en pro de contribuir a su crecimiento y desarrollo en condiciones dignas y no con el otorgamiento de un aval para la permanencia definitiva de la menor en territorio colombiano.

175. Así las cosas, esta Sala de Revisión encuentra razonable la conclusión a la cual llegó la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá en cuanto a que no existió una manifestación tácita del señor DR en consentir la retención de su hija en Colombia, y mucho menos, de aceptar por esta vía, el cambio de su residencia habitual, la cual corresponde a los Estados Unidos.

176. Con fundamento en lo anterior, lo decidido por el *ad quem* en este punto no adolece de defecto fáctico, como tampoco de defecto sustantivo, ya que resulta plenamente válida la declaratoria de retención ilícita efectuada en la decisión que dio por concluido el trámite de restitución internacional de la menor NFRM en la vía ordinaria.

177. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “*los progenitores deben evitar todo comportamiento que quebrante o debilite los vínculos familiares, tales como aquellos que paralicen el contacto y la comunicación libre y directa entre sus miembros, o los que privilegien la exposición deslucida o degradante de uno de ellos, como quiera que este tipo de contextos generan graves grietas en la unidad familiar, impidiendo el desarrollo integral de los hijos en el marco de la protección constitucional a los derechos de la infancia*”¹²⁰.

b) Existe un grave riesgo de que el regreso de la menor NFRM a su país de residencia habitual, la someta a un peligro físico o psíquico, o la sitúe en una situación intolerable. [Artículo 13, literal b)]

¹¹⁹ Ver el título 2. Trámite administrativo de restitución internacional de la menor NFRM del capítulo I. Antecedentes de la presente providencia.

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-115 de 2014.

178. En la contestación de la demanda de restitución internacional, la señora PVMB por medio de su apoderado, señaló que las razones que colocarían *“en riesgo el desarrollo normal y seguridad de la menor”* si regresara a los Estados Unidos, obedecen a que *“el señor [DR], ha consumido sustancias psicoactivas como marihuana y alcohol, igualmente ha presentado problemas de ira, circunstancias estas que indudablemente alteran su día a día y la capacidad de poder dedicarse a su hija”*. Sumado a lo anterior, indicó que el señor DR *“no cuenta con el apoyo de nadie en los Estados Unidos, ni siquiera de su propia familia, es más, sus obligaciones laborales impedirían permanecer el tiempo que se requiere para acompañar el proceso de crecimiento y desarrollo de la menor”*¹²¹.

179. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, al decidir sobre este asunto señaló, que durante el curso del proceso no se acreditó la existencia de un grave riesgo que expusiera a la menor NFRM, una vez restituida a su país de residencia habitual, a un peligro físico o psíquico, o que la dejara en una situación intolerable.

180. En efecto, para esta Sala de Revisión los señalamientos realizados por la señora PVMB no fueron soportados con elementos probatorios que permitieran demostrar que la conducta personal y los hábitos del señor DR, en caso de ser ciertos, tuvieran la capacidad de trascender y generar riesgos para la integridad y desarrollo de la menor NFRM.

181. Por el contrario, la apoderada del señor DR allegó junto con el escrito de contestación a las excepciones de fondo¹²², pruebas documentales en las que sumariamente se observa que tales señalamientos resultan infundados. Hacen parte de este acervo probatorio, un test de laboratorio¹²³, un certificado de antecedentes criminales¹²⁴, dos cartas laborales¹²⁵ y un examen psicológico¹²⁶.

182. Sumado a lo anterior, resulta contradictoria la argumentación planteada por la accionante para respaldar la configuración de esta causal de excepción. Nótese como en la diligencia tendiente a la restitución voluntaria llevada a cabo el 18 de octubre de 2016 ante la Defensoría de Familia para Asuntos Conciliables del Centro Zonal Suba del ICBF, la señora PVMB expresó: *“... el padre siempre ha sido el proveedor del hogar; la relación de la niña con el padre es buena”*. Manifestación que a su vez encuentra respaldo en la valoración realizada a la menor el 10 de noviembre de 2016 por la psicóloga del Centro Zonal Suba del ICBF, en donde se indicó: *“[c]on respecto de la relación de la niña con sus padres, los percibe y los quiere por igual, puesto*

¹²¹ Folio 448 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹²² Escrito presentado para descorrer traslado a las excepciones de fondo formuladas por el apoderado de PVMB en contra de la demanda de restitución internacional. Folios 450 al 511 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹²³ Folio 451 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹²⁴ Folio 453 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹²⁵ Folios 454-457 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹²⁶ Folios 244-343 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

que han sido referentes de identidad e idoneidad positiva. Afectivamente posee un vínculo muy estrecho hacia ellos dos”.

