

T-006-18

Sentencia T-006/18

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Este tipo de defecto se presenta en las providencias judiciales cuando el fallador toma una decisión la cual no tiene sustento probatorio, o la misma no tuvo en cuenta la totalidad del material que fue allegado en la etapa procesal oportuna. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que este tipo de inconsistencia “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”. No es dado entonces, que los jueces adopten posturas o decisiones sin contar con la evidencia que respalde el juicio, o apartándose de ella sin argumento o fundamento. Igualmente, ha manifestado esta Corporación que el defecto fáctico se puede generar por omisión o por acción.

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución”.

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

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

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

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN PROCESOS DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Reiteración de jurisprudencia

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Marco normativo

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR-Procedencia por cuanto se configuro defecto fáctico por indebida valoración probatoria

Referencia: Expediente T-6.346.922

Acciones de tutela formuladas por MARÍA LUISA NIEVES CASTRO[1] en representación de la menor V.I.L.N[2] y por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Gaitán de Ibagué, YENNIFER RUIZ GAITAN, contra la Sala de decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los Artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como en los Artículos 33

y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 02 de 2015 -Reglamento de la Corte Constitucional-, profieren la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del trámite de la sentencia de tutela proferida en primera instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 5 de julio de 2017, la cual concluyó en segunda instancia mediante la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación el 9 de agosto de 2017, dentro del proceso de amparo formulado por la ciudadana María Luisa Nieves Castro en representación de su menor hija V.I.L.N y la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Gaitán de Ibagué, contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. De la unión de hecho entre la ciudadana colombiana María Luisa Nieves Castro y el ciudadano argentino Antonio Javier Lozano[3], nació el 1º de junio de 2012, la menor V.I.L.N, eventos que tuvieron lugar en la ciudad de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República de Argentina.

1.2. El 2 de diciembre de 2014, el señor Antonio Javier Lozano autorizó el viaje de su hija menor de edad a la República de Colombia “saliendo del territorio de la República Argentina el día 20 de diciembre del corriente año, con regreso al país de origen el día 23 de enero del año dos mil quince”[4].

1.3. El 22 de enero de 2015, María Luisa Nieves elevó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) una petición, para que se impidiera la salida de su hija hacia territorio argentino. Argumentó que tomaba esa decisión para evitar ser maltratada nuevamente por su pareja[5].

1.4. El 27 de enero de 2015, el ICBF admitió la solicitud hecha por la accionante, y ordenó citar al señor Antonio Javier Lozano, para que compareciera a la audiencia de conciliación[6].

1.5. El 13 de marzo de 2015, el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nº1, del Departamento Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, decidió “Hacer lugar al pedido de restitución internacional de la niña V.I.L.N quien se domiciliaría junto a su madre María Luisa Nieves Castro en el domicilio (sic) denunciado en el Km 2.5 Vía Chapetón, Finca “La Fania”, ciudad de Ibagué, Departamento Tolima de la República de Colombia, a su residencia habitual situada en calle Alsina Nº 360 piso 1º Dto C de la localidad y partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República Argentina y ordenar su reintegro de conformidad a través de la autoridad Central Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (art 7, 10 y cctes ley 25358), con costas a la demandada (art. 68 del CPCC) por haber dado lugar a la presente”[7].

1.6. Mediante oficio del 31 de marzo de 2015[8], el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina hizo llegar el Exhorto Diplomático de fecha 26 de marzo de 2015, suscrito por el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nº1 del Departamento Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, por el cual solicitó a la autoridad competente que “se sirva ejecutar y hacer efectiva la sentencia dictada en estas actuaciones y proceda a la restitución internacional de la niña”.

1.7. El 24 de abril de 2015[9], se llevó a cabo ante el ICBF la audiencia de conciliación, la que se declaró fracasada por la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes.

1.8. El 19 de mayo de 2015, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar avocó el conocimiento de la solicitud formal de restitución internacional de menores incoada por el Estado Argentino para que la niña fuese retornada a su país de origen.

1.9. En diferentes informes de valoración psicológica practicados por el ICBF a la menor, y a su entorno familiar, se evidenció que el ambiente en el que se desenvolvía la menor en la República Argentina no era el adecuado, debido a las agresiones recíprocas que tenían lugar entre sus padres. Del mismo modo, los resultados evidenciaron el fuerte arraigo y la adaptación de la niña su entorno en el territorio nacional[10].

1.10. El 16 de junio de 2015[11], la Defensora de Familia del ICBF, Centro Zonal Gaitán de Ibagué, Dra. Yennifer Ruiz Gaitán, promovió demanda de restitución internacional de

menores en contra de la señora María Luisa Nieves Castro; diligencia que fue conocida por el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué.

1.11. Mediante sentencia del 2 de septiembre de 2016, el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué denegó la pretensión de restitución internacional de la infante, decisión fundamentada en el grave riesgo que implicaba para la menor el retorno a la República Argentina, y el arraigo que presentaba, tras haber estado en el territorio nacional con su señora madre, y resolvió “ACEPTAR LA OPOSICIÓN a la RESTITUCIÓN INTERNACIONAL de la niña V.I.L.N, que fue presentada por la señora MARÍA LUISA NIEVES CASTRO, en su condiciones (sic) de progenitora y representante de la menor”[12]. Esta providencia fue apelada por el señor Antonio Lozano[13].

1.12. En sentencia del 10 de marzo de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué revocó la decisión del Juez de primera instancia, ordenando el reintegro inmediato de la niña, teniendo en cuenta que se cumplían todos los requisitos establecidos por el artículo 3 del Convenio Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de menores de La Haya[14], relacionado con el traslado o la retención ilegal de niños, niñas y adolescentes, y que no había lugar a las excepciones planteadas en el mismo[15].

1.13. Como consecuencia de la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia, el 10 de marzo de 2017, la ciudadana María Luisa Nieves Castro, en representación de su menor hija V.I.L.N[16], y la Defensora de Familia adscrita al ICBF Centro Zonal Gaitán de Ibagué[17], Yennifer Ruiz Gaitán, formularon sendas acciones de tutela contra la citada providencia judicial, las cuales fueron acumuladas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Indicaron que el derecho fundamental al debido proceso de la menor había sido vulnerado, argumentando la configuración de un defecto fáctico por la falta de valoración integral del acervo probatorio. Aseguraron igualmente que no se tuvo en cuenta la calidad de sujeto de especial protección y que el interés superior del menor no fue analizado, a pesar de ser un elemento determinante para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

2. Trámite impartido a la acción de tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, la ciudadana María Luisa Nieves Castro en representación de su hija, y la defensora de familia del centro zonal Gaitán de Ibagué invocaron la protección del derecho fundamental al debido proceso de la menor V.I.L.N, para que no se llevara a cabo la restitución internacional ordenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué -Sala de Decisión Civil-Familia-. Solicitó que se tuvieran en cuenta sus denuncias, en las que manifestaba haber sido agredida física, verbal y psicológicamente por su compañero permanente. Igualmente solicitó, que se analizara el arraigo de la niña, quien desde el año 2015 ha desarrollado el proceso de adaptación al entorno en el que se encuentra actualmente.

3. Traslado y contestación de la Demanda

El 13 de junio de 2017, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia admitió las acciones de tutela interpuestas por la ciudadana María Luisa Nieves Castro en representación de su hija V.I.L.N y la Defensora de Familia adscrita al ICBF, Centro Zonal Gaitán de Ibagué[18], Yennifer Ruiz Gaitán, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por la cual ordenaba la restitución internacional de su hija, acumulando las mismas. En consecuencia, dispuso correr traslado a la autoridad acusada, las partes y los terceros intervinientes dentro del proceso verbal sumario de restitución internacional de menores que cursó, en primera instancia, en el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué, para que emitieran su concepto sobre los hechos expuestos por la accionante.

Al respecto se pronunciaron los siguientes sujetos procesales e intervinientes:

3.1. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué -Sala Civil-Familia-

El Doctor Diego Ómar Pérez Salas, en su calidad de Magistrado ponente del fallo objeto de la acción de tutela, dio contestación a la misma manifestando que la accionante alegó la improcedencia de la orden de restitución de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de La Haya, no obstante, precisa el operador judicial, el citado articulado “solo procede cuando el padre custodio afectado con la retención ilegal tarde más de un año en iniciar la respectiva actuación, hipótesis que no se presentaba en el litigio objeto del resguardo”[19].

Afirmó que la accionante cometió varios yerros al confundir “las circunstancias que definen y deben considerarse con ocasión a un proceso de custodia y cuidados personales, frente a aquellas que imponen las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia y debe atender como Estado Requerido, en un proceso de restitución internacional de menores”[20].

A su turno, hizo referencia a las agresiones mutuas que se presentaron y de las cuales reposan demandas recíprocas, sin pronunciarse de fondo sobre el particular, aclarando que no se evidenciaba un riesgo para la menor por este aspecto en particular.

Aclaró que la sentencia se ciñó estrictamente a la Constitución Política y a las leyes, fundamentando su decisión en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, hasta concluir que “no hay duda alguna, que lo pretendido por las dos acciones de tutela, es anteponer el propio criterio de la progenitora, y encontrar así, legitimidad y consecuencias jurídicas favorables a partir de un proceder ilícito, reprochado por la normativa internacional, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado Colombiano”.

3.2. Ministerio de Relaciones Exteriores

Mediante escrito de fecha 12 de junio de 2017[21], Claudia Liliana Perdomo Estrada, en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, respondió al requerimiento, manifestando que en relación con la entidad que ella representa se configuraba la falta de legitimación por pasiva, toda vez que dentro de sus competencias no se encuentra darle solución a la problemática que se estudia, o que las pretensiones perseguidas por la accionante sean reconocidas ante el juez de instancia. Expresó que la Cancillería no había sido la entidad administrativa que practicó las pruebas obrantes en el proceso, sobre las cuales se plantea la existencia del defecto fáctico por falta de valoración de la prueba.

3.3. Red Internacional de Jueces de La Haya

Mediante comunicación del 14 de junio de 2017, la Red Internacional de Jueces de La Haya, representada por el doctor Jaime Londoño Salazar, Juez de la señalada entidad, puso de presente la petición dirigida por su homóloga argentina, doctora Graciela Tagle de

Ferreyra, en relación con la solicitud de restitución, en la que expresó su preocupación por “la suspensión de la ejecución del fallo de retorno, estando la sentencia en firme”.

Aclaró que el proceso restitutorio establecido en el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de La Haya de 1980, versa sobre menores de 16 años, cuya residencia al momento del traslado sea el país requirente, que la petición se haya presentado dentro del año siguiente a la sustracción o retención de menor, que el niño se encuentre en el país requerido, que no exista consentimiento por parte del padre requirente; y que no exista un peligro o riesgo grave para el niño, niña o adolescente, en caso de ser restituido.

Teniendo en cuenta que en el presente caso concurren las condiciones señaladas, afirmó que, “no cabe decisión diferente que disponer el retorno del menor a su sitio de residencia habitual”[22].

En relación con el caso concreto, la Red Internacional de Jueces manifestó que lo resuelto por el Juzgado Cuarto de Familia de Circuito de Ibagué “desconoció flagrantemente el espíritu y la letra del Convenio de La Haya, pues el análisis transcrito, referido está a cuestiones propias de la custodia, o definición de la potestad parental respecto de la niña, consideraciones que exceden la materia a definir dentro del trámite resolutorio, decisión que el Tribunal Superior de Ibagué, atendiendo los postulados superiores de la legislación interna e internacional, decidió revocar y disponer la restitución, pues una decisión diferente, haría nugatorio el Convenio de La Haya e impediría en todos los casos disponer la restitución”. (Negrilla en texto original)

3.4. Antonio Javier Lozano, padre de la menor

El señor Antonio Javier Lozano manifestó su oposición a las pretensiones de la accionante, señalando lo siguiente:

3.4.1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué –Sala Civil-Familia valoró en su totalidad las pruebas allegadas al proceso, lo que desvirtuaría el defecto fáctico alegado por las accionantes, y aseguró que no hubo violación alguna al derecho fundamental al debido proceso de la menor.