183. Para esta Sala de Revisión, la posibilidad de denegar el retorno de la menor NFRM solo sería posible bajo esta causal, si con el hecho de la separación, concurre una situación especial de riesgo, con una entidad mayor al natural padecimiento que puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o a la desarticulación de su actual grupo conviviente.

184. Por tal motivo, los señalamientos efectuados sobre los graves riesgos y perjuicios a los que se sometería a la menor NFRM al separarla de su madre y enviarla con su progenitor, resultan desproporcionados. Es natural que ante la eventual ruptura de la convivencia con su madre y su entorno, se presente una afectación. En este sentido, lo decidido por el *ad quem* sobre este particular, no adolece de defecto fáctico, como tampoco de defecto sustantivo, pues la presencia de un extremo de perturbación emocional superior al que normalmente derivaría de esta ruptura, no fue alegado ni probado en el curso del proceso de restitución internacional.

185. Para finalizar, es importante resaltar que este tipo de decisiones no tienen por objeto dilucidar cuál de los progenitores se considera o resulta más apto para ejercer la guarda o tenencia del menor. La finalidad de estas actuaciones, corresponde al otorgamiento de soluciones urgentes enfocadas en restablecer el *statu quo* del menor sustraído o retenido ilícitamente. Dicho objetivo, no constituye un impedimento para que los padres discutan las cuestiones inherentes a la custodia por las vías procesales pertinentes, claro está, siempre que estos asuntos se debatan ante las autoridades que ejerzan jurisdicción en el lugar donde el menor tenía su residencia habitual con anterioridad al acto de desplazamiento o retención ilícita. Téngase en cuenta, que el artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980 prescribe que, “[u]na decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”.

186. En esa medida, la conclusión a la que llegó la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto a no encontrar configurada esta excepción, también se considera razonable, toda vez que no se acreditó que al ser restituida, la menor sufriría daños psicológicos o físicos, o quedaría expuesta a una situación intolerable. Lo anterior, aparte de hacer evidente la no configuración del defecto fáctico, también da cuenta de la no estructuración del defecto sustantivo, pues el *ad quem* no estaba compelido a dar aplicación a lo previsto en el literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

c) *La menor NFRM manifestó su oposición a regresar a su país de residencia habitual y cuenta con la edad y madurez suficiente para tener en cuenta su opinión. [Artículo 13, literal b)]*

187. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en la decisión de apelación sobre el proceso de restitución internacional de la

menor NFRM, señaló que, “[t]ampoco resulta suficiente para denegar la restitución, el hecho de que la menor de edad haya manifestado no querer regresar con su progenitor a los Estados Unidos, conforme obra en el seguimiento efectuado en diligencia previa, decretada por la autoridad central, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por cuanto es evidente que la niña no cuenta con un grado de madurez apropiado para tener en cuenta su opinión, pues apenas tiene 7 años de edad”.

188. Para esta Sala de Revisión lo decidido por el *ad quem* en este punto, desconoció las pruebas que podrían brindar convicción respecto del grado de madurez de la menor NFRM y por tanto para establecer la posibilidad de tener en cuenta su opinión en el proceso de restitución internacional en el que se encontraba inmersa.

189. En efecto, en el examen de valoración psicológica practicado el 10 de noviembre de 2016 por la psicóloga del Centro Zonal Suba del ICBF¹²⁷, la profesional a cargo señaló: *“Se espera que en la edad en que se encuentra [NFRM], ya pueda tener una capacidad de razonar, saber lo bueno y malo, de lo que quiere y no quiere, de conocer lo permitido y dar un juicio adecuado. (En el control de realidad, verdad y mentira). Su desarrollo cognitivo no presenta indicadores de alteración o trastorno a la fecha, y el desarrollo psicoevolutivo es responsivo al momento del ciclo vital. Se percibe que [NFRM] ha interiorizado hábitos y patrones comportamentales, es juiciosa denotando organización y disciplina en sus actividades básicas. Presenta un nivel de desarrollo emocional, cognitivo y social acorde a su edad”*.

190. En esa medida, la autoridad judicial no podía desestimar de plano las declaraciones rendidas por la menor, en las que manifestó, su preferencia por querer vivir en Colombia y no en los Estados Unidos¹²⁸. Esta actitud resultó abiertamente opuesta al principio de interés superior de los menores de edad, así como al derecho que tenía NFRM a ser escuchada, dando lugar a la afectación del derecho al debido proceso y de los derechos fundamentales de los niños, reconocidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en la jurisprudencia constitucional y en el Código de la Infancia y la Adolescencia. En este mismo sentido se debe señalar, que por actuar en nombre propio, así como en representación de su menor hija, tanto en la acción de tutela como en el proceso de restitución internacional, el derecho fundamental al debido proceso de la señora PVMB también se vio conculcado.

¹²⁷ Folios 44-54 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional.

¹²⁸ En entrevista realizada por la psicóloga del Centro Zonal Suba del ICBF (folio 52 del cuaderno 1 del expediente de restitución internacional), consta lo siguiente:

“Psi: Si en algún momento se tomara la decisión de que tienes que irte a vivir con alguno de los dos papitos ¿Qué pasaría?

Rta: Dice: “Me sentiría mal porque yo quiero seguir viviendo con mis dos papitos, yo quiero que ellos estén juntos”.

Psi: ¿Quieres vivir aquí o mejor irte a vivir en los Estados Unidos?

Rta: Dice: “Es mejor aquí, yo quiero que mi papá se venga aquí con los dos gatos y el perro, a mí me gusta vivir aquí, es chévere es mejor que en Estados Unidos. Pero es que es muy caro traerse a los animales. Allá tengo a una amiga que es mi hermanita porque es mi amiga favorita. Extraño a mi papá y a mis gatitos, pero ellos se están juntando se volvieron a hablar”.

191. Claro lo anterior, esta Sala de Revisión considera de suma relevancia destacar, que en razón a la singular finalidad del Convenio de La Haya de 1980, el derecho de los menores a ser escuchados no implica una adherencia irrestricta o una sumisión irreflexiva a sus deseos o manifestaciones.

192. En ese sentido, la aplicación de la excepción contenida en el literal b) del artículo 13 solo sería posible cuando la manifestación de la voluntad del menor sea cualificada, es decir, cuando no se observe limitada a la exteriorización de la preferencia por vivir con uno u otro de los progenitores, sino al reintegro al país de residencia habitual. Por tanto, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar.

193. Se debe tener en cuenta, que admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio, por la mera manifestación sobre la preferencia de vivir en un lugar determinado, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la Comunidad de Naciones, a merced de una opinión del menor no cualificada, que es en últimas a quien se pretende proteger.

194. Lo anterior permite concluir que en este punto, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá si incurrió en defecto fáctico, toda vez que inobservó las pruebas que permitían establecer que la menor NFRM contaba con un grado de madurez suficiente para considerar su opinión al momento de decidir el recurso de apelación en el proceso de restitución internacional.

195. Sin embargo, debe hacerse claridad, que el defecto sustantivo alegado, consistente en la no aplicación de la excepción contenida en el literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 no puede decretarse, por cuanto la sola opinión del menor no es suficiente para que proceda su aplicación, pues como se explicó previamente, esta requiere ser valorada.

196. En esa medida, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá deberá pronunciarse sobre este asunto en la nueva decisión que se le ordene proferir en la parte resolutive de la presente providencia. Su pronunciamiento deberá estar dirigido dentro de la órbita de su autonomía judicial, en primer lugar, a considerar las opiniones expresadas por la menor NFRM en el trámite de restitución internacional y, en segundo lugar, a valorarlas conforme a la experticia técnica e idónea recaudada en el curso del proceso, de tal forma que su decisión sobre la aplicación o no de la excepción, resulte motivada.