3.4.2. Expresó que la narración de los hechos por parte de la madre de la menor V.I.L.N se llevó a cabo de forma parcializada y conveniente, pues no puso en conocimiento del juez de instancia la totalidad de los mismos. Aclaró que la accionante viajó periódicamente de Argentina a Colombia desde el año 2006, tiempo en el cual no manifestó la ocurrencia de violencia alguna, y enfatizó que esa acusación es una técnica para justificar la retención de la infante en territorio colombiano. Aunado a lo anterior, negó rotundamente la existencia de algún tipo de violencia física, psicológica o verbal de su parte.

3.4.3. En relación con los dictámenes psicológicos practicados a la niña por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, puso de presente que los mismos presentaban inconsistencias, señalando que el informe de valoración practicado por la psicóloga Ángela María Montealegre García, se afirmaba que “no se le ha vulnerado ningún derecho fundamental a la niña V.I.L.N”.

Sin embargo, en una aclaración al informe, la misma profesional dictaminó que no se encontraba probado el maltrato, sino que se hacía referencia a la “posible presencia de violencia intrafamiliar de acuerdo a los aportes revisado en el proceso”.

3.4.4. Concluyó el señor Antonio Lozano que su primogénita fue arrebatada de forma violenta y desarraigada de su país de origen (Argentina), situación que fue desconocida por el Juez Cuarto de Familia de Ibagué, quien a su vez inaplicó el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, situación que fue corregida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué quien, en segunda instancia, ordenó la restitución internacional de la menor.

4. Decisiones adoptadas por las autoridades judiciales

Primera instancia

4.1. Mediante sentencia del 5 de julio de 2017, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de María Luisa Nieves Castro, en representación de su hija V.I.L.N. Como consecuencia de lo anterior, dejó sin efectos el fallo del 10 de marzo de la misma anualidad, dictado dentro el proceso de restitución internacional de menor, por el que se ordenaba su regreso a la República Argentina, ordenando “al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala

Civil-Familia, que, dentro del lapso de diez días (10) contados a partir de la fecha en que reciba notificación de la presente resolución, dicte nuevamente la sentencia de segundo grado, consultando las disposiciones legales y la jurisprudencia que gobiernan la materia, de conformidad con lo plasmado en este pronunciamiento”.

En concepto de ese Despacho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la menor, el cual fue invocado, aduciendo un defecto fáctico al no haber valorado el acervo probatorio que reposaba en el expediente.

“En consecuencia, se observa que el tribunal (sic): i) reprocha la ausencia de prueba respecto del riesgo del retorno de la menor a Argentina y frente a la supuesta adaptación de la misma a las condiciones de vida en Colombia; ii) insiste en que se echa de menos un dictamen especializado y una experticia técnico-científica para acreditar ello, iii) reitera incisivamente en la finalidad de la Convención de La Haya, cual es, la restitución inmediata del menor que ha sido trasladado o retenido ilícitamente y, iv) en lo atinente con el interés superior de XX se limita a señalar que este se satisface con el regreso de la misma a Argentina”. (Énfasis propio)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia soporta su afirmación en la indebida valoración de las pruebas que reposaban en el expediente, y el no decreto de nuevas pruebas para determinar si se debería ordenar la restitución internacional de la menor o si por el contrario esa decisión podría acarrear un riesgo o perjuicio para un sujeto de especial protección, haciendo que la misma carezca de motivación.

Aunado a lo anterior, reafirmó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que en los procesos de restitución internacional de menores existen una serie de excepciones, las que no fueron estudiadas por los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Superior de Ibagué, hasta concluir:

“encuentra la Sala que el tribunal encartado incurrió en una inadecuada apreciación de medios probatorios, pues omitió analizar si el retorno inmediato de XX (sic) la exponía a un peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable”.

Impugnación

4.2. Inconforme con la decisión adoptada por el juez de tutela de primera instancia, la abogada Martha Raquel Niño Durán, apoderada del señor Antonio Javier Lozano impugnó el fallo, manifestando que:

4.2.1. Los argumentos plasmados en la acción de tutela por parte de la accionante, no concuerdan con la realidad de los hechos.

4.2.2. Que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué valoró las pruebas en su totalidad y de forma conjunta, lo cual desvirtúa la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por defecto fáctico.

4.2.3. Expuso que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desconoce el Tratado Internacional al analizar cuestiones “expresamente vedadas” por este acuerdo suscrito por el Estado colombiano.

4.2.4. Concluyó expresando que el objeto de la litis se debe resolver de acuerdo a la competencia territorial. Aclara que es la jurisdicción argentina la encargada de desatar el pleito planteado por la accionante, teniendo en cuenta que los hechos a discutir tuvieron ocurrencia en el mencionado país y que en el expediente no versa prueba alguna del maltrato alegado.

Segunda instancia

4.3. Mediante sentencia del 9 de agosto de 2017, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo del 5 de julio de ese mismo año, proferido por la Sala de Casación Civil de esa Corporación, que concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la menor V.I.L.N, ordenando al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia, proferir un fallo de segundo grado en el cual se tuvieran en cuenta las disposiciones legales y la jurisprudencia que gobiernan la materia relacionada con la restitución internacional de menores.

Los argumentos que soportaron la decisión se contraen a:

(i) A pesar de haber adelantado un estudio rígido de la normatividad relacionada con el proceso de restitución internacional de menores, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil-Familia, omitió analizar a cabalidad si en este asunto concurría alguna de

las eventualidades estipuladas en la regla 13[23] del Convenio Internacional de La Haya, por lo que el Ad-quem “incurrió en una inadecuada apreciación de medios probatorios”.

(ii) A renglón seguido consideró que “si bien la finalidad de esta clase de acciones es lograr la restitución inmediata del menor que ha sido trasladado ilícitamente, las decisiones que adopten las autoridades administrativas y judiciales deben procurar la satisfacción del interés superior del niño, por lo que no se deben limitar a cumplir reglas y parámetros jurídicos, sino que además deben realizar una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas particulares que rodean al menor en aras de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales”.

Advirtió también que, “la Sala del Tribunal no apreció todos los informes de valoraciones psicológicas y evolución psicosocial, académica y comportamental de la menor, así como los informes de visitas sociales hechos a la menor desde que reside en Colombia”[24].

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, confirmó el fallo emitido por la Sala de Casación Civil de dicha entidad.

5. Actuaciones en sede revisión

Mediante auto del 14 de septiembre de 2017, la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve seleccionó el expediente de la referencia y lo asignó, previo reparto, al Magistrado Alberto Rojas Ríos, para proyectar la decisión de su revisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, indicando como criterios de selección, (i) Subjetivo: necesidad de proteger un derecho fundamental, (ii) Objetivo: asunto novedoso[25].

5.1. El 17 de noviembre de 2017, el magistrado sustanciador decretó pruebas requiriendo al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil-Familia, para que informara si había dictado un fallo de segundo grado en relación con el proceso de restitución internacional de menor, en cumplimiento del fallo de tutela, de conformidad con lo ordenado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y en caso de ser afirmativa su respuesta, allegara copia del mismo.

5.2. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, allegó a la Corte Constitucional, copia informal de la sentencia del 25 de julio de 2017, por la cual da cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Civil y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La parte resolutive de esta providencia dispuso “CONFIRMAR la sentencia proferida el dos (2) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) por el Juez Cuarto de Familia de Ibagué, dentro del presente asunto, conforme lo expuesto”.

Expresó en el fallo que “no hay duda al interior de este asunto, ni existe discusión alguna, en lo que respecta a la retención ilegal de la niña V.I.L.N. en Colombia, por parte de su progenitora, situación de ilegalidad que también encontró acreditada el Superior Funcional de esta Sala, en sede constitucional”. Igualmente manifestó que debido a las agresiones que se pudieron presentar entre sus progenitores en la República Argentina, esta situación podría generar secuelas de carácter psicológicas para la menor.

En relación con la adaptación manifestó que el proceso se encontraba adelantado y el cambio del mismo conllevaría a un “nuevo desarraigo” lo que supondría “daños psíquicos y emocionales”.

6. Material probatorio relevante que obra en el expediente

6.1. Permiso suscrito por el padre de la menor, el 2 de diciembre de 2014, por el cual autoriza la salida de su hija menor de edad de su país de origen, Argentina, a la República de Colombia, por el término de un mes. Cuaderno N°1, primera instancia. Folio 157.

6.2. Solicitud elevada por la ciudadana María Luisa Nieves Castro ante el ICBF el 22 de enero de 2015, para que se impidiera el retorno de su hija a territorio argentino. Cuaderno N°1, primera instancia, folios 42-45.

6.3. Fallo del 13 de marzo de 2015, expedido por el Tribunal Colegiado de Instancia Única en el Fuero de Familia N° 1, del Departamento Judicial de Quilmes, República de Argentina, por el cual resuelve “Hacer lugar al pedido de restitución de la niña V.I.L.N”. Cuaderno N° 1, primera instancia, folios 55-58.

6.4. Exhorto Diplomático del 26 de mayo de 2015, suscrito por el Dr. Pablo Horacio Ferrari, Juez del Tribunal Colegiado de Instancia Única en el Fuero de Familia N° 1, del

Departamento Judicial de Quilmes, República de Argentina, por el cual solicita que se inicie el proceso de restitución internacional de la menor de edad V.I.L.N. Cuaderno Nº 1, primera instancia, folios 99-120.

6.5. Oficio del ICBF, por el cual solicita al Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Ibagué que inicie el proceso de restitución internacional de la menor V.I.L.N. Cuaderno Nº 1, primera instancia, folios 38-40.

6.6. Fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito Judicial de Ibagué, dentro del proceso de restitución internacional de menores, el cual deniega la solicitud de restitución internacional de la menor la niña V.I.L.N. Cuaderno principal de la demanda. Folios 34 - 46.

6.7. Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia, dentro del proceso de restitución internacional de menor, que revoca la decisión emitida por el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito Judicial de Ibagué, y ordena restituir inmediatamente a la menor V.I.L.N a la República Argentina. Cuaderno Nº 4, primera instancia, folios 1102 - 1104.

6.8. Acciones de tutela elevadas por la ciudadana María Luisa Nieves Castro en representación de su hija (Cuaderno Nº 1, primera instancia, folios 1 - 36), y por la Defensora de Familia adscrita al ICBF, Centro Zonal Gaitán de Ibagué[26], Yennifer Ruiz Gaitán (Cuaderno principal, primera instancia, folios 1 - 33), contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Las cuales fueron acumuladas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

6.9. Contestación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia, a la acción de tutela elevada por la ciudadana María Luisa Nieves Castro, contra el fallo de instancia. Cuaderno principal, primera instancia, Folios 170-173.

6.10. Informes de valoración psicológica del 9 de junio de 2015[27], 28 de noviembre de 2015[28] y 13 de abril de 2016[29], elaborados por profesionales del ICBF, en los que afirman que la menor V.I.L.N tiene su arraigo en la República de Colombia, y donde se hace referencia a la posible referencia de violencia intrafamiliar[30].

6.11. Denuncias recíprocas interpuestas por violencia intrafamiliar en el hogar Lozano-Nieves, ante el Tribunal de Única Instancia de Quilmes, Provincia de Buenos, República Argentina. Cuaderno Nº1, primera instancia, folio121.

6.12. Valoración psicológica adelantada por el ICBF el 15 de octubre de 2015 al señor Lozano, en compañía de su hija, V.I.L.N, en la cual se afirma que es necesario el contacto permanente de la menor con su progenitor. Cuaderno Nº5, primera instancia, folios 75-76.

6.13. Conceptos del 19 de enero[31], 14 de junio[32], y 18 de julio de 2017[33], remitidos por la Rama Judicial del Poder Público, “Convenio de La Haya de 1980-Sustracción Internacional de Niños”, Red Internacional de La Haya. En los que manifiestan que el Estado Colombiano está incumpliendo el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, y que es procedente la restitución inmediata de la menor al territorio argentino.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

La ciudadana María Luisa Nieves Castro, en representación de su hija, y la Defensora de Familia del Centro Zonal Gaitán de Ibagué formularon acciones de tutela contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso de restitución internacional de menor, en el que ordenó el reintegro inmediato de la menor V.I.L.N a su país de origen, Argentina, pretensiones encaminadas a que se suspenda la directriz impartida por ese estrado judicial, teniendo en cuenta que se presentó un defecto fáctico en la decisión, al no valorar el acervo probatorio en debida forma.

A juicio de las accionantes el Tribunal no tuvo en cuenta el arraigo que presenta la menor a su entorno social y familiar, ni el peligro al que se puede someter, debido a los posibles malos tratos ejercidos por el padre de la niña en contra de la señora Nieves Castro, circunstancias que, de conformidad con el artículo 13, pueden conllevar a la configuración de riesgo grave o intolerable para la menor.

3. Problema jurídico previo:

Corresponde a la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Vulnera el derecho fundamental al debido proceso de la menor V.I.L.N la sentencia del 10 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Civil-Familia, dentro del proceso de restitución internacional de menor, por la configuración de un defecto fáctico al no valorar en debida forma las pruebas, las cuales establecen que la separación de su madre puede afectar su desarrollo armónico e integral y que el ambiente en el que viviría podría lesionar su integridad y seguridad personal, poniéndola en riesgo grave o intolerable?

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, se estudiarán a continuación los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia; (ii) requisitos generales de procedencia de la acción de tutela; (iii) requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; (iv) el defecto fáctico; (v) marco jurídico. Los derechos del niño y el interés superior del menor; (vi) el trámite de restitución internacional de menores; para finalmente, (vii) entrar a la solución del caso concreto.

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. Reiteración de jurisprudencia

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido abordada por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo que la Sala repasará las premisas en que se fundamenta esta posibilidad y las reglas establecidas para el examen de procedibilidad en un caso concreto.

La Corte Constitucional ha decantado el concepto de vía de hecho. No obstante, se dio una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que llevó a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, por lo que se desarrolló el concepto de causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela por vía de hecho. Con el fin de orientar a los jueces constitucionales y determinar unos parámetros uniformes que permitieran establecer en qué eventos es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-590 de 2005 y SU-913 de 2009, sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra sentencia y expuso que “no solo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad)”[34].

Esta situación se viabiliza, en los casos en el que un operador judicial decide un conflicto desconociendo el ordenamiento vigente, lo que conlleva a una vulneración de los derechos fundamentales de una de las partes. Al respecto ha expresado esta Corporación

“Tal comportamiento puede traducirse en (1.) la utilización de un poder concedido al juez por el derecho para un fin manifiestamente no previsto en las disposiciones legales (defecto sustantivo), (2.) en el ejercicio de una atribución por un órgano que claramente no es su titular (defecto orgánico), (3.) en la aplicación del derecho sin contar, de manera protuberante, con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas (defecto fáctico), o (4.) en la actuación manifiestamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). Esta carencia sustancial de poder o de desviación del otorgado por la ley, revelan (i.) una manifiesta desconexión entre lo establecido en el ordenamiento y la voluntad del funcionario judicial (que aparejará su descalificación como acto judicial) y (ii.) una clara violación de los derechos fundamentales de quien sufre las consecuencias del acto arbitrario”[35].

3.2. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela

El fundamento jurisprudencial de esta decisión se encuentra en la sentencia C-590 de 2005 la cual estableció que es procedente la acción de tutela por vía de hecho cuando se cumplan una serie de requisitos generales y específicos.

Los requisitos generales son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos

fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas”[36].

En el caso que nos ocupa, se evidencia de forma clara la relevancia constitucional del mismo; la restitución o retención internacional de menor amerita la intervención de esta Corporación para establecer si se le están conculcando los derechos fundamentales a un sujeto de especial protección al ordenar su regreso, o si por el contrario, la garantía de los mismos, depende de esta decisión.

De igual forma, se está ante la posible inaplicación de un tratado internacional suscrito por el Gobierno Nacional, ratificado por el Congreso de la República a través de la Ley 173 de 2004 y declarado exequible por la sentencia C-402 de 1995, hechos que demuestran la importancia del mismo.

De conformidad con la Ley 1008 y 1098 de 2006, el procedimiento de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, debe ser tramitado como un proceso verbal sumario. Al haberse agotado las instancias respectivas, e incluso haber solicitado los recursos de súplica y de casación, los cuales fueron negados[37], se observa que las

accionantes no cuentan con otro medio para que sean protegidos los derechos presuntamente vulnerados a la menor V.I.L.N.

Del mismo modo es importante señalar que, de acuerdo a lo establecido en el Código General del Proceso, las sentencias ejecutoriadas pueden ser objeto del recurso extraordinario de revisión.

No obstante, las causales para que este recurso proceda se encuentran establecidas en el artículo 355 de la Ley 1564 de 2012.

“1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber

ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”.

Analizadas las causales, no es dable concluir por parte de esta Corte, que el recurso extraordinario de revisión hubiese prosperado, toda vez que las causales enunciadas no encuadran dentro de los supuestos fácticos alegados por los accionantes.

A su vez, está demostrada la inmediatez en el actuar de la accionante, su diligencia al momento de hacer uso de los recursos ordinarios y extraordinarios, situación que se prueba al analizar que la tutela fue formulada 2 meses después de haber sido notificada del fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Civil-Familia, que dispuso la restitución de su hija y menos de un mes después de haberse desatado los recursos de ley.

Del mismo modo, los hechos y los derechos vulnerados, de acuerdo a lo afirmado por la parte actora, están debidamente consignados en la acción de tutela que se estudia, aclarando que no se está atacando un fallo de tutela.

Estudiados los requisitos generales, y concluyendo que los mismos se cumplen de acuerdo a lo estipulado por la Corte, es menester continuar con el estudio de las causales especiales para que proceda la tutela por vía de hecho.

3.3. Requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

En lo que tiene que ver con los requisitos específicos, la sentencia C-590 de 2005 enunció que los mismos se circunscribían a los siguientes presupuestos:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución”.

En el caso bajo estudio se aduce el defecto fáctico por parte de las peticionarias, quien afirma que el Ad-quem no tuvo en cuenta todo el material probatorio que reposa en el expediente, el que, a su juicio, demuestra la presencia de violencia intrafamiliar y por ende, el riesgo que correría la menor en caso de ser restituida a la República Argentina.

3.4. El defecto fáctico

De acuerdo con el ordenamiento constitucional, el artículo segundo enuncia que es uno de los fines del Estado garantizar real y efectivamente los principios y derechos fundamentales.

En concordancia con lo anterior, el artículo veintinueve superior establece el debido proceso como derecho fundamental, y afirma que todas las personas tienen la oportunidad de presentar las pruebas que consideren pertinentes, así como controvertir las allegadas por la contraparte.

Por ello, la etapa probatoria es un componente fundamental para que el juez cuente con la certeza y convicción sobre la ocurrencia o no de los hechos que se alegan en cada instancia judicial, y con base en la cual resolverá la controversia planteada, llegando a una solución jurídica, sustentada en elementos de juicio sólidos, tal como lo expresó la sentencia C-1270

de 2000:

“De conformidad con lo anterior, debe entenderse que el desarrollo del despliegue probatorio debe atender a los parámetros relativos al debido proceso, puesto que de contravenirse este derecho se incurriría en un defecto fáctico, que ha sido entendido por esta Corte como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial y se configura cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”.

Asimismo, la jurisprudencia ha manifestado que las dimensiones que se desprenden del defecto fáctico son:

“1. La primera corresponde a una dimensión negativa que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente. En esta dimensión se incluyen las omisiones en la valoración de las pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

2. La segunda corresponde a una dimensión positiva que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución”[38].

Este tipo de defecto se presenta en las providencias judiciales cuando el fallador toma una decisión la cual no tiene sustento probatorio, o la misma no tuvo en cuenta la totalidad del material que fue allegado en la etapa procesal oportuna.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que este tipo de inconsistencia “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”[39].

No es dado entonces, que los jueces adopten posturas o decisiones sin contar con la evidencia que respalde el juicio, o apartándose de ella sin argumento o fundamento.

Igualmente, ha manifestado esta Corporación que el defecto fáctico se puede generar por

omisión o por acción. La primera de las hipótesis tiene lugar, cuando:

“sin razón justificada el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece claramente en el proceso. Nótese que esta deficiencia probatoria no sólo se presenta cuando el funcionario sustanciador: i) niega, ignora o no valora arbitrariamente las pruebas debida y oportunamente solicitadas por las partes, sino también cuando, ii) a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas”[40].

Por otra parte, la ocurrencia del defecto fáctico por acción, se presenta cuando:

“a pesar de que las pruebas reposan en el proceso hay: i) una errada interpretación de ellas, ya sea porque se da por probado un hecho que no aparece en el proceso, o porque se examinan de manera incompleta, o ii) cuando las valoró a pesar de que eran ilegales o ineptas, o iii) fueron indebidamente practicadas o recaudadas, de tal forma que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte”[41].

Las citas anteriores reflejan la manera como la Corte entiende el defecto fáctico y, en consecuencia, corresponderá a los jueces constitucionales examinar, en cada caso concreto, si el error en el juicio de valoración de la prueba posee tal alcance para “que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”[42].

Concluyendo, se entiende que el fallador debe hacer un análisis jurídico y probatorio del caso que estudia para que su pronunciamiento sea avalado por las leyes que rigen la materia, situación que a su vez debe estar soportada fácticamente, teniendo en cuenta el material probatorio allegado oportunamente.

Esta causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial ya ha sido abordada por la Corte en procesos como el que nos ocupa. Por ejemplo, en la sentencia T-808 de 2006, en la cual se dejó sin efectos un fallo proferido por un juzgado de familia que otorgó permiso de salida del país a una menor, porque valoró de manera incompleta y parcial pruebas determinantes para adoptar la decisión. En esa oportunidad, el

erro judicial consistió en que “la no valoración de muchas pruebas determinantes para identificar el interés superior de la menor, llevaron al juez a obtener una visión incompleta y parcial de las condiciones”, por lo cual la Corte advirtió la vulneración del debido proceso materializada en un defecto fáctico.

En el caso en concreto, los jueces que han conocido del proceso de restitución internacional de menor, no solo deben tener en cuenta el ordenamiento, sino también las motivaciones de las partes y el soporte de las mismas, con el fin de garantizar el debido proceso de todos los intervinientes en el proceso de la referencia.

En el citado fallo, el juez adelantó un estudio formalista del Convenio de la Haya, razón por la cual se ordenó la restitución inmediata de la menor a su país de origen, sustentó la decisión en que la adaptación de V.I.L.N a su entorno en el territorio nacional evidenciaba que, al regresar a la República Argentina se podría incorporar con gran facilidad a las condiciones en las que se desarrollaría en su país de origen.

Igualmente aclaró que no es dado aplicar el artículo 12 del Convenio de la Haya, en el que se afirma que ha transcurrido más de un año desde el arribo de la menor y en consecuencia la imposibilidad de continuar con el proceso de restitución internacional. Es enfático el Ad quem al señalar que el señor Antonio Javier Lozano inició el proceso judicial dentro del término legal establecido.