197. Adicionalmente, y en caso de que la conclusión a la que arribe la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sea la de ordenar el retorno de la menor NFRM a los Estados Unidos, deberá previamente constatar que el regreso a dicho país no la someterá a ninguna clase de peligros físicos o psíquicos, o a situaciones intolerables, conforme lo establece el literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. En

todo caso, cualquiera que sea el resultado de su decisión, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá deberá garantizar el interés superior de los menores de edad y decretar las medidas de protección en favor de la niña NFRM que estime necesarias, de tal forma que se le cause el menor impacto posible.

d) *El padre de la menor NFRM, dentro del año siguiente al vencimiento del permiso de traslado otorgado, no solicitó a las autoridades competentes, la restitución internacional de su hija a su país de residencia habitual, tiempo durante el cual la menor se integró a su nuevo medio familiar. [Artículo 12]*

198. Teniendo en cuenta que entre el momento en que se produjo la retención ilícita de la menor NFRM (febrero de 2016), y la fecha de interposición de la solicitud de restitución internacional ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos (junio de 2016), transcurrieron únicamente cuatro meses, en el presente asunto el juzgador de instancia no se encontraba compelido a analizar la integración de la menor NFRM a su nuevo medio social y familiar. Según se expuso en los párrafos 155 y 157 de la presente providencia, el análisis sobre su posible configuración solo se encuentra previsto para aquellos casos en los que el tiempo transcurrido entre esos dos extremos temporales ha excedido el plazo de un año.

5. Síntesis de la decisión

199. Aun cuando la conclusión a la que arriba esta Sala de Revisión es que en el caso bajo estudio debe concederse el amparo de los derechos fundamentales de la accionante y de su menor hija, las razones expuestas en esta sentencia difieren de las planteadas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al momento de ordenar la protección constitucional.

200. Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el amparo tiene lugar por cuanto el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, incurrió en defecto fáctico y sustantivo por tres razones. La primera, porque valoró indebidamente las pruebas que daban cuenta de la configuración de la excepción del consentimiento tácito, lo que la condujo a declarar equivocadamente la retención ilícita de la menor y no dar aplicación al literal a) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. La segunda, porque ante la manifestación de la menor de preferir vivir en Colombia y no en los Estados Unidos, obvió aplicar la excepción prevista en el inciso segundo del literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980. La tercera, porque debió negar la restitución de la menor a los Estados Unidos mediante la aplicación de la excepción dispuesta en el inciso primero del literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, y de esta forma, evitar los daños psicológicos y físicos que le generaría a la menor un nuevo desarraigo, dado su nivel de integración al nuevo medio social y familiar.

201. En contraposición, para la Corte Constitucional solo existe una razón configuradora de la vía de hecho. En efecto, como se analizó en los párrafos 185 al 194 *supra*, la decisión que resolvió en segunda instancia el proceso de restitución internacional adolece de defecto fáctico porque el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas que existían sobre la madurez de la menor y que le exigían considerar su opinión. No obstante, el hecho de que la autoridad judicial se encontrara compelida a valorar la opinión que la menor expresó al ICBF en entrevista psicológica, y aun cuando esta iba en el sentido de preferir quedarse en Colombia, no se traducía en una obligación irrestricta de negar la restitución. Como se explicó, la aplicación de la causal de excepción contenida en el inciso segundo del literal b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 exige que la autoridad judicial que decide sobre la restitución internacional, encuentre en la manifestación del menor un repudio irreductible a regresar. Por tanto, una cosa es la consideración de la opinión en los trámites en que se ven inmersos los menores de edad, y otra, su valoración.

202. Por tal razón, para garantizar efectivamente el derecho fundamental al debido proceso de la señora PVMB, los derechos fundamentales de los niños y del debido proceso de la menor NFRM, y para preservar el principio de seguridad jurídica de quienes se encuentran involucrados en el caso bajo estudio, esta Sala de revisión procederá en la parte resolutive a modificar el resuelve primero del fallo de tutela de segunda instancia, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 2017, en el sentido de: (i) amparar los derechos fundamentales de los niños y el debido proceso de la menor NFRM, así como el derecho fundamental al debido proceso de la señora PVMB, pero por las razones expuestas en la presente providencia, y (ii) confirmar la orden de dejar sin efectos el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dictado dentro del proceso de restitución internacional de la menor NFRM.