Finalmente, enfatiza el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de la madre de la menor, quien solicitó que se decidiera, dentro del mismo proceso de restitución internacional de menor, sobre el régimen de visitas, alimentos y custodia. Competencia que no se puede abrogar el fallador, toda vez que el Convenio de la Haya, en su artículo 19 establece que dentro de este tipo de litigios solo es dado pronunciarse sobre la solicitud de reintegro, debido al carácter exclusivo del tratado.

Sin embargo, no se tuvo en cuenta los informes presentados por los profesionales que valoraron el estado de salud de la menor y que evidencian una adaptación a su entorno en el territorio nacional, ni el posible riesgo de reintegrar a la menor a su país de origen, en el que se presentaron una serie de agresiones entre sus padres y que conllevaría a reanudar esta situación, lo que implicaría que la menor no se desenvuelva en un ambiente adecuado.

3.5. Marco jurídico. Los derechos del niño y el interés superior del menor

La evidente situación de vulnerabilidad de los menores, debido a que su madurez física y mental se encuentra en desarrollo, ha llevado a que sean catalogados como sujetos de especial protección. Es así que el artículo 44 superior resalta la importancia de este grupo poblacional y pone en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizar su desarrollo integral.

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

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

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

Este principio fue reconocido por primera vez en la Declaración de Ginebra (1924), seguida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Sin embargo, fue la Declaración de los Derechos del Niño (1959) donde se estipuló de forma expresa que, para hacer efectivos los derechos de los menores, la principal consideración debería ser “el interés superior del niño”[43].

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) reconocieron que los niños son sujetos de protección especial.

A su vez, la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1)”, reconoció la dimensión del “interés superior del niño” y afirmó que este es un derecho sustantivo, que debe tenerse en cuenta para tomar decisiones que involucren a los menores, con lo cual el artículo 3, párrafo 1, de la Convención “establece una obligación intrínseca para los Estados, es aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”.

De acuerdo con lo anterior, si una disposición admite más de una interpretación, “se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”. Del mismo modo, y por ser una norma de procedimiento, conlleva que cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o a un grupo de niños, “el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o en los niños interesados”[44].

Por lo anterior, el interés superior del menor hace referencia al trato preferente que debe dar la familia, la sociedad y el Estado, con la finalidad que se protejan sus derechos fundamentales y se garantice su desarrollo armónico e integral como lo ha manifestado en numerosas oportunidades la jurisprudencia constitucional.

No obstante, este criterio hermenéutico “únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular”, es decir que “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”[45].

Por lo anterior, la Corte es enfática en recalcar que el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas encaminada a maximizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La sentencia T-900 de 2006 estableció que “desde ésta perspectiva de análisis, el menor se hace acreedor de un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección. Y de la cual se deriva la titularidad de un conjunto de derechos que deben ser contrastados con las circunstancias específicas tanto del menor como de la realidad en la que se halla. Es así que el interés superior del menor posee un contenido de naturaleza real y relacional criterio con el cual se exige una verificación y

especial atención a los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, sus familias y en donde se encuentran presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad”.

Por su parte, la sentencia T-1021 de 2010 desarrolló el interés superior del menor dentro de los procesos de restitución internacional, aclarando que “La aplicación de este principio, comporta que los niños sean destinatarios de un trato preferente, en razón a su carácter jurídico de sujetos de especial protección, y, por lo tanto, sus derechos deben ser valorados de acuerdo con las circunstancias específicas del caso. Es decir, que el interés superior del niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, aspecto que demanda una verificación y una especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los niños, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente”.

Tal como lo ha enunciado la Corte, los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya tienen como objeto salvaguardar el interés superior del menor, por lo que presenta los fundamentos que deben tener en cuenta los falladores al momento de decidir si se debe ordenar la restitución.

3.6. El trámite de restitución internacional de menores

El Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, ratificado por la Ley 173 de 1994 y declarado exequible en su totalidad por la Corte Constitucional en sentencia C-402 de 1995, expresó que los Estados contratantes establecerían procedimientos de urgencia[46] en los casos de restitución internacional de menores. Lo anterior con la finalidad de evitar los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos que se pueden generar en un menor que se encuentre inmerso dentro de un proceso de restitución internacional.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores suscrita por el Estado colombiano el 15 de agosto de 1989 en Montevideo, tuvo por objeto “asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es

también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares”.

Dicha Convención fue ratificada por la Ley 880 de 2004 y declarada exequible por el Tribunal Constitucional por medio la sentencia C-912 de 2004.

Prevé el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que el trámite debe ser célere, y por tal motivo, una vez acreditados los requisitos, procede la restitución inmediata.

Sobre el particular expresó esta Corte en la sentencia T-689 de 2012, que:

“El principio de celeridad se encuentra en la invocación inicial del Convenio, donde se plantea la necesidad de fijar procedimientos que aseguren el regreso inmediato del niño al Estado donde reside habitualmente; en el artículo 1 al establecer el objeto del Convenio; en el artículo 2 al imponer a los Estados contratantes la obligación de utilizar procedimientos de urgencia; en el artículo 11 al hacer referencia al deber de las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado contratante de proceder con carácter de urgencia para el regreso del niño; y en el artículo 23 al suprimir toda condición relativa a la legalización de documentos u otras formalidades similares. Como lo sostiene el mismo ICBF, la rapidez en los casos de sustracción o retención de menores constituye una garantía esencial en la medida en que (i) minimiza las perturbaciones o desorientaciones del menor sustraído de su entorno familiar; (ii) reduce los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro padre; y (iii) evita que el sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo”.

Teniendo en cuenta la inexistencia de un procedimiento establecido para decidir sobre la solicitud de restitución internacional de un menor, esta Corporación en sentencia T-891 de 2003, distinguió las competencias de las autoridades administrativas y judiciales, señalando que correspondía al ICBF, como entidad central, entre otras funciones:

“coordinar toda la actividad requerida para la aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 (...) y promover la restitución voluntaria y la conciliación entre las partes”. Añadiendo que, “si la restitución del menor, no se obtuviere en forma voluntaria o mediante la conciliación, realizar las gestiones necesarias para obtener su restitución por

vía judicial. Para el efecto deberá presentar la demanda ante el juez competente, acompañada de la documentación requerida por el convenio y por las normas procedimentales vigentes sin perjuicio de la intervención del apoderado del solicitante”.

En la actualidad, el procedimiento de restitución internacional de menores se encuentra regulado en el numeral 23 del artículo 22 del Código General del Proceso[47], las cuales indican que estos se deben adelantar de la misma manera que un proceso verbal sumario.

Este acuerdo busca regular “el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado que tenga su residencia habitual, o retención del mismo por 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”[48].

“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:

(...)

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.”.

Es inaceptable entonces el desarraigo violento de un sujeto de especial protección por parte de uno de sus progenitores, situación que da lugar a la protección de los derechos del menor que fue víctima del hecho, y del padre requirente.

Es así que la Convención estableció los parámetros que se deben tener en cuenta para determinar si el traslado o retención del menor reúne los requisitos establecidos para que

haya lugar o no al reintegro del menor. Los supuestos son los consignados en el artículo 3, el cual establece:

“ARTÍCULO 3o. El traslado o no regreso de un niño será considerado como ilícito:

a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso;

b) Que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido.

El derecho de guarda señalado en el inciso a) podrá resultar en especial por ministerio de la ley de pleno derecho o de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor en virtud de la legislación de dicho Estado”.

Por lo anterior, es necesario estudiar cada caso en particular, para determinar si la retención o el traslado de un menor comporta el carácter de ilegal, así como establecer la existencia de alguna de las causales de excepción contenidas en el artículo 11 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores:

“La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre:

a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico.

La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión”.

A pesar del condicionamiento establecido en el Convenio, estas situaciones se deben tener en cuenta al momento de analizar si es viable o no la restitución del menor, pues esos procesos podrían, eventualmente, representar un riesgo para el niño, niña o adolescente, del cual se deprecia su reintegro, situación que requiere de un estudio integral por parte de la autoridad administrativa o judicial que conoce el caso.

De conformidad con los lineamientos establecidos por el ordenamiento internacional, se evidencia que V.I.L.N, permanece en territorio colombiano, sin la autorización de su progenitor, el señor Antonio Javier Lozano. Sin embargo, ello no implica forzosamente que se deba ordenar el regreso inmediato de la niña, pues se debe analizar si hay lugar a la aplicación de alguna de las excepciones establecidas para estos casos, especialmente el tiempo que ha permanecido la menor en el territorio nacional, y las repercusiones que podría generarle su retorno.

Teniendo en cuenta el principio de exclusividad del tratado, el cual limita las facultades del juez que conoce del proceso, es menester aclarar que no es competencia del fallador, dentro de un proceso de restitución internacional de menor, determinar las pretensiones relacionadas con la custodia, fijación de cuotas alimentarias, régimen de visitas y demás situaciones relacionadas, toda vez que las mismas deben ser resueltas en las instancias pertinentes.

3.7. Caso en concreto

En diciembre de 2014, la ciudadana María Luisa Nieves Castro se trasladó con su hija desde la República Argentina, país en el que residían, a territorio colombiano, con la finalidad de disfrutar del periodo vacacional de fin de año, desplazamiento que contó con la autorización del padre de la menor, Antonio Javier Lozano, quien consintió la estadía de su primogénita en el exterior, hasta el 22 de enero de 2015.

Un día antes de cumplirse el plazo para su regreso, la madre de la menor solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que impidiera la restitución de la niña a su país de origen, argumentando que su compañero permanente y padre de la menor la agredía de forma física, psicológica y verbal.

El 27 de enero de 2015, el ICBF admitió la petición elevada por la señora Nieves Castro y,

en consecuencia, ordenó citar al señor Antonio Javier Lozano, para que compareciera a la audiencia de conciliación.

El 13 de marzo de 2015, el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N°1, del Departamento Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, decidió “Hacer lugar al pedido de restitución internacional de la niña V.I.L.N. quien se domiciliaría junto a su madre María Luisa Nieves Castro en el domicilio denunciado en el Km 2.5 Vía Chapetón, Finca “La Fania”, ciudad de Ibagué, Departamento Tolima de la República de Colombia, a su residencia habitual sita en calle Alsina N° 360 piso 1º Dto C de la localidad y partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, República Argentina y ordenar su reintegro de conformidad a través de la autoridad Central Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (art 7, 10 y cctes ley 25358), con costas a la demandada (art. 68 del CPCC) por haber dado lugar a la presente”.

El 2 de septiembre de 2015, el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué denegó la restitución de la infante. Fundamentó su decisión en el marcado arraigo de la niña y en las consecuencias perjudiciales que podría sufrir al ser trasladada nuevamente a la República Argentina.

El 10 de marzo de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Civil-Familia resolvió el recurso de apelación incoado por el padre de niña V.I.L.N. En el citado pronunciamiento, el Tribunal revocó la decisión del A quo y ordenó la restitución inmediata de la menor a la República Argentina.

Contra la decisión de segunda instancia, la ciudadana María Luisa Nieves Castro, en representación de su menor hija, y la Defensora de Familia Centro Zonal Gaitán de Ibagué, Yennifer Ruiz Gaitán, impulsaron acción de tutela, argumentando un defecto fáctico. Afirmaron que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué valoró inadecuadamente las pruebas y que las mismas no fueron analizadas en conjunto. Concluyeron que no se le dio la relevancia del caso al interés superior de la menor, quien de ser restituida se encontraría en riesgo debido a los maltratos que la accionante había recibido por parte de su pareja. Finalmente, se hizo énfasis en el arraigo y en la adaptación de la niña a su entorno social y familiar en el territorio nacional.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 5 de julio de

2017, concedió el amparo solicitado por la ciudadana María Luisa Nieves Castro y dejó sin valor el fallo del 10 de marzo de esa misma anualidad, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dentro del proceso de restitución internacional de menor, que ordenaba el regreso inmediato de la niña a la República Argentina; como consecuencia, requirió al Tribunal para que emitiera un fallo de segundo grado dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la providencia, y exhortó a esta autoridad a consultar y analizar el riesgo grave que podría generar el retorno de la menor, teniendo en cuenta la adaptación de la misma a sus condiciones de vida en Colombia, y a estudiar la posible existencia de alguna de las causales de excepción para la aplicación de la Convención de La Haya. Soportó su decisión en la indebida valoración de las pruebas que se le han practicado a la menor en la que se evidencia que esta se encuentra adaptada a su entorno social y familiar, motivo por el cual el fallador pudo haber incurrido en defecto fáctico y falta de motivación al proferir la sentencia.

El 9 de agosto de 2017, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió la impugnación del fallo de tutela emitido por la Sala Civil de esa misma Corporación confirmando el proveído del 5 de julio de 2017.

Advierte la Corte que, haciendo un análisis prima facie de los presupuestos establecidos en el Convenio Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de menores de La Haya y la Convención Internacional de Restitución de Menores, la menor V.I.L.N debería regresar de forma inmediata a su país de origen de acuerdo a lo señalado en la normatividad internacional aplicable a este caso en concreto, toda vez que la estadía de la menor no cuenta con la autorización del progenitor de la niña para permanecer en el territorio colombiano, cumpliendo con lo establecido en la regulación internacional.

Sin embargo, se debe estudiar si contrario a lo solicitado por el Estado Argentino, no es dado aplicar la restitución internacional por encontrarnos frente a una de las causales de excepción incluidas en los artículos 13 del Convenio y 11 de la Convención respectivamente, que se encuentran debidamente aprobadas.

Las causales invocadas por la accionante para no regresar con su hija a la República Argentina estaban asociadas al hecho de que su compañero la agredía física, psicológica y verbalmente. Aunado a lo anterior, aseguró que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido

desde su arribo a Colombia hasta la fecha, la menor presenta un fuerte arraigo en el territorio nacional.

Al respecto, es necesario que esta Corte se pronuncie sobre las excepciones argumentadas por la accionante, toda vez que, de encontrarse que alguna de ellas tiene asiento probatorio, se debe dar inmediata aplicación a la misma confirmando el fallo emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la decisión adoptada por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación.

En este sentido, encuentra la Sala Novena de Revisión de tutelas que en el caso sub examine se presentan una serie de variables que deben ser analizadas, primero de forma individual, para, con posterioridad, poder hacer un estudio conjunto de los elementos de prueba y emitir un pronunciamiento de fondo.

3.7.1.1. Del arraigo de la menor

El arraigo se encuentra establecido en todos los informes de valoración psicológica practicados a la menor, los cuales fueron presentados por el ICBF[49]. De hecho, el simple paso del tiempo en el caso de una menor conlleva que esta se adapte a su entorno, más aun, siendo una pequeña de escasos 2 años al momento de llegar a territorio colombiano.

En el informe presentado por la psicóloga adscrita al ICBF, Necty Amézquita se afirma que “se evidencia fuerte vínculo afectivo hacia sus padres, por parte de V.I.L.N al igual que hacia su hermana María Camila”. Igualmente, que “el conflicto entre los padres puede prolongar a futuros inconvenientes mayores a nivel emocional en la niña, por lo que se sugiere brindar acompañamiento a la familia, para que se establezcan reglas y normas para su sana convivencia”.

En el caso que nos ocupa, se evidencia que el padre requirente inició el proceso de restitución internacional de menor, en la ciudad de Quilmes, República de Argentina, veintisiete días después de que se presentara la retención de su hija en territorio colombiano. No obstante lo anterior, el trámite del proceso en el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Ibagué y la interposición de recursos y trámites en nuestro país han prolongado la permanencia de la infante, sin que se haya resuelto la diferencia que origina la disputa.

Es cierto que el paso del tiempo que ha transcurrido puede atribuirse a la mora de la Juez de primera instancia al momento de impulsar el proceso, el cual debió ceñirse a lo establecido en los acuerdos internacionales relacionados con el tema, las leyes que los aprobaron y especialmente al artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, normas que establecen la urgencia y celeridad en este tipo de situaciones.

Sin embargo, no se puede desconocer que la menor, quien hoy cuenta con 5 años, lleva 3 de ellos viviendo en Colombia en compañía de su progenitora y de su hermana, así como de sus abuelos maternos. Tampoco es posible obviar que desde su llegada a territorio colombiano, la menor fue matriculada en el colegio “Los Robles” de la ciudad de Ibagué, donde certifican su asistencia y el progreso normal de su desarrollo dentro de la institución educativa.

Si bien es cierto que la menor se encuentra en Colombia sin la autorización de su padre, también lo es que el cambio de entorno puede llegar a generar una serie de reacciones en ella, más aun teniendo en cuenta que dichos cambios no pueden ser asimilados ni comprendidos por los niños, debido a su inmadurez psicológica y su evidente estado de vulnerabilidad.

Por lo anterior, el Convenio de La Haya y la Convención de Montevideo le dan una especial prelación al interés superior del menor, supeditando el retorno de ellos a la no afectación o eminente presencia de un riesgo grave físico o psíquico.

“(…)

b. Que 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”.

En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 11 de la Convención Internacional de Restitución de Menores:

“(…)

b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiese exponerle a un peligro físico o psíquico”.

En relación con el arraigo, el Convenio Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de La Haya establece que, el simple paso del tiempo no hace inaplicable el tratado, ni legaliza la situación en la que se encuentra un niño, niña o adolescente. No obstante, el artículo 12 establece que si el pedido se lleva a cabo un año después de que haya ocurrido el desplazamiento, la autoridad requerida podrá denegar la solicitud siempre y cuando evidencie que el menor presenta un arraigo notorio, y que su retorno podría generarle una serie de problemas.

En el caso particular, la accionante ha afirmado que su hija se encuentra arraigada a su entorno social y familiar, hipótesis que ha sido soportada por el ICBF[50], situación en la que el juez fundamentó la decisión y denegó la solicitud de restitución “por cuanto su regreso podría representar un grave riesgo para su salud física y mental, debido a que a su corta edad no puede someterse a un desprendimiento del seno materno y llevarla al seno paterno el cual no garantiza las condiciones necesarias y requeridas para asumir su rol de padre de crianza y desarrollo de su hija, por cuanto el reside solo en la República Argentina y labora tiempo completo, rol que se vería obligado a delegar en una tercera persona que no tiene la calidad de padre ni madre, vínculo este, importante para el desarrollo integral de la menor, pues su ausencia, podría afectar el desarrollo biopsicosocial de la niña V.I.L.N. Y además por cuanto se ha integrado positivamente a su entorno familiar y social”. (Énfasis propio).

De los argumentos esbozados por el A quo, colige esta Corporación que el pilar en el cual fundamentó su decisión fue el arraigo y la adaptación que presentaba la niña al entorno en el cual se había desenvuelto durante el tiempo que había transcurrido desde su llegada a Colombia, lapso que, si bien se prolongó por la demora presentada en el Juzgado Cuarto Civil de Familia de Ibagué, quien pasó por alto lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, la Convención Internacional de Restitución de Menores, la Ley 173 de 1994 y la sentencia C-402 de 1995, sí ha propiciado la asimilación de la menor a su contexto actual, teniendo en cuenta que, como está debidamente probado en los informes de valoración psicológica presentados por las psicólogas adscritas al ICBF[51], la menor ha transcurrido la mayor parte de su vida en territorio nacional acompañada de su señora madre, su hermana y su familia extensa. Lo anterior aunado al riesgo grave y las consecuencias negativas que podría sufrir la niña, eventualidad que a pesar de no encontrarse demostrada, tampoco puede ser puesta en práctica con un sujeto de especial protección ya que en caso de tener

consecuencias negativas sería éste quien las asumiría, situación que no puede ser avalada por esta Corte.

Ahora bien, aunque el arraigo de la menor no es causal para inaplicar el tratado, es claro que el riesgo de un eventual impacto negativo a causa de un traslado precipitado para una menor de 5 años que ha vivido 3 de ellos en determinado país representa una situación que no se puede desconocer por parte de esta Corte.

Como se indicó en precedencia, el pilar fundamental para tomar cualquier decisión en la que se encuentre un menor de por medio, debe ser el interés superior de éste. Por tal razón, la aplicación formalista de la legislación no puede vulnerar sus derechos, y por el contrario debe maximizar los mismos.

En este aspecto la Corte manifestó en la sentencia T-1021 de 2010 que “los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los niños, a saber: (i) la prevalencia del interés del niño; (ii) la garantía de las medidas de protección que requiere por su condición de niño; (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, en condiciones de libertad y dignidad. Lo anterior, significa que es ineludible rodear a los niños de garantías y beneficios que los protejan en su proceso de formación.”

Los señalados criterios fueron ratificados por esta misma Corporación mediante la sentencia T-689 de 2012, en la que expresó:

“el interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar mejor para su hijo. Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: (i) el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (ii) el interés del menor debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; (iii) dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la

preferencia de este principio; y (iv) debe demostrarse que la protección del interés invocado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo”.

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política, se puede colegir que el retorno de la menor constituye un riesgo para su bienestar psicológico y emocional, en razón a las potenciales implicaciones adversas respecto de su desarrollo armónico e integral que se derivarían por el desprendimiento de su actual entorno de vida y la dificultad que podría presentar el proceso de adaptación en el territorio argentino.

Por lo anterior, como lo relacionó la psicóloga Ángela María Montealegre en su informe del 13 de abril de 2015, “la separación conyugal no solo es vista como una situación de crisis que perjudica psicosocialmente a los niños, sino que en muchos aspectos puede ser también una opción favorable para el bienestar de los hijos”[52].

Es así que no se estima apropiado someter a la menor a la restitución a un ambiente completamente extraño para ella y potencialmente hostil, el cual puede traer una serie de repercusiones, debido a confrontaciones entre sus progenitores, quienes ahora se encuentran distanciados, pero que al momento del regreso de la niña a Argentina pueden llegar a agudizar sus diferencias y disputas, en detrimento del bienestar de la hija común, toda vez que como se ha demostrado a lo largo del proceso de restitución internacional de la menor, ambos padres pretenden la custodia de la niña y el retorno implicaría que la disputa se desplazaría a la República Argentina sin que se solucione el tema de fondo, el cual deberá ser analizado por la autoridad competente.

Como conclusión de lo anterior, esta Corporación confirmará la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que tuteló los derechos conculcados a la infante V.I.L.N.

3.7.1.2. Del ambiente inadecuado para la menor (violencia intrafamiliar)

Radica la controversia en la posible presencia de violencia intrafamiliar dentro del núcleo familiar Lozano-Nieves en la República de Argentina.

Según este aspecto, esta situación podría conllevar a la inaplicabilidad del Convenio

Internacional de La Haya sobre Restitución Internacional de menores; incluso, es esta una de las excepciones que propone el tratado para que no se lleve a cabo el retorno de un menor a su país de origen.

En relación con la posible ocurrencia de estos hechos, afirma la señora Nieves Castro que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué no valoró la totalidad de las pruebas relacionadas con la existencia de violencia intrafamiliar.

Teniendo en cuenta la connotación de la situación que estudia la Corte, y que la accionada asegura que se presentó un defecto fáctico, y que la contraparte asegura que no existió tal, se hace necesario pronunciarse sobre el particular.

Procede este Tribunal Constitucional a analizar cómo se llevó a cabo la valoración de las pruebas presentadas por la parte actora y sus repercusiones dentro del proceso de restitución internacional.

Reposan en el expediente denuncias recíprocas por maltrato intrafamiliar, donde se observa que los padres de la menor se han denunciado mutuamente. Asimismo, se encuentran unas grabaciones de audio en las que están registradas discusiones dentro de la convivencia de los padres de V.I.L.N, enfrentamientos que tienen lugar, incluso, en presencia de la niña.

De acuerdo con las pruebas que se encuentran en el expediente se puede concluir que el ambiente en el que se desarrollaba la menor en la República Argentina no era el adecuado para la primera infancia de una persona.

Igualmente, es evidente que el hecho del retorno de V.I.L.N repercutiría en nuevos enfrentamientos, situación que no es benéfica para un menor de edad.

En el “Manual de Desarrollo Psicosocial de los Niños y Niñas” de Unicef[53] se resalta la importancia de un ambiente sano para el desarrollo de los menores, afirma que un “un ambiente de irritación y violencia familiar es perjudicial para el desarrollo psicosocial infantil”. Aclara que “Las peleas, las discusiones, los gritos y las tensiones de los adultos son percibidas incluso por el bebé. El miedo, la inseguridad y la tensión, que estos hechos causan alteran el desarrollo psicosocial del niño o niña”. Y que, “Las discusiones violentas y agresivas entre adultos hacen que los niños se sientan culpables de ellas y experimenten

una sensación de angustia. Los niños imaginan que sus padres se pelean por lo que ellos han hecho”.

Este tipo de situaciones fueron experimentadas por la menor V.I.L.N en sus primeros años de vida en la República Argentina, eventos que cesaron una vez se desplazó a territorio colombiano con su madre; por lo anterior, no es dado que esta Corte haga caso omiso del riesgo que representa para la infante restituirla y situarla de ese modo en un ambiente potencialmente hostil en el cual se puede ver afectado su adecuado desarrollo.

De acuerdo con la doctrina especializada, las consecuencias de la violencia entre diferentes miembros de la familia pueden convertir al niño que la presencia en víctima indirecta de este tipo de hechos, situación que estaba ocurriendo en el hogar Lozano-Nieves. Se dice también que las repercusiones se pueden manifestar en cuatro tipos de cambios:

“1. Emocional: puede presentar dificultades en el control de expresiones de agresión hacia otros y hacia sí mismo. Dificultades al entender y comprender emociones. Facilita el desarrollo de sentimientos de indefensión, impotencia, miedo de que ocurra de nuevo la experiencia traumática y sienten frustración porque ellos tienden a considerar que los cambios con respecto a su vida son poco probables, debido a lo cual pueden mostrarse como retraídos.

2. Social: Es probable que haya dificultad para comunicarse y establecer vínculos más estrechos, expresando miedo y desconfianza y de esta forma evitar reexperimentar algún sentimiento asociado al evento violento.

3. Cognitivo: Las dificultades en la atención y concentración pueden obstruir el desarrollo del potencial en el desempeño de actividades escolares; también se presenta que los niños centran su atención en cosas diferentes mientras ocurre el evento traumático, olvidando los episodios traumáticos (amnesia) y/o manteniendo a los agresores en un concepto favorable (disociación).

4. Concepto negativo de sí mismo: Se pueden desarrollar sentimientos de culpa y de vergüenza en los que los niños tienden a creer que son merecedores de maltrato, en donde no perciben peligro o lo normalizan, disminuyendo respuestas de defensa y auto conservación como efecto de la ausencia de un sentimiento de vulnerabilidad (Sepúlveda,

2006)”[54].

Al respecto, la UNICEF señala que aunque no se les ataque físicamente de manera directa, presenciar o escuchar situaciones violentas tiene efectos psicológicos negativos en los hijos. Aunque no sean el objeto directo de las agresiones, padecen violencia psicológica, que es una forma de maltrato infantil y que la convención internacional de los derechos del niño, considera una forma de maltrato infantil y la recoge el artículo 19 como “violencia mental”.

Por este tipo de situaciones, la Sala considera que los hechos descritos evidencian que, tratándose de garantizar el interés superior de los niños, el regreso de la menor a su país de origen no es lo más adecuado, toda vez que, a su retorno, se vería altamente expuesta a que allí hagan mella en ella las consecuencias negativas de la notoria animadversión entre sus padres y a la prolongación de los pleitos en torno a la presunta violencia que se han propinado recíprocamente.

3.7.1.3. Análisis del acervo probatorio adelantado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil-Familia

En el video de la audiencia del 10 de marzo de 2017 dictada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, en la cual se dictó sentencia en oralidad, expresó el Magistrado Ponente que era su obligación adelantar una labor de ponderación, para establecer si hay lugar o no a negar la petición de restitución, con base en alguna de las excepciones aplicables al caso[55].

Estudiadas las excepciones expuestas por el representante de la accionante, concluyó que, “contrario a lo sostenido por el funcionario de primer grado, no milita en este proceso ningún elemento de juicio contundente, indicativo de la palmaria presencia del calificado riesgo grave, que ante el retorno pueda exponer a la infante a un peligro físico o psíquico, o la ubique en un escenario no tolerable”[56].

En igual sentido, manifestó que las pruebas no demostraban que la devolución de la niña a la República Argentina la expusiera a una situación de daño corporal o mental y menos a una situación insoportable. Basó dicha afirmación en que en los informes presentados por el ICBF, en los cuales se valoró a la menor, “no se confirmó la presencia de violencia

intrafamiliar, y de igual manera, expuso la perito que los documentos allegados no evidenciaban incumplimiento de la garantía de los derechos de la niña en la República Argentina”[57].

Asegura que la excepción establecida en el artículo 12[58] del Convenio de La Haya de 1980 no es aplicable al caso concreto, toda vez que la misma es procedente siempre y cuando el padre requirente tarde más de un año en iniciar el trámite de regreso, situación que no se presentó, toda vez que la solicitud de reintegro tuvo su génesis a escasos 27 días de haberse presentado la retención.

“Al respecto, el artículo 12 del Convenio señala que dentro del año siguiente al momento del traslado, la autoridad competente, una vez tenga conocimiento de la demanda, debe proceder a ordenar el retorno del menor, con la sola verificación de que el traslado del lugar de residencia se produjo de forma ilícita, en los términos del artículo 3° de la convención. No obstante, la misma norma prevé, que cuando ha transcurrido más de un año desde la fecha del traslado ilegal, la autoridad administrativa o judicial puede negar la restitución, así esté verificado que el traslado fue contrario a la ley, si se demuestra que el menor se ha integrado a su nuevo medio”[59].

Situación que fue tomada en cuenta por el Ad quem, sin embargo, el juez de primera instancia aplicó de forma indebida esta excepción, pues afirmó que por no haberse ejecutado la restitución de la menor dentro del año inmediatamente siguiente a la fecha en que se presentó la retención, se debía aplicar el artículo 12 del Convenio, desconociendo que la fecha que se debe tener como referencia es la de la solicitud del reintegro y no la del retorno efectivo del infante.

Igualmente, la Corte verificó que en el expediente reposan unos cd's con material de audio y video con los que se pretende demostrar el posible maltrato que tuvo lugar en el hogar Lozano-Nieves. Es de aclarar que las pruebas no evidencian las agresiones físicas, aunque si discusiones entre los progenitores, situaciones que no demuestran la existencia de secuelas (visibles) por algún tipo de agresión que haya tenido lugar en el núcleo familiar, pero sí un ambiente de discordia inadecuado para el desarrollo de cualquier menor.

En relación con los informes psicológicos, se encuentra que este acervo probatorio ha estado principalmente en cabeza del ICBF, entidad encargada de velar por el interés

superior del menor en nuestro país, y de adelantar los procesos de restitución solicitados por otros Estados contratantes.

En informe del 6 de agosto de 2015[60], la doctora Alexandra Rubiano afirmó que la niña evidencia un gran apego a su progenitora y que la relación con su padre se ve insegura; sin embargo, aclaró que “la niña no verbaliza ninguna situación de maltrato ni violencia intrafamiliar”[61].

Del análisis adelantado por esta Corporación se puede concluir que las pruebas allegadas al expediente no demuestran, prima facie, que efectivamente hayan tenido lugar aquellos maltratos infligidos por el señor Antonio Lozano alegados por la accionante; no obstante lo anterior, no puede desconocer la Sala que ordenar la restitución de la menor podría generar en ella una serie de repercusiones nocivas para ella, pues tener que soportar un nuevo desplazamiento a otro país, cambiando su entorno social y familiar, le traería una serie de consecuencias producto de una disputa por su custodia y cuidado entre sus progenitores, además de verse envuelta en un ambiente de hostilidad por las constantes tensiones entre los excompañeros permanentes, demostradas por las denuncias recíprocas por violencia intrafamiliar.

Esta situación fue obviada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil-Familia, en el fallo de segunda instancia proferido el 10 de marzo de 2017, a pesar de encontrarse soportada a través de los informes allegados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En el expediente también se demuestra que la menor está adaptada a su entorno escolar y social, tal como lo demuestran los certificados emitidos por la institución educativa “Colegio Los Robles”, a la cual asiste V.I.L.N, desde el año 2015.

Del mismo, el Tribunal accionado se limitó a hacer una ponderación de los hechos relacionados con la violencia intrafamiliar entre la pareja, sin ahondar en las repercusiones que podrían generarse en la pequeña por la restitución –que era el aspecto esencial en el cual debía poner acento, pues así se lo imponía el principio de interés superior del menor–, lo que lo llevó a incurrir en un defecto fáctico, tal como lo expresaron la Sala de Casación Civil y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, durante el trámite de tutela.

A su turno, es preciso resaltar que la decisión que adopta esta Corte tiene su fundamento en el interés superior del menor, razón por la cual no es dado desviar la controversia hacia las pretensiones de sus padres, sino, desde la perspectiva más favorable para V.I.L.N, en tanto es un sujeto de especial protección constitucional.

A su vez, es claro que las diferencias entre el señor Antonio Lozano y la señora María Nieves se presentaban como el resultado de una convivencia desgastada, la cual no pudo ser solucionada en pareja, razón por la cual, es evidente que la simple separación de los padres de la menor da lugar a una distensión de las relaciones. Sin embargo, el regreso de la menor a su país de origen conllevaría muy probablemente la respectiva persecución de la misma por parte de su progenitora, lo que podría llegar a reavivar el ambiente hostil en el que se desarrollaba la menor.

Asimismo, es dado afirmar, que la devolución de la menor generaría un nuevo conflicto entre las partes, lo que repercutiría directamente en ella. Es por esto que la Corte conmina a los padres de la menor V.I.L.N, para que solucionen sus diferencias, establezcan canales de comunicación eficaces y adopten un régimen de visitas, custodias y alimentos, bien sea por un acuerdo, o ante la jurisdicción competente y, una vez resueltas las tensiones, cumplan a cabalidad con sus compromisos.

Analizado el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, puede concluir la Corte que esta Corporación hizo una valoración inadecuada de las pruebas allegadas al expediente, toda vez que no se tuvo en cuenta el riesgo grave de la menor al ser restituida teniendo en cuenta las dificultades de adaptabilidad que podría presentar la menor y el ambiente no apto para su desarrollo debido a las claras desavenencias vividas durante la vida en pareja de sus progenitores.

3.7.2. Conclusiones de la Corte

En relación con el defecto fáctico alegado por la accionante, se puede establecer que el mismo tuvo lugar en el fallo de segunda instancia dentro del proceso de restitución internacional de menor, toda vez que no se tuvo en cuenta el riesgo grave que puede representar para la niña su restitución inmediata, situación que estuvo plenamente probada dentro del expediente a través de los informes de valoración psicológica practicados en los que se ponía de presente el arraigo de la misma al territorio nacional, la estrecha relación

con su progenitora, las hostilidades vividas en el territorio argentino y el inminente riesgo que esto representa para una niña de 5 años de edad.

Igualmente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia, omitió relacionar el citado acervo probatorio, con las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de menores de La Haya y en el artículo 11 de la Convención Internacional de Restitución de Menores, ya que en el fallo del 10 de marzo proferido por ese estrado Judicial, no se tuvo en cuenta las repercusiones psíquicas que representa para un menor el cambio constante de domicilio, en este caso, entre dos países diferentes, dejando de lado el interés superior del menor y dando una aplicación formalista a los Convenios suscritos por el Estado colombiano, sin darle la prevalencia requerida a este principio rector, situaciones plenamente demostradas por el ICBF en los informes allegados al proceso.

Por lo anterior, la Corte confirmará el fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó lo resuelto por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, el 9 de agosto y el 5 de julio de 2017, respectivamente, conforme a los cuales, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué profirió fallo de cumplimiento dentro del proceso de restitución internacional. En el mencionado proveído resolvió:

“CONFIRMAR la sentencia proferida el dos (2) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) por el Juez Cuarto de Familia de Ibagué, dentro del presente asunto, conforme lo expuesto”.

Asimismo, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que adelante todas las labores de seguimiento necesarias para garantizar la efectiva protección de los derechos de la menor, así como la supervisión de las condiciones óptimas de su desarrollo en el territorio nacional.

Del mismo modo, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que adelante todas las labores necesarias para garantizar que el señor Lozano y su hija se mantengan en contacto y fortalezcan su vínculo parental, mientras que las instancias correspondientes establecen la custodia, el régimen de visitas, la cuota alimentaria y demás pretensiones de las partes.

4. Síntesis de la decisión

En el presente caso la Sala Novena de Revisión resolvió unas acciones de tutela formuladas por la ciudadana María Luisa Nieves Castro, en representación de su hija, y la Defensora de Familia del Centro Zonal Gaitán del ICBF de Ibagué Tolima, contra un fallo judicial proveniente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Civil-Familia.

Las accionantes invocaron la vulneración al derecho fundamental al debido proceso de la niña V.I.L.N, por cuanto la decisión ordenaba la restitución internacional inmediata de la menor a la República Argentina, a solicitud de su padre, de conformidad con lo previsto en el Convenio Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de La Haya.

Según las tutelantes, la sentencia del 10 de marzo de 2017 incurrió en un defecto fáctico, al omitirse una valoración integral de las pruebas que le eran favorables en las que se demostraba el riesgo al que se puede exponer en caso de que se presente la restitución. Además, señala que, como consecuencia del defecto fáctico, no tuvo en cuenta las excepciones establecidas para este tipo de situaciones, las cuales se encontraban debidamente probadas dentro del proceso.

Por lo anterior, solicitaron se revoque la sentencia del 10 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal accionado, con el fin de que se tutele el derecho al debido proceso de la menor V.I.L.N, de conformidad con las recomendaciones de la defensora de familia y, en consecuencia, se confirme la decisión del 2 de septiembre de 2016, emitida por Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional debió abordar el problema jurídico para resolver el asunto objeto de revisión, respecto a la procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial, específicamente por incurrir en un presunto defecto fáctico por la decisión de ordenar la restitución internacional de la niña V.I.L.N a la República Argentina, sin tener en cuenta las recomendaciones plasmadas en los informes de valoración psicológicas practicados a la menor por parte de las profesionales adscritas al Centro Zonal Gaitán del ICBF, de Ibagué.

Para responder los anteriores interrogantes, la Sala se pronunció sobre los siguientes ejes

temáticos: (i) La procedencia de la acción de tutela contra el fallo proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué; (ii) La vulneración del derecho fundamental al debido proceso con ocasión de defecto fáctico por falta de valoración probatoria en relación con el supremo interés de una menor; (iii) El trámite de restitución internacional de menores, establecido por el Convenio Internacional de La Haya; (iv) El interés superior del menor, y finalmente (v) el caso en concreto.

Al resolver el caso, la Sala Novena de Revisión confirmó las decisiones de primera y segunda instancia tomadas por la Sala de Casación Civil y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en tanto, acertadamente concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la menor V.I.L.N por la configuración del defecto fáctico.

En el análisis del defecto fáctico se identificó que el juzgador accionado omitió hacer el análisis detallado y completo de cada una de las probanzas recaudadas, pues, tal como quedó reseñado, el fallo objeto de revisión se limitó a indicar que no reposaba en el expediente un certificado técnico en el que se probara el grave riesgo para la menor en caso que se presentara la restitución.

Así, el argumento del juez termina careciendo del sustento probatorio para pronunciarse sobre la solicitud de restitución internacional de la menor.

Para la Corte este argumento deja de lado el interés superior del menor, haciendo una aplicación formalista de los tratados relacionados con el traslado y la retención internacional de menores, sin tener en cuenta que la citada decisión puede generar una serie de perjuicios que se encontraban debidamente probados dentro del proceso y que no fueron tenidos en cuenta al momento de proferir la decisión.

En tal virtud, resulta improcedente que las autoridades judiciales desconozcan el interés superior del menor y se menoscabe la integridad de un sujeto de especial protección, al aplicar formalmente el ordenamiento legal.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de tutela del 9 de agosto de 2017, emitida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral-, por la cual confirmó, a su vez, la sentencia del 5 de julio de 2017 dictada por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, que CONCEDIÓ el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la menor V.I.L.N, invocados por su progenitora, María Luisa Nieves Castro, y por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Gaitán de Ibagué.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que adelante todas las labores de seguimiento necesarias para garantizar la efectiva protección de los derechos de la menor, así como la supervisión de las condiciones óptimas de su desarrollo personal, psicológico y emocional en el territorio nacional.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que adelante todas las labores necesarias para garantizar que el señor Lozano y su hija se mantengan en contacto y fortalezcan su vínculo parental, mientras que las instancias correspondientes establecen la custodia, el régimen de visitas, la cuota alimentaria y demás pretensiones de las partes

CUARTO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR-Debió analizarse la posible configuración de un defecto sustantivo por inaplicación de las excepciones contenidas en los artículos 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de La Haya y 11 de la Convención Internacional de Restitución de Menores (Aclaración de voto)

Sentencia T-006 de 26 de enero de 2018

Referencia: Expediente T-6.346.922

Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-006 de 26 de enero de 2017, en el expediente de la referencia, me permito presentar Aclaración de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Aun cuando estoy de acuerdo con la parte considerativa y resolutive de la sentencia aludida, lo cierto es que, en mi criterio, en el asunto sub examine ha debido analizarse la posible configuración de un defecto sustantivo por la inaplicación de las excepciones contenidas en los artículos 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de La Haya y 11 de la Convención Internacional de Restitución de Menores, tal como se explica a continuación:

Sea lo primero recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el defecto sustantivo se presenta, entre otros eventos, cuando la norma pertinente es inobservada e

inaplicada[62]. Ante tal circunstancia, 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 consideración[63].

Precisamente, del análisis probatorio efectuado en la mencionada providencia se encontraron acreditadas las hostilidades vividas al interior del hogar Losice Nieto en territorio argentino, razón por la cual, se ha debido analizar la posible configuración de un defecto sustantivo, teniendo en cuenta las excepciones a la restitución de menores, contempladas en los artículos 13[64] del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de La Haya y 11[65] de la Convención Internacional de Restitución de Menores.

Con el acostumbrado respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-006 /18

Referencia: expediente T-6.346.922

Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

1. Acompañé la providencia T-006 de 26 de enero de 2018, proferida por la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, a través de la cual (i) se confirmaron las decisiones de instancia[66], que protegieron el derecho al debido proceso de la menor V.I.L.N., invocado por su progenitora y la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. – Centro Zonal Gaitán de Ibagué; y (ii) se ordenó al ICBF adoptar todas las medidas necesarias para garantizar, de un lado, la efectiva protección de los derechos de la menor y,

del otro, el contacto necesario con su padre con el objeto de mantener y consolidar el vínculo parental, “mientras que las instancias correspondientes establecen la custodia y el régimen de visitas, la cuota alimentaria y demás pretensiones de las partes.”

2. La solicitud de amparo se dirigió a cuestionar la providencia judicial proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dentro del proceso de restitución internacional de menores, promovido por la Defensora de Familia del ICBF contra la madre de la menor, al tenor de lo dispuesto en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya y concordantes. Los hechos que dieron lugar a este proceso se sintetizan así: (i) el padre de la menor, de nacionalidad argentina, y su madre, de nacionalidad colombiana, convivían en la República Argentina para el 20 de diciembre de 2014[67]; (ii) en esa fecha, previa autorización del padre, madre e hija (de aproximadamente 2 años y medio de edad[68]) viajaron a Colombia, con la promesa de volver el 23 de enero de 2015; (iii) no obstante, en la fecha indicada no retornaron dado que, según la madre, ella era sujeto de violencia intrafamiliar, lo que además afectaba a la menor.

(iv) Desde ese momento se iniciaron las diligencias administrativas y judiciales previstas para la defensa de los derechos de la menor, estas últimas referidas al proceso de restitución internacional que, en primera instancia, fue fallado de manera desfavorable a las pretensiones del padre[69] y, en segunda instancia, mediante providencia del 10 de marzo de 2017 proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué, a su favor, ordenando el reintegro de la menor a la República Argentina.

(v) Dentro del trámite constitucional de tutela promovido por la madre de la menor y la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. – Centro Zonal Gaitán de Ibagué contra la sentencia del Tribunal, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en primera instancia, accedió a la protección de los derechos de la menor, en razón a que estimó que la providencia judicial cuestionada adolecía de defecto fáctico, por indebida valoración y omisión en el decreto de pruebas, y de falta de motivación, porque no asumió un enfoque dirigido a la protección del interés superior de la menor de edad. Por lo anterior, dejó sin efectos la decisión judicial cuestionada y ordenó proferir un nuevo fallo[70]. (vi) La anterior decisión fue confirmada en sedes de impugnación y revisión.

3. Ahora bien, aunque las condiciones acreditadas dentro del proceso constitucional conducían a proferir un fallo favorable a las pretensiones de las peticionarias, en los términos en los que efectivamente se hizo; suscribo este voto particular para realizar (i) una precisión sobre la metodología empleada por la Sala para resolver el caso y (ii) algunas consideraciones adicionales dirigidas a fortalecer el alcance de la aplicación del interés superior de los menores de edad en asuntos como el resuelto.

4. En cuanto a lo primero juzgo que, en algunos apartes, la Sala adoptó la posición de juez de instancia, y ello no es adecuado en el marco de los defectos que se le endilgaron a la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, específicamente en cuanto al defecto fáctico, ni tampoco en el escenario del remedio judicial que se dio, pues no se dictó sentencia de reemplazo.

La Sala de Revisión debió enfocarse en determinar si el Tribunal accionado dejó de valorar o valoró infundada e irrazonablemente el material probatorio relevante, o incurrió en omisión de sus deberes oficiosos en la materia, entre otros supuestos, para proferir una decisión informada y garante del interés superior de los menores de edad. Para cumplir con este propósito no desconozco que el juez constitucional deba referirse a las pruebas, pero con el ánimo de evaluar si el proceso intelectual del juez demandado sobre aquellas adolece de reparos constitucionales. Hacerlo de esta forma permitía advertir, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en este asunto, que el Tribunal demandado no justificó por qué consideraba que solo la violencia directa contra la menor, y no contra su progenitora en caso de presentarse, podría afectar su interés superior; no dio cuenta del porqué desestimaba el dicho de personas con lazos familiares cercanos a la progenitora, por ese solo motivo; ni tuvo en cuenta todas las valoraciones e informes obrantes dentro del expediente sobre la situación de la menor y sus vínculos con sus padres[71].

Lo anterior es diferente a valorar la prueba directamente como juez de instancia, y esta fue precisamente la opción que por momentos emprendió la Sala de Revisión, según se deduce del planteamiento propuesto en la página 37, al afirmar que debía pronunciarse sobre las razones de la madre para negarse a retornar a Argentina con su hija, y agregó, “toda vez que, de encontrarse que alguna de ellas tiene asiento probatorio, se debe dar inmediata aplicación a la misma (a la excepción) confirmando el fallo emitido por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, ...” Esta formulación implicó que la Sala analizara,

a continuación, si dentro del expediente estaba acreditado el arraigo de la menor en Colombia[72] y el inadecuado ambiente familiar de la menor – por presunta violencia intrafamiliar[73], comportándose, se insiste, como instancia.

Este reparo de orden metodológico, sin embargo, no afecta la conclusión sobre la existencia de defectos en la decisión del Tribunal demandado que ameritaban la protección de la menor, como se afirmó en el acápite 3.7.1.3. de la sentencia[74] y se justificó en la providencia de tutela de primera instancia.

5. De otro lado, sobre el segundo aspecto que motiva este voto particular, realizaré unas consideraciones adicionales sobre el eje central de la sentencia T-006 de 2018, esto es, el interés superior de los menores de edad en casos relacionados con el proceso de restitución internacional.

5.1. Siguiendo lo sostenido en la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño[75], el interés superior es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. Cada una de estas tres dimensiones, en el marco constitucional y bajo un enfoque de protección integral[76], está provista de un contenido que puede concretarse justificadamente bajo aspectos con relevancia fáctica y jurídica, dirigidos estos últimos a garantizar la efectividad del principio pro infans[77].

El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[78] y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores[79] prevén los supuestos y condiciones en los que debe garantizarse, a través de un mecanismo adecuado[80], la restitución de un menor sustraído de su escenario de desarrollo habitual. Como norma de contenido general y abstracto, el Convenio y la Convención contienen una garantía concreta -la restitución- derivada de la aplicación del interés superior de los menores, como derecho sustantivo.

La formulación de la restitución como consecuencia del hecho de la sustracción expresa, además, la valoración que el Legislador hace a tal situación, de cara a su compromiso con la protección del interés superior de los menores de edad. Así, la respuesta del Legislador ante una eventualidad en la que la víctima es el niño, niña o adolescente, consiste en retrotraer la situación, con el menor costo posible en términos de derechos, a aquella en la que se encontraba inicialmente.

De esta regla, sin embargo, también hacen parte las excepciones. Esto es, una adecuada comprensión del interés superior de los menores de edad no puede excluir el análisis, por ejemplo, de si la restitución es la respuesta adecuada cuando de por medio se encuentra la garantía de la integridad física y psíquica del niño, niña o adolescente. En este sentido, tanto el Convenio como la Convención prevén que la restitución es, en principio, la consecuencia, salvo que se compruebe que “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.[81]”

Tal enunciado contiene un claro mandato para el funcionario encargado de resolver sobre la restitución, que consiste en el deber de valorar y justificar -con razones suficientes y consistentes- cada caso en concreto, posicionando el interés superior del menor como norma de procedimiento, en beneficio de la definición de un derecho radicado en cabeza, se insiste, del niño, niña y adolescente de que se trate.

5.2. Trasladando lo dicho al caso de la menor V.I.L.N., la conclusión a la que arribó la Sala de Revisión en la sentencia T-006 de 2018 radica en que la justificación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué para disponer la restitución, no fue adecuada a la prevalencia del interés superior de la menor, como norma de procedimiento vinculante para el operador judicial y en un marco probatorio cuya valoración por el Juez competente omitió tal enfoque de protección de derechos, dado que no analizó con suficiencia la posibilidad de aplicar la excepción a la que acaba de hacerse referencia.

6. En la resolución del caso de la menor V.I.L.N. no se desconoce que la sustracción de menores, como hecho objetivo, es reprochable, dado que altera el ambiente ordinario en el que se viene dando el desarrollo del niño, niña o adolescente, fundamental para la formación de ciudadanos autónomos; y tampoco se pasa por alto que el proceso de restitución de menores se rige por el principio de exclusividad y, por lo tanto, no es dable pronunciarse en dicho trámite sobre la aptitud de los padres para el cuidado de su hijo o de su hija, pues para ello existen otras vías judiciales.

Sin embargo, como guía de conducta -con mayor razón- para el juez constitucional, el interés superior de los menores de edad exigía en este caso, se insiste, ordenar al juez natural una nueva valoración de la totalidad de las pruebas que reposaban en el

expediente, con el objeto de que justificara constitucionalmente sus conclusiones probatorias. La garantía de los derechos de la niña, y no consideraciones sobre la aptitud de sus padres dado que ello debe ser resuelto en las instancias pertinentes, constituyó el objeto del proceso tutelar y, por lo tanto, el norte de la decisión proferida.

En los anteriores términos dejo consignado mi voto particular.

Fecha ut supra

Diana Fajardo Rivera

Magistrada

[1] Se hace uso de un nombre ficticio de la madre de la menor con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 62 del acuerdo 02 de 2015, y proteger la identidad de la menor.

[2] Se hace uso de las letras iniciales del nombre de la menor con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 62 del acuerdo 02 de 2015, y proteger la identidad de la menor.

[3] Se hace uso de un nombre ficticio del padre de la menor con la finalidad de darle cumplimiento al artículo 62 del acuerdo 02 de 2015, y proteger la identidad de la menor.

[4] Cuaderno N°1, primera instancia. Folio 157.

[5] Cuaderno N°1, primera instancia. Folios 42-45.

[6] Cuaderno N°1, primera instancia. Folio 81.

[7] Cuaderno N°1, primera instancia. Folios 55-58.

[8] Cuaderno N°1, primera instancia. Folios 99-120.

[9] Cuaderno N°1, primera instancia. Folio 81.

[10] Ver cuaderno principal, primera instancia, folios 48-55, 73-74 y 94-119.

[11] Cuaderno principal, primera instancia. Folios 73-74.

[12] Cuaderno principal, primera instancia. Folio 45.

[13] Cuaderno principal, primera instancia. Folios 34-46.

[14] “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”.

[15] Cuaderno Nº 4, primera instancia. Folios 1102-1004, cd anexo.

[16] Cuaderno Nº1, primera instancia. Folios 1-36.

[17] Cuaderno principal, primera instancia. Folios 1-33.

[18] Cuaderno principal, primera instancia. Folios 1-33.

[20] *Ibídem*.

[21] Cuaderno 5, folio 160-167.

[22] *Ibídem*, folio 184-193.

[23] “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”.

[24] Cd audiencia de oralidad, fallo de segunda instancia dentro del proceso de restitución internacional de menor, contra María Luisa Nieves Castro. 1 hora, 36 minutos.

[25] Cuaderno Corte Constitucional. Folio 10.

[26] Cuaderno principal, primera instancia. Folios 1-33.

[27] Cuaderno principal, primera instancia. Folios, 48-55.

[28] Cuaderno principal, primera instancia. Folios 73-74.

[29] Cuaderno principal, primera instancia. Folios 94-119.

[30] Cuaderno principal folios, 48-55, folios 73-74, folios 94-119,

[31] Cuaderno principal, segunda instancia, folios 21-25.

[32] Cuaderno N°5, primera instancia, folios 184-187.

[33] Cuaderno principal, segunda instancia, folios 36-40.

[34] Sentencia C-590 de 2005.

[35] Sentencia T-808 de 2006.

[36] Sentencia C-590 de 2005.

[37] Cuaderno N° 4, primera instancia. Folios 1110-1112.

[38] Sentencia T-917 de 2011.

[39] Sentencia C-590 de 2005.

[40] Sentencia T-902 de 2005.

[41] Ibídem.

[42] Sentencia T-442 de 1994.

[43] “PRINCIPIO II.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

[44] Sentencia C-683 de 2015.

[45] Corte Constitucional, Sentencias T-510 de 2003, T-397 de 2004, T-572 de 2010, T-078 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014.

[46] Artículo 2: Los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar dentro de los límites de sus territorios, la aplicación de los objetivos del presente Convenio. A este efecto, deberán recurrir a sus procedimientos de urgencia.

[47] Artículo 22. Competencia de los jueces de familia en primera instancia. Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos:

(...)

23. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y de la restitución de menores en el país.

[48] Esta definición fue expuesta en la sentencia C- 402-95 que analizó la constitucionalidad de la Ley 173 de 1994 y corresponde a la adoptada por Pedro-Pablo Millares Sangro en la obra colectiva Derecho Internacional Privado, la cual fue también citada en la exposición de motivos con la que se inició el trámite legislativo que concluyó con la expedición de la mencionada ley (Ver Gaceta del Congreso 382 de 1993).

[49] Ver cuaderno principal, primera instancia, folios 48-55, 73-74 y 94-119.

[50] Ibídem.

[51] Ibídem.

[52] Cuaderno principal, primera instancia, folio 113.

[53] <https://www.unicef.org/colombia/pdf/ManualDP.pdf>. Fecha de consulta, diciembre 01 de 2017.

[54] Camacho Rojas, Claudia Janneth.
http://www.humanas.unal.edu.co/sap/files/1213/2915/6753/El_Nio_Como_Testigo_De_Violencia_Intrafamiliar.pdf , fecha de consulta, noviembre 28 de 2017.

[55] Cd audiencia de oralidad, fallo de segunda instancia dentro del proceso de restitución internacional de menor, contra María Luisa Nieves Castro. 1 hora, 36 minutos.

[56] Ibídem, 1 hora, 22 minutos.

[58] “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”.

[59] Sentencia T-1021 de 2010

[60] Ibídem, folios 58-61.

[61] Ibídem, folio 60.

[62] 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.

[63] Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016.

[64] 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” (Se destaca).

[65] Artículo 11: “La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a. Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b. Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión” (Negrillas adicionales fuera del texto original).

[66] Proferidas, en primera instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 5 de julio de 2017 y, en sede de impugnación, por la Sala de Casación Laboral el 9 de agosto de 2017.

[67] Del núcleo familiar también hacía parte la hija, para ese momento menor de edad, de la ciudadana colombiana.

[68] V.I.L.N. nació el 1 de junio de 2012.

[69] Providencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Ibagué el 2 de septiembre de 2016.

[70] En sede de revisión se allegó copia de la sentencia emitida en reemplazo por el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué, el 25 de julio de 2017, a través de la cual se confirma la del A quo y, por lo tanto, niega la petición de restitución internacional de menor.

[71] En el expediente obraban valoraciones e informes, por lo menos, calendadas los días 9 y 12 de junio de 2015, 6 y 26 de agosto de 2015, 19 de octubre de 2015, 28 de noviembre de 2015 y 15 de junio de 2016.

[72] Páginas 37 a 42.

[73] Páginas 43 a 45.

[74] “Análisis del acervo probatorio adelantado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil – Familia.”

[75] “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

[76] Sobre el cambio de la doctrina de la “situación irregular” a la “protección integral”, fundada esta última en la consideración del menor como sujeto de derechos, ver el documento “Justicia y Derechos del Niño” número 1, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia – Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, 1999.

[77] En la sentencia C-113 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa, se refirió a los siguientes: “(i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales.” En sentido similar se pueden consultar las providencias T-689 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, T-572 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[78] Suscrito en la Haya en 1980, ratificado en Colombia por la Ley 173 de 1994 y declarado constitucional en la sentencia C-402 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[79] Suscrita en 1989, ratificada por la Ley 880 de 2004 y declarada constitucional en la sentencia C-912 de 2004. M.P. Humberto Sierra Porto.

[80] Con este término se cobijan los tres principios rectores que orientan la interpretación y aplicación del Convenio: interés superior del menor, celeridad y exclusividad.

[81] Artículos 13 del Convenio y 11 de la Convención.