203. Como consecuencia de lo anterior, (i) se dispondrá dejar sin efectos la sentencia de reemplazo dictada el 4 de octubre de 2017 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 2017 y (ii) se ordenará a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá proferir, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente decisión, una nueva sentencia que resuelva el recurso de apelación en el proceso de restitución internacional de la menor NFRM, en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- MODIFICAR el resuelve primero del fallo de tutela de segunda instancia, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 2017, en el sentido de AMPARAR los derechos fundamentales de los niños y el debido proceso de la menor NFRM, así como el derecho fundamental al debido proceso de la señora PVMB, pero por las razones expuestas en la presente providencia; CONFIRMAR la orden de dejar sin efectos el fallo proferido el 13 de julio de 2017 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio del cual se decidió en segunda instancia el proceso de restitución internacional de la menor NFRM.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de reemplazo dictada el 4 de octubre de 2017 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida en cumplimiento del fallo de tutela de segunda instancia emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 6 de septiembre de 2017.

Cuarto.- ORDENAR a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá proferir, dentro de los **diez (10) días** siguientes a la notificación de la presente decisión, una nueva sentencia de reemplazo que resuelva el recurso de apelación en el proceso de restitución internacional de la menor NFRM, en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia.

Quinto.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que los nombres y los datos que permitan identificar a la menor o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ordenar por Secretaría General a todas las autoridades judiciales y administrativas involucradas en el presente asunto, salvaguardar la intimidad de la menor y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Sexto.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación proceder a la devolución del expediente de restitución internacional de la menor NFRM a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual fue remitido en calidad de préstamo.

Séptimo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase.

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
A LA SENTENCIA T-202/18**

Referencia: Expediente T-6.438.838

Acción de tutela interpuesta por PVMB, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija NFRM, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia.

Magistrado ponente:
CARLOS BERNAL PULIDO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito expresar las razones por las cuales me aparto de la decisión adoptada por la Sala Primera de Revisión.

En mi concepto, en el caso objeto de consideración, no se configuró un defecto fáctico en la actuación de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y, por consiguiente, no debió concederse el amparo del derecho fundamental al debido proceso.

Tal como se pone de presente en el fundamento jurídico 192 del fallo del que me separo, en el inciso segundo del literal b) del artículo 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños se contempla una excepción al deber de restitución inmediata y se indica que, para que proceda la misma, el menor debe expresar oposición o repudio a la restitución y no simplemente una preferencia por vivir con uno u otro de los progenitores.

No obstante lo anterior, en la decisión mayoritaria, al estudiar el caso concreto, se concluye que la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no podía desestimar de plano las declaraciones rendidas por la menor NFRM en las que manifestó su **preferencia** por vivir en Colombia y no en Estados Unidos (fundamento jurídico 190).

Es claro que dichas declaraciones sólo debían ser tenidas en cuenta si, en efecto, se hubiera dado una manifestación en los términos del inciso segundo del literal b) del artículo 13 del Convenio, esto es, si la menor efectivamente hubiese manifestado su repudio a la restitución. Lo que se aprecia, sin embargo, es que en la entrevista realizada por la psicóloga del Centro Zonal Suba del ICBF la menor no expresó un repudio a la restitución, sino una simple preferencia por vivir en Colombia.

No se evidencia entonces que la decisión del Tribunal hubiese sido arbitraria y, por consiguiente, el juez de tutela no estaba habilitado para intervenir en un proceso que fue fallado por el funcionario competente.

Fecha *ut supra*,

Luis Guillermo Guerrero Pérez
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA T-202 de 2018 (M.P. CARLOS BERNAL PULIDO)

Si bien estoy de acuerdo con el sentido de la decisión adoptada en la Sentencia T-202 de 2018, considero necesario aclarar mi voto, con el fin de señalar, por un lado, que la Sala debió destacar el contenido e importancia constitucional del derecho a ser escuchado de los menores de edad, durante los procesos de restitución internacional; y por otro, que no debió omitirse que en la acción de tutela no se perseguía únicamente el amparo de los intereses de la niña NFRM, sino también de los de su madre, pero en su condición de mujer con titularidad autónoma de derechos fundamentales. Los argumentos que sustentan esta posición son los siguientes:

1. *Ausencia de un juicio constitucional.* Pese a que la Sentencia hace un juicioso estudio normativo de los intereses de los menores, en los procesos de restitución internacional, lo cierto es que el pronunciamiento se limitó a subsumir las reglas aplicables, sin ningún análisis sobre el contenido del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados durante los trámites que les afectan. No es la primera vez que esta Corporación se pronuncia sobre esta garantía constitucional. Sentencias como la T-955 de 2013¹²⁹ y la T-587 de 2017¹³⁰ son pronunciamientos que han contribuido a la construcción de un marco jurisprudencial riguroso y que dan cuenta del tratamiento jurídico de estos asuntos. La Sala, entonces, debió procurar una providencia en la que se tuviera en cuenta el desarrollo de la Corte sobre la materia objeto de análisis, y la importancia de fortalecerlo.

En ese sentido, siendo esta Corte la llamada a profundizar en el alcance de instituciones fundamentales como el derecho antes mencionado, no comparto que sus fallos estén estrictamente basados en una relación de las cláusulas normativas pertinentes, sin mayor reflexión sobre su carácter fundamental y ámbito de aplicación. Identificar y construir sólidamente el marco constitucional de las instituciones que hacen parte del ordenamiento es, en últimas, lo que dota de trascendencia y da efecto útil a las decisiones de los Tribunales Constitucionales en los sistemas democráticos.

2. *Omisión de pronunciamiento relevante.* La acción de tutela fue promovida por la señora PVMB no sólo buscando la salvaguarda de los derechos de su hija menor de edad, sino a nombre propio, con el fin de proteger autónomamente sus intereses. Aunque considero que no existían elementos suficientes para concluir que éstos últimos fueron trasgredidos (razón por la cual no salvo, sino aclaro mi voto), considero que la Sala debía emitir un pronunciamiento en ese sentido. La omisión en que incurrió la Sentencia T-202 de 2018 puede ser significativa de una invisibilización de la condición de sujeto autónomo de derechos de la mujer accionante, al margen de su rol de madre. Por ello insisto en que, en casos como el de la referencia, el silencio

¹²⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³⁰ M.P. Alberto Rojas Ríos.

siempre será la forma más indeseable de negar la protección de un derecho por parte del juez constitucional.

3. Finalmente, aun cuando, en términos generales, comparto la decisión adoptada en la Sentencia T-202 de 2018 y considero que constituye un pronunciamiento relevante en materia de derechos de los y las menores de edad en el marco de los procesos de restitución internacional, encuentro necesario *llamar la atención sobre dos asuntos trascendentes*.

En primer lugar, cuando controversias como la de la referencia son planteadas ante el juez constitucional, su conocimiento, trámite y definición deben ser particularmente céleres, no sólo por el término de un año fijado en el artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, citado en esta Sentencia, sino sobre todo por las consecuencias adversas que la tardanza en la resolución de estos casos puede tener frente a la situación del menor. La efectividad de estos procesos garantiza la identificación real del arraigo, de modo que el transcurso de un lapso irrazonable puede acarrear una alteración definitiva de las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes, al punto que, por ejemplo, al finalizar el trámite de restitución, el contexto que resulte óptimo para el menor no sea el mismo que al del momento de iniciarse el trámite.

En segundo lugar, es indispensable, en casos como el estudiado por la Sala, otorgar medidas especiales de protección para los menores. Me refiero a, por ejemplo, la disposición de un acompañamiento profesional especializado (médico, psicológico, etc.), o de un régimen particular de visitas y de alimentos, entre otros, que viabilicen la adaptación óptima del menor al proceso de traslado y reincorporación al arraigo. Esto es necesario especialmente en eventos en los que la definición de la restitución internacional se ha prolongado durante más de dos años, lo cual constituye un periodo claramente desproporcionado.

En los anteriores términos, dejo planteada mi aclaración de voto a la Sentencia T-202 de 2018.

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada