

Sentencia T-1021/10

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Reiteración de jurisprudencia

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS Y LEY
173/94-Objetivo y supuesto de aplicación

PRINCIPIO DE CELERIDAD COMO PARTE ESENCIAL EN EL CARACTER FUNDAMENTAL DEL
DERECHO AL DEBIDO PROCESO

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Trámite establecido en la legislación colombiana

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN PROCESOS DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE
MENORES

EFFECTOS DEL ACUERDO CONCILIATORIO EN EL MARCO DE LOS PROCESOS JUDICIALES DE
RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Referencia: expediente T-2.714.412

Acción de tutela instaurada por Boro Montroy Ferre contra el Juzgado Primero Promiscuo
Municipal de Chía y otros.

Magistrado Ponente:

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados,
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVAN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS
HENAO PÉREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la
siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por la Sala Civil Familia del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

Boro Montroy Ferré presentó acción de tutela contra los Juzgados Promiscuo Municipal de Chía y Promiscuo de Familia de Zipaquirá, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en el trámite del proceso verbal sumario adelantado contra Adriana Patricia Gallego a fin de conseguir la restitución internacional de su menor hijo Boro Joan Montroy Gallego. Asimismo, alegó la protección de los derechos del niño a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado, al amor y al libre desarrollo de la personalidad.

El accionante contrajo matrimonio con la señora Adriana Patricia Gallego Torres¹. De esa unión, el 29 de abril de 2003 nació el niño Boro Joan Montroy Gallego.

Señaló que sin su consentimiento, la señora Adriana Patricia Gallego Torres, el 20 de octubre de 2005, trasladó desde España a Colombia ilícitamente a su hijo, razón por la cual, el 23 de mayo de 2006, inició ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) el trámite administrativo para la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 a fin de lograr el retorno del niño al país de su residencia habitual.

Manifestó que en el trámite administrativo adelantado ante el ICBF se declaró fracasada la conciliación, por lo que, el 6 de diciembre de 2006, presentó demanda de restitución internacional de su hijo contra la señora Gallego ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, la cual fue rechazada por falta de competencia el 14 de diciembre de 2006, toda vez que la demandada tenía su domicilio en el municipio de Chía, Cundinamarca.

El 15 de enero de 2007, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía admitió la demanda y ordenó la notificación de la demandada. Posteriormente, el mencionado despacho judicial señaló fecha para la audiencia del artículo 101 del CPC, fijando el día el 19 de junio de 2007 para el efecto. A juicio del actor, el funcionario avaló la conciliación a la que llegaron las partes, en la que se acordó, entre otros aspectos, que: “la señora ADRIANA PATRICIA

GALLEGO TORRES se compromete y obliga a restituir voluntariamente al menor a más tardar el día 30 de septiembre del presente año. Si no lo hiciera la juez dictará sentencia de plano mediante la cual ordena la restitución judicial del menor conforme lo ordena la Ley 173 de diciembre de 1994 y la sentencia de constitucionalidad C- 402 de 1995”.

A pesar del incumplimiento de la señora Gallego de restituir al niño, señala, la Juez Primera Promiscua Municipal de Chía no acató lo establecido en el acta de conciliación “en el sentido de dictar sentencia de plano ordenando la restitución internacional del niño (...)” y “en un ademán de negligencia por lo menos e ignorancia, haciendo caso omiso de la ley y del convenio mencionado, prolongó el proceso de restitución internacional hasta el siete (7) de noviembre de dos mil ocho (2008)”, fecha en la que concluyó con la negativa a la restitución internacional del niño, “contradiendo su propio dicho (fallo aprobatorio de conciliación) plasmado en la audiencia del 19 de junio de 2007, incurriendo en una VÍA DE HECHO o CAUSAL GENÉRICA DE PROCEDIBILIDAD”.

Manifestó el actor que “[d]e la misma forma la juez hace caso omiso de la posición del señor Defensor de Familia quien hace notar que en el proceso ha habido retardo en el trámite del mismo, ya que fue iniciado en el año 2006, y donde no hay prueba que indique que el retorno del niño BORO JOAN sufrirá grave riesgo en su integridad física o sociológica al retornar a España”. Dijo que “la señora juez no tuvo en consideración que por su entera responsabilidad, negligencia y desmedro en el ejercicio de sus funciones, el caso que nos ocupa se dilató en forma inmisericorde en el tiempo en contra del demandante y de su hijo BORO JOAN y en beneficio de quien obró contra la ley, como lo fue la demandada ADRIANA PATRICIA GALLEGU TORRES, más aún cuando de conformidad con el artículo 18 del Convenio de La Haya de 1980 hubiese debido confirmar su propia decisión de junio 19 de 2007, NO SIENDO DABLE A LA JUEZ PRIMERA PROMISCUA DE CHÍA, CUNDINAMARCA INVOCAR SU PROPIA CULPA, DESCUIDO, IGNORANCIA Y NEGLIGENCIA PARA EMITIR UNA SEGUNDA PROVIDENCIA, NEGANDO LA RESTITUCIÓN DEL NIÑO A SU PÁIS DE RESIDENCIA HABITUAL”.

Finalmente, indicó que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía fue confirmada por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá.

2. Solicitud de tutela.

En virtud de lo anterior, el accionante solicitó “dejar sin efecto alguno la sentencia de fecha

siete (7) de noviembre de dos mil ocho (2008) proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía (...) en lo resuelto en el numeral TERCERO de la providencia respecto de NEGAR la pretensión de restitución del niño”; “dejar sin efecto alguno la sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil nueve (2009) proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá”; “como consecuencia ordenar la inmediata restitución internacional del niño BORO JOAN MONTROY GALLEGO a su lugar de residencia habitual en España, de conformidad con lo previsto en los artículos 1, 3, 5 y 11 del Convenio de la Haya (...)”; “Ordenar al ICBF tomar las medidas necesarias para, de conformidad con los literales b y h del artículo 7 de la Ley 173 de 1994, evitar perjuicios al niño y garantizar el retorno seguro”; “ordenar a la señora Adriana Patricia Gallego cubrir todos los gastos en que ha incurrido el demandante y los que lleven el cumplimiento de la sentencia”; “Exhortar a los Juzgados ya nombrados para dar cumplimiento al Convenio de La Haya de 1980 (...). De igual manera a cumplir la Ley de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, especialmente en lo contenido en el párrafo del artículo 119, el término de 2 meses para fallar el proceso de restitución”; “ordenar se compulse copia al Consejo Superior de la Judicatura para que se investiguen las posibles conductas disciplinarias en que han podido incurrir las jueces que se han pronunciado en este proceso”.

3. Intervención de las entidades accionadas

La Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, actuando como juez de primera instancia en el conocimiento de esta acción de tutela, por medio de auto del 11 de marzo de 2010, admitió la solicitud de amparo y dispuso vincular a su trámite, a quienes fueron parte en el proceso de Restitución Internacional y a los demás intervinientes en el mismo.

3.1. El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá señaló que “en el presente caso se dictó un fallo en derecho, teniendo como directrices los tratados internacionales radicados por Colombia, como lo es el Convenio de La Haya de 1980 y la normatividad civil aplicable, esto es, el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Agregó que “[e]n punto del principio de celeridad, de obligatoria aplicación en la Administración de Justicia, cabe resaltar que la posible demora que puede presentarse en el desarrollo del proceso no atiende al capricho o a la negligencia, sino por el contrario, a la alta carga laboral”.

3.2. El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía señaló que el acuerdo al que llegaron las partes el 19 de junio de 2007 “constituye ley para las partes y para el proceso, [en ese se] fijó la orden de ellas sobre que si uno de los padres incumplía su parte -de lo acordado- continuaría el proceso hasta su terminación, esto es, hasta el pronunciamiento de fallo” y agregó que “[s]i partimos del acto de acuerdo, el tiempo normal del cumplimiento mutuo de las partes y la reanudación del proceso, la brevedad y sumariedad que echa de menos el accionante se cumplió en todos sus estándares y, cualquier retraso se debió única y exclusivamente a maniobras dilatorias del mandatario judicial del actor en el asunto de restitución, como se desprende del expediente”.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

4.2. Copia de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2008 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía, Cundinamarca, dentro del proceso verbal sumario de restitución internacional de menores (folios 17-34 cuaderno 1ª instancia).

4.3. Copia de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2009 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá dentro del proceso verbal sumario de restitución internacional de menores (folios 39-64 cuaderno 1ª instancia).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Decisión de primera instancia

La Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca resolvió negar la solicitud de amparo.

Consideró que en el acuerdo, la madre “se compromete y obliga a restituir voluntariamente al menor a más tardar el 30 de septiembre del presente año. Si no lo hiciera la juez dictará sentencia de plano mediante la cual ordena la restitución internacional del menor conforme lo ordena la ley 173 de diciembre de 1994 y la sentencia de constitucionalidad C-402 del 95 que aprobó el convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores”; cosa que se aprobó (...) bajo la admonición a las partes de que ‘en caso de incumplimiento, como se dijo arriba, proseguirá la funcionaria con la sentencia pertinente’. Pero adelantada la polémica por el incumplimiento de la demandada, los juzgadores fueron del criterio de que si

bien era menester entrar a sentenciar el asunto, no por ello el examen de las cosas había de quedar sin escrutinio; y aún cuando el juzgado municipal no habló expresamente sobre el punto, es muy de notar que esa intensa labor teórica que plasmó en su fallo acusa una conclusión de ese talante, la que sí hizo expresa el juzgado de familia, que refiriéndose a la disputas que traería el impugnante acerca de la posibilidad de eludir el acuerdo conciliatorio en punto del incumplimiento, acentuó que si ésta 'se hace fallida por el incumplimiento de las partes en el transcurso del proceso al que por virtud de la misma no se le puso fin, porque en tal caso, la misma no puede prevalecer sobre la sentencia, ni ésta supeditarse a lo que hubiere acordado las partes en aquella, pues la sentencia edificada sobre el carácter de orden público de las normas, no está llamada a reproducir el contenido de la conciliación”.

2. Impugnación

El accionante impugnó la decisión. Reiteró su censura respecto de la demora de la titular del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía en emitir sentencia en el proceso de restitución internacional de menores por él iniciado, señaló que las pruebas a allegar en este proceso se basan en “demostrar la ilicitud del traslado o de la retención, para que se proceda a ordenar la restitución del niño”.

3. Decisión de segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de primera instancia. Consideró que “los Jueces accionados ciertamente expusieron las razones para decidir que, al margen de lo acaecido con los compromisos adquiridos por las partes en la audiencia de 19 de julio (sic) de 2007, era de rigor que las diligencias se sometieran a las puntuales etapas que el estatuto procesal civil establece para los procesos verbales, relacionadas, especialmente con la práctica de las pruebas postuladas por los interesados con el fin de valorarlas en la respectiva providencia judicial, modo de obrar que descarta la posibilidad de predicar la presencia de una clara vía de hecho judicial, en cuanto que la decisión en ese sentido estuvo guiada por criterios objetivos orientados a dar cumplimiento a los principios constitucionales y a los preceptos de la Carta Política que establecen la protección especial del menor y la primacía de sus derechos, esto es, a poner a salvo los intereses superiores del menor a partir de examinar la actual y real situación en la que el mismo se encuentra”.

Agregó que con respecto al tiempo para proferir la sentencia “cualquier inconformidad sobre dicha circunstancia ha debido plantearse en la época en que la tardanza se estaba presentando (...) No está de mas dejar sentado que, con independencia de que el actor constitucional ningún cuestionamiento concreto realizó en relación con las reflexiones de orden jurídico efectuadas por los acusados para desestimar las pretensiones de la mencionada demanda verbal, la Corte no detecta que en esa actividad tales funcionarios judiciales hubieran incurrido en un proceder que efectivamente lesione las garantías fundamentales de las personas involucradas en la respectiva controversia, en particular, los derechos fundamentales del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO”.

4. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Subdirectora de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su calidad de autoridad central para Colombia, en la aplicación del Convenio de La Haya de octubre 25 de 1980, intervino luego de fallada la segunda instancia en este proceso y señaló que “a la luz del artículo 3° del Convenio de La Haya de octubre de 1980, el traslado, así como la retención del niño a que nos venimos refiriendo a Colombia, fue ilícito, por cuanto así no haya necesidad de permiso por parte del padre o de las autoridades Españolas; la ilicitud se desprende del hecho de la madre, de trasladar o retener al hijo en Colombia, sacándolo del cuidado del padre quien ejercía la custodia de su hijo conjuntamente con la madre. La madre del niño, además incumplió lo pactado o acordado ante el juzgado primero promiscuo municipal de Chía y avalado por dicha autoridad, mediante providencia que hace tránsito a cosa juzgada. De no tener valor dicha conciliación, no se entiende entonces para qué se ordena en el proceso verbal sumario. Ahora bien, si tiene valor la mencionada conciliación, y al ser incumplida, debe la juez primera promiscua de Chía dictar otra providencia ordenando la restitución inmediata del niño a España”.

Agregó que “la juez primera promiscua de Chía, permite que el proceso de restitución internacional del niño Boro Joan, que debía tramitarse de forma breve y sumaria, se dilate por más de doce meses, a sabiendas que dicho proceso no puede llevar más de seis semanas de acuerdo con el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980 y el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia (...) y menos aún se entiende por qué dicha funcionaria judicial no hizo cumplir lo ordenado por la misma en providencia judicial, aprobatoria de la conciliación”.

Finalmente, adujo que “[n]o se considera tampoco de recibo la posición asumida por el juzgado segundo promiscuo de familia de Zipaquirá el cual desconoce la validez de una conciliación, lo que permite que adquiera plena vigencia una sentencia, denegatoria de la restitución, posterior a la conciliación que acuerda el retorno del niño”.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Ocho, mediante auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional, a través de la Sala Tercera de Revisión, precedida por el Magistrado JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien actuó como ponente.

Adelantado el trámite probatorio de rigor, el magistrado ponente registró proyecto de fallo y citó a Sala de Revisión para el día 10 de diciembre de 2010. El proyecto de fallo presentado por el magistrado ponente no fue acogido por la mayoría de la Sala de Revisión, razón por la cual, éste manifestó su salvamento de voto, correspondiendo la elaboración y redacción de la nueva ponencia al magistrado GABRIEL EDUARDO MEDOZA MARTELO, quien le sigue en turno.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

2.1 Mediante Auto de 23 de noviembre de 2010, en razón a que la censura en la demanda de tutela se basa en las decisiones proferidas en el mencionado proceso y en las pruebas obrantes al interior del mismo, se solicitó al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía allegar el expediente número 2006-0472 contentivo del proceso verbal sumario de restitución internacional de un menor promovido por Salvador Montroy Ferre contra Adriana Patricia Gallego Torres.

1. El Juez Primero Promiscuo Municipal de Chía allegó el expediente solicitado. De su inspección se resaltan los siguientes documentos:

1. Copia de la solicitud radicada el 23 de mayo de 2006, de intervención administrativa para aplicación del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de Octubre de 1980 respecto del menor impúber BORO JOAN MONTROY GALLEGO (fl. 4- 11 cdno. 1)

1. Copia del oficio del 14 de junio de 2006, en el que el Director del ICBF Regional Cundinamarca remite a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá, la solicitud de restitución internacional del niño BORO JOAN MONTROY GALLEGO, residente en el municipio de Chía. En este mismo documento consta que “la Subdirección de Intervenciones Directas como Autoridad Central para la ejecución del Convenio de La Haya, en el momento en mención hace una serie de recomendaciones, las cuales deben ser objeto de análisis y ejecución por parte de ese despacho” (fl. 191 cdno. 1).

1. Copia del documento por el cual, el 15 de junio de 2006, se avoca conocimiento por parte de la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá de la Regional Cundinamarca del ICBF del proceso administrativo de RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DEL NIÑO BORO JOAN MONTROY GALLEGO y en consecuencia se ordena la práctica de las siguientes diligencias (...)” (fl. 196-197 cdno. 1).

1. Copia del documento del 20 de junio de 2006, enviado a la Señora Adriana Patricia Gallego, para que comparezca al Centro Zonal de Zipaquirá el 23 de junio de 2006, a fin de notificarle el auto que avocó conocimiento del proceso administrativo de restitución internacional del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO (fl.200 cdno. 1).

1. Copia del oficio enviado el 27 de junio de 2006 por la Defensora de Familia Centro Zonal Zipaquirá a la Comisaria de Chía, en el que le solicitaba información acerca del resultado de la citación, del 20 de junio de 2010, que debía efectuar a la señora Adriana Patricia Gallego, con el fin de que compareciera el 7 de julio de 2006 al Centro Zonal Zipaquirá para realizar diligencia de carácter administrativo en el proceso de restitución internacional de menores (fl. 210 cdno. 1).

1. Copia de la diligencia de notificación personal surtida el 4 de julio de 2006 a la señora Adriana Patricia Gallego, del contenido del auto que avoca conocimiento del trámite administrativo de restitución internacional del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO (fl. 212 cdno. 1).

1. Copia del informe presentado el 6 de julio de 2006 por el Comisario Único de Familia de Chía a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá en la que informa que “me permito remitir copia del oficio C.F. 1403 de fecha 30 de junio de 2006 enviado a la señora ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES mediante el cual se le notificó de la citación ante ese despacho. Por otra parte, y respecto a su primera solicitud, recibida el martes 20 de junio del año en curso, le informo que lamentablemente nos fue imposible gestionarla debido a la gran afluencia de usuarios que para esa semana tuvimos en la Comisaría y al alto volumen de trabajo que se genera a diario, por demás varias funcionarias se encuentran en vacaciones y por el momento solo contamos con una secretaria” (fl. 232 cdno. 1).

1. Copia de la diligencia de conciliación celebrada el 15 de agosto de 2006 de retorno voluntario No. 00066 a favor del menor Boro Joan Montroy Gallego Historia No. 25B0316-2006 en la que se declara “FRACASADA LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y CERRADA LA FASE ADMINISTRATIVA DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL” (fl. 257-261 cdno. 1).

1. Demanda del proceso verbal de restitución internacional del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO a la República de España, signataria del “Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de La Haya del 25 de octubre de 1980”, presentada el 6 de diciembre de 2006 por el apoderado de Salvador Montroy Ferre (fl. 292 -301 cdno. 1).

1. Auto del 14 de diciembre de 2006, por medio del cual el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, rechaza la demanda por falta de competencia en razón al domicilio de la demandada y ordena la remisión de la misma al Juzgado Promiscuo Municipal- reparto- de Chía (fl. 291 cdno. 1).

1. Auto del 15 de enero de 2007, por medio del cual el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía admitió la demanda de restitución internacional del menor Boro Joan Montroy Gallego incoada por Salvador Montroy Ferre contra Adriana Patricia gallego Torres y se ordenó su trámite por el procedimiento verbal sumario (fl. 304 cdno. 1).

1. Notificación personal con fecha 25 de abril de 2007, del auto admisorio de la demanda a la señora Adriana Patricia Gallego Torres, del 15 de enero de 2007 (fl. 310 cdno. 1).

1. Contestación de la demanda presentada el 2 de mayo de 2007 por la apoderada de la parte demandada señora Adriana Patricia Gallego Torres (fl. 328-333 cdno. 1).

1. Con la contestación de la demanda acompañó un disco compacto que contiene el archivo de fotografías del menor y copia de dos informes psicopedagógicos proferidos por la psicóloga del Jardín Infantil Bilingüe Aprende Conmigo.

En el segundo informe consta que “Boro se caracteriza por ser un niño alegre, despierto y muy inteligente. Su adaptación al medio escolar fue realmente rápida, actualmente se encuentra seguro y motivado. Su actitud al aprendizaje en todas las áreas y el acompañamiento familiar le han permitido alcanzar los logros propuestos acordes con su edad y proceso. Disfruta cada uno de los momentos de la jornada escolar (...) Boro logra seguir indicaciones de los profesores (...) A nivel familiar actualmente vive con su madre cerca de los Abuelos y Tíos con los cuales ha establecido un gran vínculo afectivo, ella se encarga de su cuidado y sostenimiento a nivel económico, escolar y afectivo; su madre durante el tiempo que el niño ha estado en el jardín ha demostrado gran interés y compromiso en el desarrollo integral de Boro participando activamente de las diferentes actividades propuestas por la comunidad educativa. Su padre actualmente vive en el exterior Boro expresa con tranquilidad que su padre vive lejos y que habla con el y viene a visitarlo” (Fl. 315 cdno. 1).

1. Auto del 8 de mayo de 2007, por el cual se da traslado a la parte actora por el término de 3 días de las excepciones de mérito propuestas por la demandada (fl. 334 cdno. 1).

1. Auto del 18 de mayo de 2007, en el que se definió que “como quiera que se encuentra vencido el término de traslado de las excepciones propuestas por la parte pasiva, el juzgado señala la hora de las 4 pm del día 19 del mes de junio de 2007 con el fin de llevar a cabo la Audiencia Pública de que trata el Artículo 439 del C.P.C (...)” (fl. 335 cdno. 1).

1. Diligencia de audiencia pública para los fines del art. 101 del C.P.C., dentro del proceso verbal restitución internacional de menor, de fecha 19 de junio de 2007. En esta diligencia consta “(...) SEPTIMO La Señora ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES se compromete y obliga a restituir voluntariamente al menor a mas tardar el día 30 de septiembre del presente año. Si no lo hiciere la Juez dictará sentencia de plano mediante la cual ordena la restitución judicial del menor conforme lo ordena la ley 173 de diciembre de 1994 y la sentencia de constitucionalidad C-402 del 95 que aprobó el convenio sobre aspectos civiles del secuestro

internacional de niños. En caso de restitución judicial los costos de restitución se harán conforme lo ordena el artículo 26 del convenio sobre aspectos civiles del Secuestro Internacional del niño (...) AUTO: Las partes en presencia de la señora defensora de menores, si bien han polemizado la redacción de esta acta al final la concretaron de consuno. Como son las partes las que arribaron a lo puntualizado, a la funcionaria solo le queda, por encontrarlo ajustado a los beneficios del menor, aprueba el acuerdo que consiste en el desistimiento de la acción que cursa en preliminares 1563 en el Juzgado de Instrucción tres de Manacor (...) SEGUNDO: Este acuerdo debe cumplirse por las partes como está atestado y su incumplimiento acarrea las consecuencias que la legislación Colombiana y la Internacional que sobre la materis (sic) se haya expedido, sobre el padre incumplido. TERCERO: Esta conciliación hace tránsito a cosa juzgada. (...) SEXTO: Adviértase a las partes que en caso de incumplimiento, como se dijo arriba proseguirá la funcionaria con la sentencia pertinente (...)” (fl. 337-340 cdno. 1).

1. Oficio enviado por la Consejera Técnica de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia de España, con fecha del 17 de mayo de 2007, y recibido el 25 de mayo de 2007 por el ICBF Subdirección de Intervenciones Especializadas en el que consta lo siguiente: “El pasado 25 (sic) de agosto de 2006 se celebró una diligencia de conciliación de retorno voluntario, que se declaró fracasada, sin que hasta la fecha se haya dictado ninguna resolución de retorno del menor. Dado el excesivo tiempo transcurrido desde que se remitió la solicitud, el Sr. Montroy Ferré ha acudido a nosotros, Autoridad Central Española, a fin de instar la pronta resolución de este caso. Rogamos de esa Autoridad Central la mayor colaboración, según establece el artículo 7 del Convenio, para conseguir la restitución de la (sic) menor tal como establece el artículo 12 del citado Convenio. Rogamos nos acusen recibo de la solicitud y nos remitan una declaración sobre las razones de la demora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio” (fl. 345 cdno. 1).

1. Memorando de fecha 5 de junio de 2007, enviado por la Subdirectora de Intervenciones Directas del ICBF a la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá en el asunto de

solicitud de restitución internacional en aplicación del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños. Niño: BORO JOAN MONTROY GALLEGO, en el que consta que “teniendo en cuenta que la Autoridad Central Española está coadyuvando la solicitud que hiciera el padre por ante su apoderado y que se encuentra en trámite ante el Juez de Familia de su jurisdicción y ante la demora en el trámite del proceso de restitución, solicitud que fuera enviada a su Regional mediante oficio No. 32223 de fecha 9 de Junio de 2006, solicito a usted se sirva allegar la documentación referida al señor Juez de Conocimiento, así como la copia de sentencia de segunda instancia (fallo del Tribunal Superior de Medellín en un caso de restitución internacional) para su conocimiento y proceder a informar directamente a España sobre las causas de la demora, con copia a esta Subdirección” (fl. 343-344 cdno. 1).

1. El 29 de agosto de 2007, el apoderado de la parte demandada inició un incidente de nulidad contra el acta de la conciliación en razón a que hubo constreñimiento ilegal por la parte demandante (fl. 3-7 cdno. Incidente de Nulidad).

1. El 5 de octubre de 2007, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía, Cundinamarca, resolvió negar el incidente de nulidad presentado por la señora Gallego. Consideró que no es del caso analizar la solicitud de nulidad por la improcedencia procesal que conlleva, pues la causal de nulidad se debe alegar sobre las pruebas allegadas y tenidas como tales en el expediente (fl. 13-15 cdno. Incidente de Nulidad).

1. El 16 de octubre de 2007 el apoderado de la parte demandada solicitó ante el incumplimiento recíproco del acta de conciliación, la continuación del trámite procesal (fl. 432 cdno. 1).

1. El 8 de noviembre de 2007, el apoderado de la parte demandante solicitó “que en cumplimiento del numeral séptimo del acuerdo establecido por las partes y aprobado

mediante providencia judicial dictada en audiencia el diecinueve (19) de junio de dos mil siete (2007) proceda de plano a dictar sentencia del restitución del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO al Reino de España. Lo anterior en consideración a que la demanda no cumplió voluntariamente la obligación de restitución pactada y aprobada judicialmente” (fl. 455 cdno. 1).

1. El 13 de noviembre de 2007 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía, ordenó el ingreso del expediente al despacho para dictar sentencia (fl. 456 cdno. 1)

1. El 23 de noviembre de 2007 el apoderado de la demandada solicita la sujeción al trámite procesal y el decreto y practica de pruebas (fl. 461-463 cdno. 1).

1. El 29 de noviembre de 2007, el Juzgado deja sin efecto el auto del 13 de noviembre de 2007, en lo que atañe al ingreso del expediente al despacho para dictar sentencia y dispone la continuación de la audiencia del artículo 439 del C.P.C. (fl. 464 cdno. 1).

2.2.27 El 25 de junio de 2008 se allegan al expediente correos electrónicos enviados por el Ministerio de Justicia de España en el que solicita al juez resuelva el caso en la mayor brevedad posible (fl. 581-583 cdno. 1).

2.2.28 El 22 de julio de 2008 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía fijó fecha para la realización de audiencia pública para alegar de conclusión el 21 de agosto de 2008 (fl. 594 cdno. 1). El 28 de agosto de 2008 se repuso el auto del 21 de agosto y se fijó fecha para audiencia el 9 de septiembre de 2008 (fl. 600-602 cdno. 1). El mismo día el juzgado aplaza la audiencia para el 23 de octubre (fl. 603 cdno. 1) y finalmente dicta sentencia el 7 de noviembre de 2008.

2.2.29 Sentencia de primera instancia de fecha 7 de noviembre de 2008, en la que se resolvió “(...) SEGUNDO: DECLARAR la ilegalidad del traslado internacional del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO que hiciera su madre, la señora ADRIANA PATRICIA GALLEGO

TORRES el día veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005), conforme a lo dispuesto en el (sic) parte considerativa de la presente decisión. TERCERO: NEGAR la pretensión de restitución del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO a su país de origen España, como quiera que se encuentra integrado a su medio familiar y social en la República de Colombia con respeto efectivo del derecho de visita que le asiste al padre SALVADOR MONTROY FERRE y en virtud de lo señalado en las consideraciones del presente fallo (...)" . Intervino en esta sentencia el Defensor de Familia e indicó que "el proceso muestra dilaciones que han retardado un fallo de fondo, por cuanto fue iniciado el procedimiento desde el año dos mil seis (2006), no siendo un proceso donde se dispute la custodia y cuidado personal del menor, ni los demás derechos sino debe darse aplicación a lo regulado internacionalmente sin existir pruebas fundadas para indicar que el retorno a España constituye un grave riesgo para la integridad física o psicológica del menor, siendo España el lugar de residencia del niño BORO JOAN y por lo cual solicita sentencia con relación a la Restitución Internacional del menor".

El despacho entre otros asuntos consideró: "tenemos que habiendo establecido que el ejercicio del derecho de guarda del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO recaía en cabeza de los padres del mismo de manera conjunta, se produce una violación clara por parte de la madre de aquél, la señora ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES, por cuanto realiza el traslado del menor de forma ilícita, para los efectos contemplados en el 'Convenio sobre aspectos civiles del Secuestro Internacional de Niños' cambiando el lugar de residencia del niño sin retorno voluntario alguno y sin contar con autorización del padre del menor".

Y luego de traer a colación el artículo 12 y 14 del Convenio señaló que analizadas a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia las testimoniales precitadas y siendo conscientes en todo caso que provienen tanto del núcleo familiar como social de la demandada ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES, dichas declaraciones y las documentales allegadas tanto por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como de las psicólogas de la Institución Educativa a la que pertenece el menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO, son indicativas que habiendo transcurrido más de tres (3) años de su llegada a Colombia y teniendo la edad de más de cinco (5) años y cinco (5) meses, aquel se encuentra íntegro y totalmente adaptado a su medio familiar como social y afectivo, situación por la cual este despacho negará la solicitud de traslado a su país de origen España (...). Acerca de la negación del retorno del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO, cabe precisar que ninguna incidencia tienen para este Estrado judicial las manifestaciones realizadas por la parte demandada en torno a la

supuesta exposición del menor a una situación intolerable o de peligro causada por parte de su señor padre SALVADOR MONTROY FERRE, toda vez que por ningún medio fueron acreditadas las manifestaciones en torno a su supuesta dependencia a sustancias alucinógenas o su maltrato hacia su esposa e hijo, situación por la cual no se descartó dicho decir” (fl. 631-648 cdno. 1).

2.2.31 Impugnado por el accionante el anterior auto (fl. 3-4 cdno. 2), el 24 de abril de 2009, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá admitió el recurso de apelación (fl. 15-17 cdno. 2) y en firme el auto el 8 de julio de 2009, se fijó audiencia para presentación de alegatos para el 30 de julio de 2009 (fl. 21 cdno. 2).

2.2.32 La audiencia de presentación de alegatos se efectuó el 28 de septiembre de 2009 (fl. 33-38 cdno. 2), y el 30 de noviembre de 2009, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá confirmó la sentencia de primera instancia (fl. 40-65 cdno. 2).

Con respecto al traslado ilícito del menor consideró que en la sentencia de primera instancia quedó concluido que “en la situación presentada bajo examen, la guarda, custodia y patria potestad sobre el menor no recaía exclusivamente en la señora Adriana Patricia Gallego Torres, sino que se ejercía de forma conjunta por ambos padres. Concluyó entonces también, que si el derecho de guarda del menor gravitaba sobre ambos progenitores, realizar el traslado del menor Boro Joan Montroy Gallego cambiando el lugar de residencia del niño sin retorno voluntario alguno y sin contar con la autorización del padre, dejaba a la madre incurso en el traslado ilícito a que se refiere el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional e Niños”.

Luego de hacer referencia a la prueba de la valoración nutricional del niño Boro Joan Montroy Gallego, a la visita psicosocial realizada por profesionales adscritos a la Regional Cundinamarca del ICBF, a los testimonios de la psicóloga -6-05-2006- y coordinadora del Jardín Aprende Conmigo 30-04-2007, el juez de segunda instancia concluyó que “se aprecia establecido que el menor se encuentra integrado a un medio caracterizado por condiciones que favorecen su desarrollo integral y su dignidad. Connota que los distintos informes fueron emitidos de manera progresiva en distintas etapas de la permanencia de Boro Joan en el medio escolar y social; además, fueron emitidos por profesionales en la materia de la cual dimana su concepto”.

Asimismo, luego de hacer referencia al testimonio de los padres y de una amiga de la demandada, señaló que “con todo, las surtidas reclaman serios motivos de credibilidad cuando desvelan que el menor se ha integrado a su nuevo medio de manera formidable (...)”.

Con respecto a la conciliación efectuada en sede judicial señaló que “la misma no puede prevalecer sobre la sentencia, ni esta supeditarse a lo que hubieren acordado las partes en aquella, pues la sentencia edificada sobre el carácter de orden público de las normas, no está llamada a reproducir el contenido de la conciliación”.

2.3 La Consejera Técnica de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de España señaló que los convenios aplicables en la sustracción internacional de menores son de un lado el Convenio No. XVIII de la Conferencia de la Haya sobre aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 y , de otro, la Convención Interamericana sobre restitución Internacional de menores adoptada en Montevideo, Uruguay en fecha 15 de julio de 1989.

Manifestó que “ambos instrumentos internacionales (...) se apoyan en la idea de restitución y de la celeridad. Esta idea de celeridad presente en las conclusiones de la II Reunión de Jueces de países de América expertos en la materia de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes que tuvo lugar en Buenos Aires el 19 de Septiembre de 2007 y que asumen que los objetivos de los Convenios de Sustracción son tendentes a lograr una restitución rápida y segura. Si bien el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 impone un plazo de 6 semanas no obligatorio y cuya vulneración puede dar lugar a un simple mecanismo de presión convencionalmente previsto en el artículo 11 que, en esta materia, solo concede cierto derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora, siempre se trata de evitar que un caso de sustracción, se convierta por el mero paso del tiempo, de uno de restitución en otro de custodia”.

Agregó que “existe así un tácito compromiso internacional de promoción activa de la celeridad en la resolución de este tipo de procesos que pasa, además de por la rápida ejecución de la resolución dictada, por una previa y eficaz gestión del desarrollo del proceso para obtener la resolución de restitución de forma ágil. (...) Se considera, por todo lo indicado, que solo el efectivo cumplimiento en plazos breves de los compromisos

internacionales asumidos en materia de sustracción internacional de menores, puede llevar (sic) a una gestión eficaz de estos casos de tal forma que respeten los superiores intereses de los menores afectados”.

3. Consideraciones

3.1 Problema jurídico y esquema de resolución

Esta Sala pasa a determinar, con base en el supuesto de hecho anteriormente descrito, si en las sentencias proferidas por las autoridades accionadas, se incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, capaz de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso del accionante, en razón a que, según señaló, en el trámite verbal sumario de restitución internacional del niño Boro Joan Montroy Gallego, se presentó demora en su resolución y no se cumplió lo dispuesto en el acta de conciliación de emitir sentencia ante su incumplimiento.

Para resolver este asunto, esta Sala en primer lugar i) reiterará los presupuestos para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actuaciones judiciales y pasará a determinar ii) el objetivo y el supuesto de aplicación de la Ley 173 de 1994 por medio de la cual se aprobó el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980; iii) el principio de celeridad como parte esencial en el carácter fundamental del derecho al debido proceso y el trámite establecido en la legislación colombiana para la restitución internacional de menores, iv) el interés superior del menor en los procesos de restitución internacional de menores y v) los efectos del acuerdo conciliatorio en el marco de los procesos judiciales de restitución internacional de menores.

3.2. Procedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales. Reiteración jurisprudencial

3.2.1. El artículo 86 de la Constitución Política señala que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. La acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

3.2.2. Esta Corporación en diversas ocasiones² ha establecido que la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales es excepcional, por cuanto: a) las autoridades judiciales, al igual que todas las autoridades de la República, están instituidas para proteger los derechos fundamentales de todas las personas (artículo 2° de la C.P.), por ende sus determinaciones “constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales”³; b) al estar las autoridades judiciales sujetas al imperio de la ley, sus decisiones están amparadas por los principios de independencia y autonomía (artículo 2284 y 2305 de la C.P. y artículo 5° de la Ley 270 de 1996), los cuales excluyen la posibilidad de injerencia de alguna otra autoridad en la adopción de sus decisiones y c) sus pronunciamientos están cobijados por el principio de cosa juzgada, que implica que una vez ejecutado el procedimiento para la resolución de un conflicto, la determinación adoptada, no puede ser revisada nuevamente, generando de esta forma seguridad en el ordenamiento jurídico.

3.2.3. Así, las actuaciones judiciales deben ser la expresión de los principios que gobiernan el Estado Social de Derecho, esto es, deben estar acordes con el imperio de la ley y propender por la realización de los derechos fundamentales.

De este modo, sólo cuando en las decisiones judiciales se configure una ostensible desviación de las normas sustanciales o procesales, es procedente su anulación a fin de dar primacía al derecho sustancial y salvaguardar los derechos fundamentales de los administrados. En otros términos, la acción de tutela contra providencias judiciales se constituye en un mecanismo idóneo, cuando no habiendo otro mecanismo de defensa judicial o ante la configuración de un perjuicio irremediable, éstas han sido “el resultado de una actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, contraria al orden jurídico preestablecido y violatoria de las garantías constitucionales y legales que integran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia”⁷.

3.2.4. Con base en lo expuesto, esta Corporación ha determinado que la competencia del juez de tutela para pronunciarse sobre la validez constitucional de las decisiones judiciales es excepcional y procede cuando: a. La cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b. 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 ius fundamental irremediable; c. 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; d. La parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal transgresión en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y que e. No se trate de sentencias de tutela.

3.2.5. En el presente caso, esta Sala considera que la acción de tutela es procedente, como quiera que: a. La cuestión que se discute es de relevancia constitucional, pues se pretende con esta acción de tutela el amparo del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la C.P) y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella (artículo 44 de la C.P.); b. El accionante al interior del proceso verbal sumario de restitución internacional de menores que se censura, agotó el medio de defensa judicial ordinario que tenían a su disposición, al presentar recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía, la cual fue confirmada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Zipaquirá, providencias que hoy se controvierten por medio de esta acción constitucional y frente a las cuales no proceden más recursos⁸; c. La acción de tutela fue presentada (10 de marzo de 2009) transcurridos cuatro meses luego de la sentencia de segunda instancia (30 de noviembre de 2009) que concluyó el proceso que se censura; d. Los argumentos que se invocan en esta solicitud de amparo fueron mencionados por el accionante en el proceso que se reprocha, como pasará a evidenciarse en cada uno de los puntos censurados y e. no se trata de una controversia contra una sentencia de tutela.

3.2.6. Ahora bien, esta Corporación ha dispuesto que el amparo de un derecho fundamental contra una providencia judicial prospera cuando se satisfaga alguno de los siguientes defectos: "i) Defecto orgánico: si el funcionario judicial que profirió la providencia cuestionada, carece por completo de competencia para surtir dicha actuación; ii) Defecto procedimental: si la autoridad judicial adelanta el proceso judicial cuestionado por fuera del procedimiento establecido en las normas correspondientes; iii) Defecto fáctico: si el supuesto legal del cual se deriva la providencia judicial, no tiene sustento en el material probatorio allegado al proceso; iv) Defecto sustantivo: si las normas acogidas para tomar la decisión judicial, no son aplicables al caso concreto, o la interpretación que de ellas hace el juez, desborda en perjuicio de los derechos fundamentales del actor"⁹.

3.2.7. Determinada la procedencia de esta acción de tutela y reseñadas las causales de prosperidad del amparo contra una decisión judicial, esta Sala pasa a definir si los hechos que inspiran esta solicitud de amparo configuran alguna de las causales que ameriten la protección de los derechos fundamentales invocados. A fin de cumplir el mencionado objetivo, y como ya se ha dicho, esta Sala se pronunciará acerca del ii) objetivo y el supuesto de aplicación de la Ley 173 de 1994 por medio de la cual se aprobó el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980; iii) el principio de celeridad como parte esencial en el carácter fundamental del derecho al debido proceso y el trámite establecido por la legislación colombiana para la restitución internacional de menores; iv) el interés superior del menor en los procesos de restitución internacional de menores y los v) efectos del acuerdo conciliatorio en el marco de los procesos judiciales de restitución internacional de menores.

3.3. Objetivo y supuesto de aplicación de la Ley 173 de 1994 por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980

3.3.1. El Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños aprobado en La Haya el 25 de octubre de 1980, fue suscrito por el Estado Colombiano e incorporado a este ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 173 de 1994.

La conducta que se pretende regular con este Convenio es “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”¹⁰.

3.3.3. El contexto¹¹ en el cual aconteció la suscripción de este Convenio por el Estado colombiano se enmarca en el hecho de que el traslado ilícito de un menor por parte de uno de los padres a otro país es frecuente, debido al “aumento de la constitución de parejas de distintas nacionalidades, la facilidad del desplazamiento a otros países y la generación de grandes movimientos migratorios internacionales”¹².

La necesidad de suscripción del mencionado convenio obedece a que el traslado ilícito de un menor que en principio es un hecho que afecta la órbita de las relaciones privadas se

traspasa y se convierte en una cuestión de orden público que podría llegar a afectar las relaciones entre los Estados, pues quien tenía la guarda del niño se ve obligado a “entablar largos y costosos procesos ante los tribunales de otros países para reclamar un derecho que ya le había sido otorgado en su lugar de origen”¹³. El Estado colombiano se ha visto inmerso en este hecho ya sea por ser el lugar donde es retenido o trasladado ilícitamente el niño o por ser el lugar de donde es trasladado¹⁴.

Así “el Convenio contiene normas que facilitarán la convivencia entre los Estados, al determinar soluciones a problemas que se presentan entre ciudadanos de diferentes países o en los que involucra la situación de los niños y las leyes que deben protegerlo, de acuerdo con la reglamentación que cada país debe contemplar para estos casos. Se eleva así a norma internacional, lo que sólo opera a nivel nacional, con el propósito de adecuar la legislación interna a las condiciones internacionales”¹⁵.

Estos hechos no son ajenos al ordenamiento jurídico internacional. De allí el nacimiento de este Convenio y de otros, como la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶ y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, Uruguay¹⁷, que ponen en evidencia esta problemática del traslado y retención ilegal de menores.

3.3.4. Dadas estas condiciones, el Convenio pretende conservar el statu quo de las relaciones familiares y que las dificultades suscitadas sean resueltas en la jurisdicción del lugar de residencia habitual. En otros términos, lo que se pretende es evitar que quien trasladó al menor de manera ilícita, se beneficie de una jurisdicción ajena al lugar donde se desarrollan sus actividades diarias, desconociendo de este modo, no sólo el derecho de la otra persona a la custodia del menor, sino también, el derecho a que sea la jurisdicción de residencia habitual la que dirima las controversias familiares suscitadas.

3.3.5. Mediante sentencia de constitucionalidad C- 402 de 1995, esta Corporación consideró que el mencionado Convenio se ajustaba a la Constitución Política, por cuanto permite la protección especial del menor y la primacía de sus derechos fundamentales, en especial el derecho a tener una familia y no ser separado de ella,¹⁸ pues, ante el supuesto de un desarraigo ilegítimo del menor de su entorno familiar, debe proceder de manera pronta su regreso.

El desarraigo violento del menor por parte de uno de los padres respecto del otro, es censurable. De allí que proceda el amparo del derecho a la familia para el menor y para el padre de quien fue desarraigado.¹⁹ Con respecto al derecho a tener una familia, esta Corporación en sentencia de tutela T- 290-03,²⁰ consideró que este derecho es de doble vía, es decir, que si se reconoce para los hijos se debe asimismo reconocer en igualdad de condiciones para los padres, pues si ello no fuere así se desnaturalizaría el concepto de familia.

3.3.6. Para determinar si el traslado o retención del menor es ilícito y, por ende, si es procedente la restitución del menor, se han de satisfacer los supuestos previstos en el artículo 3° de la Convención, el cual dispone:

“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”.

3.3.7. En esta oportunidad, la Sala parte del supuesto que el traslado del niño Boro Joan Montroy Gallego se realizó de manera ilícita. Dicho aspecto, fue reconocido por las autoridades judiciales demandadas y por ello no es objeto de estudio en la presente acción de tutela.

En ese sentido, se ha de recordar que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía, en el proceso que se censura, dejó en claro que el traslado de Boro Joan a Colombia, tuvo lugar sin el consentimiento del padre, quien para ese momento ejercía la patria potestad sobre el menor. Al respecto, afirmó en el fallo lo siguiente: “tenemos que habiendo establecido que el ejercicio del derecho de guarda del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO recaía en cabeza

de los padres del mismo de manera conjunta, se produce una violación clara por parte de la madre de aquél, la señora ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES, por cuanto realiza el traslado del menor de forma ilícita, para los efectos contemplados en el ‘Convenio sobre aspectos civiles del Secuestro Internacional de Niños’ cambiando el lugar de residencia del niño sin retorno voluntario alguno y sin contar con autorización del padre del menor”. Consideración que quedó en firme, pues no fue impugnada y por ende no fue analizada por el juez de segunda instancia en el proceso objeto de juicio.

3.3.8. Por consiguiente, estando determinada la ilicitud del traslado en el que incurrió la madre respecto de su hijo Boro Joan Montroy Gallego, pasa esta Sala a analizar si había lugar a ordenar la restitución del menor y si la demora en el trámite del proceso fue determinante en la decisión adoptada.

3.4. El principio de celeridad como parte esencial en el carácter fundamental del derecho al debido proceso. Trámite señalado por la legislación colombiana para la restitución internacional de menores

3.4.1. A fin de determinar si esa demora en la resolución del asunto constituye una causal genérica de procedibilidad que haga censurable una sentencia judicial, esta Sala analizará la celeridad como parte esencial en el carácter fundamental del derecho al debido proceso (16.1); los aspectos procesales previstos en el Convenio de La Haya para la restitución internacional de menores (16.2); el procedimiento establecido en Colombia para la resolución del asunto concerniente a la restitución internacional de menores (16.3) y finalmente pasará a analizar lo acontecido en el proceso judicial que se censura (16.4).

3.4.2. El artículo 29 de la Constitución Política consagra en los siguientes términos el derecho al debido proceso:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” (Resaltado fuera del texto).

3.4.3. El derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas es el fundamento del principio de celeridad²¹ que se impone a toda actuación judicial y que implica que la administración de justicia sea pronta, cumplida y eficaz y que se satisfagan los términos procesales previstos en la ley.

La celeridad en las actuaciones judiciales es un precepto que se fundamenta en que “el tiempo en el proceso mas que oro, es justicia”²², o en otros términos en el hecho de que “la resolución tardía de las controversias judiciales equivale a una falta de tutela judicial efectiva”²³. Lo anterior en razón a que sin mayor dificultad se logra concluir que frente a un conflicto suscitado lo que desean las partes es su resolución pronta conforme con las normas sustanciales y procesales que rigen la materia, pues la tardanza en su resolución puede hacer nugatorio el derecho a la administración de justicia y causar consecuencias gravísimas en la convivencia social de los ciudadanos²⁴, afectado a su vez la seguridad en la administración de justicia.

3.4.4. La celeridad ha sido objeto de análisis en diversas ocasiones por parte de esta Corporación como principio abstracto que guía la actuación judicial²⁵ y de manera concreta en casos en los que ha estudiado el supuesto de hecho donde se ha censurado la tardanza o mora para la emisión de una resolución judicial²⁶.

El alcance del derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas está dado en el sentido en que las partes que intervienen en el proceso tienen el deber de cumplir los plazos

fijados por el legislador y en que solamente se logra exonerar de su cumplimiento si la tardanza se encuentra inmersa dentro de alguna de las causales de justificación de responsabilidad como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa del tercero o cualquier otra circunstancia objetiva y razonable que debe ser probada y ser insuperable, imprevisible o ineludible.

3.4.5. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala resalta que este principio de celeridad no es absoluto. En este punto, es necesario recordar que el derecho fundamental al debido proceso “reconoce al principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, éstas se encuentran obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas las garantías constitucionales básicas como son el derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, etc.”²⁷ Lo anterior, impone a las autoridades públicas el deber de salvaguardar dichas garantías constitucionales.

Así, teniendo en cuenta la finalidad de este derecho fundamental, las autoridades judiciales, en sus actuaciones, además de velar por una resolución pronta, deben adoptar las medidas necesarias para respetar los procedimientos previamente establecidos en favor de las partes intervinientes en los distintos procesos.

3.4.6. Por otra parte, el Convenio de La Haya mencionado, respecto del proceso para lograr la restitución internacional de menores dispone que las autoridades judiciales y administrativas “deberán recurrir a procedimientos de urgencia para asegurar el regreso inmediato de los niños” trasladados ilícitamente.

3.4.7. Señalan las normas:

“ARTÍCULO 2o. Los Estados Contractantes (sic) 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.

ARTÍCULO 7o. Las Autoridades Centrales deberán cooperar entre sí y fomentar la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar el regreso inmediato de los niños y lograr los demás objetivos del presente Convenio.

En particular, deberán tomar todas las medidas apropiadas, ya sea directamente o con la colaboración de cualquier intermediario (...)

ARTÍCULO 11. Las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado Contractante (sic) deberán proceder con carácter de urgencia para el regreso del niño.

Cuando la autoridad judicial o administrativa enterada no hubiere tomado una decisión en un plazo de seis semanas a partir del inicio de los procedimientos, el solicitante o la autoridad central del Estado requerido podrá, por iniciativa propia o a solicitud de la Autoridad Central del Estado requirente, pedir una declaración sobre los motivos de esa demora. Si la respuesta fuere recibida por la Autoridad Central del Estado requerido, esta Autoridad deberá transmitirla a la Autoridad Central del Estado requirente o al solicitante, según sea el caso” (Resaltado fuera del texto).

3.4.8. La imposición del término de seis (6) semanas para requerir a la autoridad judicial a fin de que explique los motivos de la demora para tomar la decisión acerca de la restitución del menor trasladado ilícitamente y el llamado a hacer uso de procedimientos de urgencia, obedece a que este trámite a) pretende la protección del statu quo, esto es, el regreso del menor a su lugar de residencia habitual y correspondientemente b) evitar que se consolide en el tiempo la situación ilícita creada.

Para ello se le impone a los Estados utilizar los procedimientos más rápidos que existan en su propio ordenamiento jurídico y dar un tratamiento prioritario a este tipo de demandas.

3.4.9. La celeridad en el trámite del proceso de restitución internacional de menores ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

3.4.10. Así, se ha señalado²⁸ que un procedimiento expedito puede a) minimizar las perturbaciones o desorientaciones al menor sustraído de su entorno familiar; b) minimizar los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro padre; c) reducir una mayor perturbación para el menor que pueda resultar cuando se ordena su retorno después de un período largo en el extranjero y d) evitar que el sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo.

3.4.11. De la misma manera la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha concluido²⁹ que los Estados contratantes tienen la obligación de tramitar las solicitudes de restitución del menor de forma rápida y recomienda que: a) esta obligación se extienda también a los procedimientos de recurso; b) los tribunales de primera y segunda instancia se fijen plazos y los respeten a fin de asegurar un tratamiento acelerado de las solicitudes de restitución y c) que las autoridades judiciales sigan rigurosamente el desarrollo de los procedimientos de restitución del niño tanto en primera instancia como en vía de recurso.

De este modo, el Convenio de La Haya deja a disposición del Estado contratante el uso de procedimientos de urgencia para la resolución de lo que concierne a la restitución internacional de un menor trasladado ilícitamente, sin que ello implique una afectación de las garantías propias del debido proceso (Constitución Política, artículo 29).

3.4.13. En el caso colombiano, las leyes que actualmente rigen el procedimiento de restitución internacional de menores, son: la Ley 1008 de 2006, por medio de la cual se fijaron algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia, vigente a partir del 23 de enero de 2006; y la ley 109830 de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, vigente a partir del mes de mayo de 2007.

Con anterioridad a los citados desarrollos legislativos, no existía en Colombia un procedimiento especial para dar cumplimiento al Convenio de la Haya sobre restitución de menores. Así lo expuso la Corte en las sentencias de tutela T-357 de 2002 y T-891 de 2003, en las cuales se advirtió sobre la ausencia de una normatividad específica para dar la solución a la restitución internacional de menores precisada en el citado Convenio.

3.4.14. En la sentencia T- 357 de 2002,³¹ esta Corporación, señaló que “el Convenio constituye un marco referencial que indica a los Estados la forma de proceder cuando los menores son ilícitamente trasladados de un país a otro. Sin embargo el contenido del Tratado no agota la regulación de la materia sino que, por el contrario, sólo establece parámetros generales y abre la posibilidad a cada Estado para señalar los procedimientos específicos de acuerdo con su régimen jurídico interno”.

En esa oportunidad, la Corte resaltó que, en cuanto tiene que ver con el trámite de la restitución de menores, el mencionado Convenio “prevé la designación de una ‘autoridad

central' encargada de cumplir las obligaciones derivadas del Convenio (artículos 6 y 7), pero no define expresamente, como es apenas lógico, a quién corresponde resolver sobre la solicitud de restitución internacional: simplemente indica que habrá una 'autoridad judicial o administrativa' encargada de tal función³²." De esta manera, aclaró que la existencia de una autoridad central, encargada de adelantar funciones administrativas (dar trámite a las solicitudes de restitución y velar por el cumplimiento del Convenio), no significaba que la misma tuviera competencia para resolver la solicitud de restitución internacional, salvo, que así lo dispusiera un Estado contratante, de acuerdo con sus normas internas.

Con relación al caso colombiano, la Corte destacó que el Ministerio de Relaciones Exteriores designó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central para los efectos de la Convención. Sin embargo, advirtió sobre la inexistencia, en el ordenamiento jurídico interno, de una norma constitucional y legal de atribución de competencia para el conocimiento de demandas relacionadas con la restitución internacional de menores y definió que, ante dicha circunstancia, ni los defensores de familia del ICBF ni ninguna otra autoridad de esa entidad tenían competencia para adelantar dichos procesos, razón por la que el conocimiento de estos asuntos le correspondía a la jurisdicción ordinaria, en concordancia con el principio de juez natural³³ y la cláusula de cierre a que hace referencia el artículo 16 del CPC, modificado por el Decreto 2282 de 1989 (artículo 1, num.6).

Así las cosas, de conformidad con lo anterior, exhortó al Congreso y al Consejo Superior de la Judicatura, para que en el marco de sus competencias, emitieran una regulación específica para los casos de restitución internacional de menores, por estar involucrados intereses del niño y de la familia en general.

Por otra parte, en la sentencia T- 891 de 2003,³⁴ siguiendo la línea expuesta en la providencia anterior, esta Corporación distinguió las competencias de las autoridades administrativas y judiciales, señalando que correspondía al ICBF, como autoridad 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 competente³⁵, acompañada de la documentación requerida por el convenio y por las normas

procedimentales vigentes sin perjuicio de la intervención del apoderado del solicitante”.

Con respecto a las funciones de las autoridades judiciales, la Corte reiteró el llamado realizado en la providencia anterior al legislador, relacionado con la mora para expedir una ley que atribuyera la competencia específica y estableciera un procedimiento de urgencia para adelantar el trámite de restitución de menores en los términos del Convenio de la Haya de 1980. Asimismo, insistió que el competente para conocer de estos asuntos es el juez civil del circuito y agregó que lo sería mediante el procedimiento verbal sumario, al tratarse de una controversia entre padres respecto de sus hijos menores³⁶ y en razón a que este trámite satisface la noción de implementar un instrumento de urgencia en aras a proteger el interés superior del menor.

Así las cosas, los anteriores pronunciamientos permiten concluir que, con anterioridad a las Leyes 1008 y 1098 de 2006, si bien no existía en el ordenamiento jurídico Colombiano un procedimiento específico para resolver los asuntos de restitución internacional de menores, la legislación existente hasta ese entonces, en concordancia con el Convenio, permitía diferenciar las dos etapas que debían surtirse por las partes interesadas, a saber: una fase administrativa, a cargo del ICBF, y una fase procesal, competencia privativa de los jueces del circuito o de familia, según el caso.

3.4.15. Ahora bien, al expedir la Ley 1008 de 2006, el legislador tuvo en cuenta los argumentos expuestos en las citadas sentencias, y se propuso subsanar los vacíos legales relacionados con un trámite para la restitución internacional de menores, resaltando la existencia de las dos etapas en este proceso.

La mencionada ley, en su artículo 1° dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. COMPETENCIA, PREVALENCIA NORMATIVA Y PROCEDIMIENTO. El conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa y de los Jueces de Familia y Jueces Promiscuos de Familia en su fase judicial. En los municipios donde no haya Juez de Familia o Promiscuo de Familia, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales.

El principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes.

En concordancia con las previsiones de los numerales 3, 5 y 10 del párrafo 1o del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, las autoridades judiciales señaladas en el inciso primero del presente artículo, según el caso, tramitarán los asuntos a que se refiere este artículo, mediante las reglas del proceso verbal sumario salvo en lo referente a la única instancia. En las controversias judiciales a que se refiere esta ley, que se resuelven en el marco de Tratados y Convenios Internacionales, se garantizará el principio de la doble instancia, la cual se tramitará de acuerdo con las disposiciones que la regulan para el proceso verbal de mayor y menor cuantía.

Cuando la legislación interna haya establecido competencias expresas o procedimientos específicos que permitan resolver los asuntos a que se refiere esta ley y que se ajusten a los Tratados y Convenios Internacionales vigentes, el conocimiento y trámite de tales asuntos se ajustará a lo previsto en la legislación específica de cada materia.

De conformidad con la citada ley y a partir de su expedición, es claro que el conocimiento y trámite de asuntos en materia de tratados y convenios internacionales respecto de los derechos de los niños y de las familias, en la fase administrativa, es competencia de los Defensores de Familia y, en la fase judicial, de los Jueces de Familia y Promiscuos de Familia, o en su ausencia de los Jueces Civiles o Promiscuos Municipales.

Finalmente, el legislado, al expedir el Código de la Infancia y la Adolescencia³⁷, dispuso en el artículo 11938 que el juez de familia tiene, como plazo máximo para fallar un caso de restitución internacional de menores, el término de 2 meses, contados desde el recibo de la demanda, del informe o del expediente según el caso.

3.4.16. Lo expuesto previamente, permite a esta Sala concluir, que en el ordenamiento jurídico colombiano, incluso desde antes de la expedición de las Leyes 1008 y 1098 de 2006, la competencia para resolver sobre la restitución internacional de menores no radica exclusivamente en una autoridad administrativa, sino que la misma es compartida con los jueces civiles y de familia.

En este contexto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (a través de los defensores de familia), en los términos del Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, actúa como la autoridad administrativa encargada de coordinar y colaborar en los aspectos referentes al cumplimiento del convenio, participando directamente como facilitadora de la entrega voluntaria del niño o solución amistosa. En caso de no lograrse lo anterior, corresponde a los jueces, pronunciarse sobre la restitución, siguiendo los parámetros establecidos para el proceso verbal sumario, cuando la actuación haya tenido lugar antes de la entrada en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia o, el procedimiento especial previsto en dicho ordenamiento, cuando el proceso se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia del mencionado código. La anterior precisión resulta particularmente importante en dos aspectos específicos:

i) Un primer aspecto tiene que ver con que, en Colombia, la restitución de menores se presenta en realidad en dos etapas: una administrativa, a cargo del ICBF, dirigida a lograr una restitución amistosa o voluntaria; y una judicial, que está a cargo de los jueces civiles y de familia, a quienes les corresponde ordenar o no el retorno del menor, en los casos en que ha fracasado un acuerdo amistoso entre las partes y que da curso a la demanda de restitución.

ii) Un segundo aspecto hace referencia al hecho de que, si en Colombia, la restitución de menores sólo puede ser ordenada por una autoridad judicial, la regulación prevista en el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, debe ser interpretada, entendida y aplicada de conformidad con tal competencia.

De otra parte, es claro para esta Sala que la celeridad es un principio que resulta de gran importancia en estos procesos de restitución internacional de menores, teniendo en cuenta que su finalidad, en aras de proteger el interés superior del menor, es la de conservar el statu quo de la situación del menor y por ende ordenar su regreso al lugar de residencia habitual ante un traslado ilícito. Sin embargo, en el caso de Colombia, aunque la legislación exige una actuación diligente tanto de la autoridad administrativa que interviene inicialmente, como de la autoridad judicial en quien radica la competencia para ordenar la restitución, ello no implica un desconocimiento de las garantías propias del debido proceso, establecidos por el ordenamiento jurídico para las partes intervinientes en la actuación judicial.

3.5. El plazo establecido en el Convenio de la Haya para ordenar la restitución inmediata de menores y la excepciones a dicho plazo

3.5.1. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el citado Convenio establece el término dentro del cual procede la restitución inmediata del niño y los casos en los cuales las autoridades encargadas de tramitar el asunto, no están obligadas a ordenar el regreso inmediato de éste al país de residencia habitual.

3.5.2. 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.

En efecto, el citado artículo dispone:

“ARTÍCULO 12. Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3o. y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contractante (sic) donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato.

La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

Cuando la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido tuviere motivos para creer que el niño ha sido llevado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de regreso del niño.” (Negrita fuera del texto original).

3.5.3. Por su parte, el artículo 13 prescribe que, sin perjuicio de lo dispuesto en la norma anterior, la autoridad competente puede negar el regreso del niño cuando se encuentre

demostrado que quien ejercía el derecho de guarda sobre el menor, haya consentido en su traslado o, cuando su restitución represente un peligro físico o síquico. Igualmente, la norma contempla la posibilidad de que sea el niño el que se oponga a su restitución, evento en el cual, el funcionario deberá evaluar la edad y madurez de éste para tener en cuenta su opinión y negar su retorno.

3.5.4. Finalmente, el artículo 20 de la Convención señala que, en consonancia con lo contemplado en el artículo 12 ya transcrito, en los casos en los que el regreso del niño implique un quebrantamiento de los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y las libertades, la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar su restitución.

Sobre el particular, las citadas normas disponen lo siguiente:

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 mostrare 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.

(...)

ARTÍCULO 20. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, se podrá negar el regreso del niño si ello no fuere permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

De acuerdo con las normas en cita, e interpretándolas de acuerdo con la forma como está regulado el trámite de restitución de menores en Colombia, se tiene que el Estado requerido, en nuestro caso a través de la autoridad judicial, puede negar el regreso del niño en tres eventos:

i) cuando ha transcurrido más de un año desde la fecha del traslado ilegal, si se demuestra que el menor se ha integrado a su nuevo medio.

ii) con independencia del tiempo transcurrido desde la fecha del traslado ilegal, cuando se advierta la ocurrencia que quien cuidaba del niño no ejercía el derecho de guarda o había consentido en el traslado o, que el regreso implica un peligro físico o psicológico, y

iii) cuando la orden de regreso es contraria o atenta contra los principios sobre protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales.

3.5.5. En este contexto, entra la Sala a analizar si el procedimiento de restitución internacional de menores, adelantado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía se ajustó a los lineamientos nacionales e internacionales o si por el contrario, en el mismo se desconoció el principio de celeridad como parte esencial del derecho fundamental al debido proceso. El anterior análisis, se hará teniendo en cuenta la causal contenida en el artículo 12 del Convenio, aplicada por el funcionario acusado para resolver el asunto puesto a su consideración, de acuerdo con las circunstancias particulares del mismo.

Para el efecto, destaca la Sala que el procedimiento aplicable al caso objeto de estudio es el contenido en la Ley 1008 de 2006, previamente citada, la cual se encontraba vigente en el momento en que se inició el proceso de restitución internacional del niño Boro Joan Montroy Gallego.

3.5.6. Al respecto se advierte que el trámite surtido ante el ICBF tuvo una duración aproximada de tres (3) meses. Esta fase administrativa inició con la presentación de la solicitud por el hoy accionante, padre del menor, el 23 de mayo de 2006 y concluyó el 15 de

agosto de 2006 mediante la declaración de fracaso de la audiencia de conciliación y de cierre de la fase administrativa del proceso de restitución internacional.

En el transcurso de esta fase, desde la presentación de la solicitud hasta la declaratoria de fracaso de la audiencia de conciliación, se surtieron las siguientes actuaciones:

i) Remisión interna a la autoridad competente dentro del ICBF para el tratamiento de este asunto efectuada el 9 de junio de 2006;

ii) El 15 de junio de 2006 se avocó conocimiento de la solicitud de restitución internacional de menores y

iii) El trámite para efectuar la notificación a la señora Gallego iniciado el 20 de junio de 2006 se concluyó hasta el 4 de julio de 2006.

iv) Diligencia de conciliación celebrada el 15 de agosto de 2006, la cual se declaró fracasada y con ella, cerrada la fase administrativa.

3.5.7. En la fase judicial, se ha de señalar que sólo hasta el 6 de diciembre de 2006 el padre del niño Boro Joan Montroy Gallego presentó demanda de proceso verbal de restitución internacional. Este proceso tuvo una duración aproximada de tres (3) años.

En el curso del proceso se observó el siguiente trámite:

i) El 14 de diciembre el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá rechazó la demanda por falta de competencia y la remitió al Juzgado de Chía.

ii) El 15 de enero de 2007, el Juzgado Promiscuo Municipal de Chía admitió la demanda.

iii) El 2 mayo de 2007 fue contestada la demanda y se propuso la excepción de mérito de falta de legitimación para incoar la acción en razón a que “la madre al ostentar legalmente en la actualidad la guarda y custodia de su menor hijo (...) puede escoger el lugar de su residencia”.

iv) El 19 de junio de 2007 se surtió la audiencia de conciliación en la cual se acordó que la señora Gallego se “compromete y obliga a restituir voluntariamente al menor a mas tardar el día 30 de septiembre del presente año”.

v) Surtida la conciliación, el 29 de agosto de 2007 la demandada inició incidente de nulidad contra la conciliación. Dicho incidente fue finalmente negado el 5 de octubre de 2007.

vi) El 16 de octubre de 2007 la parte demandada solicitó, ante el incumplimiento recíproco del acta de conciliación, la continuación del trámite procesal a efectos de probar el incumplimiento de dicha acta.

vii) El 8 de noviembre de 2007 el apoderado de la parte demandante solicitó sea dictada la sentencia. El Juez a quo mediante auto del 13 de noviembre de 2007 ordenó el ingreso del expediente al despacho para dictar sentencia, ante lo cual el 23 de noviembre de 2007 el apoderado de la demandada solicita la sujeción al trámite procesal y por ende solicitó el decreto y práctica de pruebas, por lo que el 29 de noviembre de 2007 el juzgado dispuso revocar el auto del 13 de noviembre y empezar la etapa probatoria.

viii) El 25 de junio de 2008 el Ministerio de Justicia de España hace referencia a la tardanza en este trámite judicial.

ix) El 22 de julio de 2008 se fijó audiencia para alegar de conclusión el 21 de agosto de 2008, el 28 de agosto de 2008 se repuso el auto del 21 de agosto y se fijó fecha para audiencia el 9 de septiembre de 2008, día en el que el juzgado aplaza la audiencia para el 23 de octubre y finalmente dicta sentencia el 7 de noviembre de 2008.

x) Contra la decisión de primera instancia el demandante presentó recurso de apelación el cual fue resuelto el 30 de noviembre 2009.

3.5.8. Desde el inicio del procedimiento, el ICBF hizo referencia a la celeridad con que debía ser éste tramitado para efectos de evitar que el paso del tiempo facilitara a la madre que retiene el niño, la obtención de una sentencia de custodia que desconociera la jurisdicción de los tribunales de la residencia habitual. Así lo dio a conocer el 9 de junio de 2006 la Subdirectora de Intervenciones Directas del ICBF al Director Regional ICBF Cundinamarca.

Adicional a lo anterior, se advierte que en el curso del proceso, la Consejera Técnica de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia de España, en escrito, con fecha 17 de mayo de 2007, recibido por el ICBF el 25 de mayo de 2007 y agregado al expediente objeto de censura a folio 345 del cuaderno número 1, solicitó la

colaboración a fin de lograr la pronta resolución del caso. Solicitud que fue reiterada el 25 de junio de 2008.

Así mismo, el 5 de junio de 2007 y con ocasión de la solicitud del Ministerio de Justicia de España, la Subdirectora de Intervenciones Directas del ICBF requirió a la Defensora de Familia de Zipaquirá en razón a la demora en el trámite verbal de restitución internacional del menor Boro Joan Montroy.

3.5.9. Por otra parte, las autoridades judiciales alegaron respecto de la mora en la resolución de la demanda de restitución del menor Boro Joan Montroy Gallego lo siguiente:

El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Zipaquirá, quien obró como juez de segunda instancia en el proceso que se censura, respecto de la celeridad en el proceso demandado señaló que “[e]n punto del principio de celeridad, de obligatoria aplicación en la Administración de Justicia, cabe resaltar que la posible demora que puede presentarse en el desarrollo del proceso no atiende al capricho o a la negligencia, sino por el contrario, a la alta carga laboral”.

3.5.10. Ahora bien, en el presente caso debe resaltarse que el niño fue trasladado por su madre, de manera ilegal, a Colombia el día 20 de octubre de 2005 y que su padre inició el trámite administrativo siete (7) meses después del hecho, es decir, el 23 mayo de 2006, para que se surtiera la etapa de retorno voluntario o amistoso. Posteriormente, transcurrido un año y dos meses después del traslado ilegal, el 6 de diciembre de 2006, se radicó la demanda de restitución internacional.

Ello significa, a luz de lo previsto en el inciso segundo del artículo 12 del Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en la Haya en 1980, que el juez de la causa no podía ordenar el retorno inmediato de Boro Joan Montroy Gallego a España, así estuviera probado su traslado ilegal, toda vez que, para el momento en que fue presentada la demanda, ya había transcurrido más de un año desde el traslado ilegal. Lo que correspondía, como en efecto se hizo, era darle curso al proceso para establecer si el menor se encontraba adaptado a su nuevo medio social en Colombia, hecho que el juez encontró finalmente probado.

En ese sentido, se repite, el retorno inmediato del menor está previsto para que tenga lugar

dentro del año siguiente al traslado, lo cual significa que, en esos casos, una vez el juez encuentre probada la ilicitud del traslado, puede proceder a ordenar su retorno inmediato. Pero si ya ha transcurrido más de un año desde su traslado, como ocurre en el presente caso, en beneficio del interés superior del menor, el retorno del niño no puede ser ordenado por la autoridad judicial de forma inmediata, con la sola comprobación de la ilicitud del traslado, pues el mismo depende de que el niño no se haya integrado a su nuevo medio.

Así, sin desconocer que la convención busca cumplir con su objetivo de lograr que la restitución del menor tenga lugar en el corto plazo -un año-, en la misma se advierte que, si por cualquier circunstancia el retorno no puede darse en dicho término, la decisión sobre la restitución debe entonces estar acompañada de un análisis sobre la adaptación del menor al nuevo medio, en procura de evitar que un nuevo desarraigo genere un efecto contrario al pretendido, y produzca daños físicos o psíquicos en aquél.

Bajo ese entendido, la integración al nuevo medio constituye una excepción a la regla de retorno, tal como lo precisó la Corte en la Sentencia C-402 de 1995, en la que, al estudiar la constitucionalidad del convenio, y concretamente la medida contenida en el artículo 12, precisó lo siguiente:

“4. El Capítulo Tercero establece la forma en que se han de presentar las solicitudes de restitución del menor (art. 8) y el trámite que la autoridad central del país requerido debe darles (arts. 10, 11, 12, 15, 16 y 18). Cabe resaltar aquí el principio de celeridad en la tramitación de las solicitudes (art. 11), así como la enumeración de los casos en los cuales el Estado requerido puede negarse a ordenar la restitución del menor, entre ellos, cuando transcurrido un año desde el momento del secuestro se demuestre la adaptación del niño a su nuevo medio, o cuando su regreso implique grave riesgo para su salud física o emocional (arts. 12, 13 y 20)”. (Negritas y subrayas fuera de texto).

3.5.11. Por lo anterior, ninguna responsabilidad se le puede atribuir al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía por el hecho de que la restitución no se haya producido en el año siguiente al traslado del niño. Como se anotó, el titular del despacho sólo tuvo conocimiento de los hechos con la presentación de la demanda, la cual tuvo lugar un año y dos meses después de ocurridos los hechos que dieron origen al proceso, momento a partir del cual se activó su competencia para tramitar y decidir el asunto, debiendo entonces establecer la adaptabilidad

del niño a su nuevo hogar y seguir las reglas del proceso verbal sumario, al que precisamente ajustó su accionar.

Ello explica, entonces, que el proceso objeto de cuestionamiento se haya demorado, pues en él se desarrolló una actividad probatoria tendiente a establecer la adaptación de Boro Joan Montroy Gallego al medio, acompañado de otros aspectos sustanciales y procesales propuestos por las partes, que a su vez no podían ser eludidos ni desconocidos por el juez. Además, si la legislación colombiana, en concordancia con la Convención, prevé que la restitución internacional de menores se defina en el contexto de un proceso judicial, es necesario tener presente que en desarrollo del mismo, no es posible conculcar a las partes las garantías constitucionales mínimas que hacen compatible al procedimiento judicial con el derecho fundamental al debido proceso.

Por eso, en el proceso de restitución internacional de menores, si bien debe primar la celeridad, en todo caso, resulta imprescindible garantizar a los sujetos procesales, tanto el derecho a conocer las medidas y pruebas que en él se adopten y se practiquen, como la posibilidad de controvertirlas.

3.5.12. Finalmente, reitera esta Sala que el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia no era aplicable al caso objeto de estudio, por cuanto el proceso verbal de restitución internacional fue iniciado el 6 de diciembre de 2006, con anterioridad a la entrada en vigencia del código, el 8 de mayo de 2007. En tal virtud, el término perentorio de 2 meses contemplado en dicha norma para resolver este asunto, no tenía que ser observado, entre otras razones, por los funcionarios judiciales acusados.

3.5.13. Los anteriores argumentos permiten afirmar a esta Sala que los jueces que conocieron del proceso de restitución internacional del niño Boro Joan Montroy Gallego, no incurrieron en una violación del debido proceso por defecto sustantivo y fáctico, al haber negado la restitución del menor con base en el argumento de que éste se encontraba integrado a su nuevo medio familiar y social en la República de Colombia, y al haberle dado curso al proceso verbal, ya que, se repite, como consecuencia de la demora del aquí accionante en iniciar el trámite administrativo, el juez de primera instancia conoció de los hechos pasado un año del traslado del niño por su madre.

3.6. El interés superior del menor en los procesos de restitución internacional del menor

3.6.1. Nuestra Carta Política, en consonancia con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, exige un trato preferente, especial y prioritario de los derechos fundamentales de los niños, y en su artículo 44 dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos con el objeto de garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos.

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos³⁹ dispone:

Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiere por parte de la familia, de la sociedad y el Estado.

Siguiendo esta misma línea de protección, la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰ establece:

Artículo 6. 1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (...)

Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su

preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

3.6.2. Con fundamento en los anteriores preceptos superiores, el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolló el principio del interés superior del niño de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”

La 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.

En ese sentido, esta Corporación ha indicado, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales ya mencionadas, los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los niños, a saber: (i) la prevalencia del interés del niño⁴¹; (ii) la garantía de las medidas de protección que requiere por su condición de niño⁴²; (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 dignidad⁴³. Lo anterior, significa que es ineludible rodear a los niños de garantías y beneficios que los protejan en su proceso de formación.

Del mismo modo, la jurisprudencia ha resaltado el deber de observancia, que recae sobre

todas las actuaciones, oficiales o privadas, que conciernan a los niños, de sus derechos e intereses,⁴⁴ reiterando su calidad de sujetos de especial protección constitucional.

3.6.3. Ahora bien, en los procesos de restitución internacional de menores este principio del interés superior del niño no es indiferente, toda vez que el citado tratado internacional se encamina a garantizar que todo menor residente en un país miembro del Convenio, reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico.⁴⁵

Es más, cabe resaltar que el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, regula lo relacionado con la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, sólo para los casos en que éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Es por ello que la circunstancia de que la retención ilegal tenga lugar dentro del contexto de un conflicto familiar, generalmente suscitado entre los propios padres del niño, es lo que hace que la misma Convención deba contemplar la posibilidad de adaptación del hijo a su nuevo medio, pues se entiende que, en todo caso, el menor se encuentra entre personas cercanas, su padre o madre y familiares de ellos, que también procuran por su protección y desarrollo, aspecto que facilita su nueva adaptación y que garantiza también que el menor se encuentra en buena condición y que va recibir los cuidados que necesita y requiere.

3.6.4. Ello explica que el Convenio de La Haya contemple, en los artículos 12, 13 y 20,⁴⁶ en aras de salvaguardar el interés superior del niño, los fundamentos que se deben tener en cuenta al momento de determinar si se ordena o no el retorno del hijo retenido o trasladado ilícitamente.

3.6.5. De esta manera, observa la Sala que los funcionarios judiciales, en las decisiones atacadas, tuvieron en cuenta el principio del interés superior del niño para negar el retorno de Boro Joan a España, toda vez que, en virtud del citado principio, procedieron a averiguar si el menor se encontraba adaptado a su medio familiar, teniendo en cuenta que habían transcurrido más de 3 años desde su llegada a Colombia y contaba, para ese momento, con 5 años de edad. Sobre el particular, el juez de primera instancia señaló:

“[A]nalizadas a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia las testimoniales precitadas y siendo conscientes en todo caso que provienen tanto del núcleo familiar como social de la demandada ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES, dichas declaraciones y las

documentales allegadas tanto por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como de las psicólogas de la Institución Educativa a la que pertenece el menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO, son indicativas que habiendo transcurrido mas de tres (3) años de su llegada a Colombia y teniendo la edad de mas de cinco (5) años y cinco (5) meses, aquel se encuentra íntegra y totalmente adaptado a su medio familiar como social y afectivo, situación por la cual este despacho negará la solicitud de traslado a su país de origen España.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la Ley 173 de 1994 mediante la cual se aprobó el 'Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños' (...) señaló que: '(...) Tal como se anticipó desde un principio, y una vez realizado el examen del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, la Corte ha de concluir que éste guarda plena concordancia con los principios constitucionales y los preceptos de la Carta Política que establece la protección especial del menor y la primacía de sus derechos”.

Por su parte, el juez de segunda instancia en el proceso que se censura, luego de hacer referencia a la prueba de la valoración nutricional del niño Boro Joan Montroy Gallego, a la visita psicosocial realizada por profesionales adscritos a la Regional Cundinamarca del ICBF, a los testimonios de la psicóloga -6-05-2006- y coordinadora del Jardín Aprende Conmigo 30-04-2007 concluyó que “se aprecia establecido que el menor se encuentra integrado a un medio caracterizado por condiciones que favorecen su desarrollo integral y su dignidad. Connota que los distintos informes fueron emitidos de manera progresiva en distintas etapas de la permanencia de Boro Joan en el medio escolar y social; además, fueron emitidos por profesionales en la materia de la cual dimana su concepto”.

Asimismo, luego de hacer referencia al testimonio de los padres y de una amiga de la demandada, señaló que “con todo, las surtidas reclaman serios motivos de credibilidad cuando desvelan que el menor se ha integrado a su nuevo medio de manera formidable (...)”.

3.6.6. Lo anterior permite a esta Sala reafirmarse en su posición, frente a la actuación de los jueces acusados, de que éstos procedieron conforme a derecho y no violaron el debido proceso al no autorizar la restitución de Boro Joan Montroy Gallego al lugar de residencia

inicial, toda vez que, se repite, se dio aplicación a la excepción contemplada en el artículo 12 del Convenio, a favor del interés superior del niño, teniendo en cuenta que éste llevaba más de 2 años conviviendo con su madre en Colombia.

3.7. Efectos del acuerdo conciliatorio en el marco de los procesos judiciales de restitución internacional de menores

3.7.1. Finalmente, la Sala se referirá brevemente al cuestionamiento que hace el actor al trámite surtido en el proceso de restitución en primera instancia, en el sentido de que el juez ha debido proferir sentencia de plano, luego de incumplida la conciliación celebrada entre las partes el 19 de junio de 2007, omisión que, a su entender, refleja negligencia e ignorancia de la autoridad judicial en la aplicación del convenio internacional de restitución de menores.

3.7.2. Al respecto, vale aclarar que si bien en el presente caso el funcionario judicial acusado manifestó su intención de dictar sentencia de plano ordenando la restitución del menor, en caso de incumplirse el acuerdo al que llegaron las partes el 19 de junio de 2007, como ya se explicó en líneas anteriores, dicho proceder no era el que legalmente correspondía, toda vez que, para ese momento, ya se había configurado la excepción contemplada en el artículo 12 del citado Convenio, pues el niño llevaba más de 3 años en Colombia.

3.7.3. Por lo anterior, no le asiste razón al accionante ya que, dentro del curso del proceso y, en virtud del trámite establecido en el Convenio, el juez Primero Promiscuo Municipal de Chía no podía emitir sentencia de plano, sin antes observar las disposiciones procesales pertinentes y garantizar a las partes las garantías constitucionales mínimas de conformidad con el derecho fundamental al debido proceso.

3.8. Conclusión

3.8.1. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Sala Tercera de Revisión confirmará la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia por medio de la cual confirmó el fallo emitido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que negó la tutela de los derechos invocados por el señor Boro Montroy Ferre.

3.8.2. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala resalta que señor Boro Montroy Ferre podrá iniciar

las acciones que considere pertinentes ante la jurisdicción ordinaria, a efectos de evitar una vulneración de sus derechos y garantizar el contacto del niño con su padre.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia por medio de la cual confirmó el fallo emitido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que negó la tutela de los derechos invocados por el señor Boro Montroy Ferre.

Segundo: DAR por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

A LA SENTENCIA T-1021/10

Referencia: expediente T-2.714.412

Acción de tutela instaurada por Boro Montroy Ferre contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía y otros.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

1. Con el respeto que merecen las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación expongo las razones por las cuales discrepo de aquella adoptada en sentencia de tutela T-1021 de 2010.

2. Conforme quedó expresado en la parte considerativa de la mencionada sentencia, el proyecto de fallo presentado no fue acogido por la mayoría de los integrantes de la Sala Tercera de Revisión. Las razones allí contenidas a nuestro juicio conducen a una decisión diferente a la adoptada en la misma.

3. El problema jurídico de la sentencia de tutela T- 1021 de 2010 es “si en las sentencias proferidas por las autoridades accionadas, se incurrió en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, capaz de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso del accionante, en razón a que, según señaló, en el trámite verbal sumario de restitución internacional del niño Boro Joan Montroy Gallego, se presentó demora en su resolución y no se cumplió lo dispuesto en el acta de conciliación de emitir sentencia ante su incumplimiento”.

4. La sentencia aprobada juzgó que “los jueces que conocieron del proceso de restitución internacional del niño Boro Joan Montroy Gallego, no incurrieron en una violación del debido proceso por defecto sustantivo y fáctico, al haber negado la restitución del menor con base en el argumento de que éste se encontraba integrado a su nuevo medio familiar y social en la República de Colombia, y al haberle dado curso al proceso verbal, ya que, se repite, como consecuencia de la demora del aquí accionante en iniciar el trámite administrativo, el juez de

primera instancia conoció de los hechos pasado un año del traslado del niño por su madre”.

3.5.11. Por lo anterior, ninguna responsabilidad se le puede atribuir al Juzgado Promiscuo Municipal de Chía por el hecho de que la restitución no se haya producido en el año siguiente al traslado del niño. Como se anotó, el titular del despacho sólo tuvo conocimiento de los hechos con la presentación de la demanda, la cual tuvo lugar un año y dos meses después de ocurridos los hechos que dieron origen al proceso, momento a partir del cual se activó su competencia para tramitar y decidir el asunto, debiendo entonces establecer la adaptabilidad del niño a su nuevo hogar y seguir las reglas del proceso verbal sumario, al que precisamente ajustó su accionar.

Ello explica, entonces, que el proceso objeto de cuestionamiento se haya demorado, pues en él se desarrolló una actividad probatoria tendiente a establecer la adaptación de Boro Joan Montroy Gallego al medio, acompañado de otros aspectos sustanciales y procesales propuestos por las partes, que a su vez no podían ser eludidos ni desconocidos por el juez. Además, si la legislación colombiana, en concordancia con la Convención, prevé que la restitución internacional de menores se defina en el contexto de un proceso judicial, es necesario tener presente que en desarrollo del mismo, no es posible conculcar a las partes las garantías constitucionales mínimas que hacen compatible al procedimiento judicial con el derecho fundamental al debido proceso.

Por eso, en el proceso de restitución internacional de menores, si bien debe primar la celeridad, en todo caso, resulta imprescindible garantizar a los sujetos procesales, tanto el derecho a conocer las medidas y pruebas que en él se adopten y se practiquen, como la posibilidad de controvertirlas.

(...)

Es más, cabe resaltar que el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, regula lo relacionado con la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, sólo para los casos en que éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Es por ello que la circunstancia de que la retención ilegal tenga lugar dentro del contexto de un conflicto familiar, generalmente suscitado entre los propios padres del niño, es lo que hace que la misma Convención deba contemplar la posibilidad de adaptación del hijo a su nuevo medio, pues se entiende que, en

todo caso, el menor se encuentra entre personas cercanas, su padre o madre y familiares de ellos, que también procuran por su protección y desarrollo, aspecto que facilita su nueva adaptación y que garantiza también que el menor se encuentra en buena condición y que va recibir los cuidados que necesita y requiere.

3.6.4. Ello explica que el Convenio de La Haya contemple, en los artículos 12, 13 y 20,47 en aras de salvaguardar el interés superior del niño, los fundamentos que se deben tener en cuenta al momento de determinar si se ordena o no el retorno del hijo retenido o trasladado ilícitamente.

3.6.5. De esta manera, observa la Sala que los funcionarios judiciales, en las decisiones atacadas, tuvieron en cuenta el principio del interés superior del niño para negar el retorno de Boro Joan a España, toda vez que, en virtud del citado principio, procedieron a averiguar si el menor se encontraba adaptado a su medio familiar, teniendo en cuenta que habían transcurrido más de 3 años desde su llegada a Colombia y contaba, para ese momento, con 5 años de edad.

(...)

3.6.6. Lo anterior permite a esta Sala reafirmarse en su posición, frente a la actuación de los jueces acusados, de que éstos procedieron conforme a derecho y no violaron el debido proceso al no autorizar la restitución de Boro Joan Montroy Gallego al lugar de residencia inicial, toda vez que, se repite, se dio aplicación a la excepción contemplada en el artículo 12 del Convenio, a favor del interés superior del niño, teniendo en cuenta que éste llevaba más de 2 años conviviendo con su madre en Colombia”.

5. Contrario a lo considerado por la mayoría de los integrantes de la Sala, se estima que las autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho al debido proceso del hoy accionante, padre del menor, por cuanto se presentó demora en la resolución del conflicto. Si bien se debía ejecutar el proceso ante los jueces civiles para conseguir la restitución del menor, el hecho mismo de su iniciación no justifica la demora en el mismo para emitir un fallo, más aún en este contexto donde como se demostró en la sentencia y se reforzará seguidamente, debe imperar el principio de celeridad sin que con ello se pretenda desconocer las etapas procesales. Las razones que sustentan la anterior conclusión son:

6. La celeridad en las actuaciones judiciales es un principio que se encuentra consagrado en la Constitución Política al disponer que toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. El alcance de este derecho hace referencia al cumplimiento de los plazos previstos en el proceso, deber que sólo es justificado incumplir si se prueba el acaecimiento de alguna causal imprevisible o de fuerza mayor. El principio de celeridad adquiere una connotación especial en los procesos de restitución internacional de menores, en razón, precisamente, a su finalidad, cual es la de conservar el statu quo de las relaciones familiares ordenando, por regla general, la restitución del menor trasladado ilícitamente a su lugar de residencia habitual.

6.1 Adicional a lo desarrollado en la sentencia T-1021 de 2010 relacionado con el principio de celeridad, se debe mencionar que esta Corporación en sentencia de constitucionalidad C-402 de 1995, resaltó este principio en la tramitación de las solicitudes de restitución internacional de menores y en la sentencia C-912 de 200448 señaló que el regreso pronto es “el respeto por una estabilidad familiar, formativa y social del menor y la debida garantía de los derechos de niños y niñas a crecer armónicamente”.

Mediante sentencia de tutela T-891 de 200350 la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación insistió en la mora de expedir una ley que atribuyera la competencia específica y estableciera un procedimiento de urgencia para adelantar el trámite de restitución de menores en los términos del Convenio de la Haya de 1980. Asimismo reiteró que el competente para conocer de estos asuntos es el juez civil del circuito y agregó que lo sería mediante el procedimiento verbal sumario, al tratarse de una controversia entre padres respecto de sus hijos menores⁵¹ y en razón a que este trámite satisface la noción de implementar un instrumento de urgencia en aras de proteger el interés superior del menor.

Los anteriores pronunciamientos judiciales fueron la base para la expedición de la Ley 1008 de 2006. De los antecedentes legislativos⁵² que muestran la exposición de motivos que guiaron finalmente la expedición de dicha ley, además de la alusión a las sentencias de tutela T-357 de 2002 y T-891 de 2003, se insistió en el vacío legal para el trámite de la restitución internacional de menores, y se advirtió de su importancia por cuestiones de celeridad y el deber de evitar dilaciones injustificadas.

6.3 Con estos antecedentes se expidió la Ley 1008 de 2006 la cual en el artículo 1°⁵³,

dispuso que el conocimiento y trámite de asuntos en materia de tratados y convenios internacionales respecto de los derechos de los niños y de las familias en la fase administrativa es competencia de los Defensores de Familia y en la fase judicial de los Jueces de Familia y Promiscuos de Familia, o en su ausencia de los Jueces Civiles o Promiscuos Municipales.

Y continúa el mencionado artículo: “el principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes” y determinó que el proceso a seguir es el proceso verbal sumario y que “cuando la legislación interna haya establecido competencias expresas o procedimientos específicos que permitan resolver los asuntos a que se refieren esta ley y que se ajusten a los Tratados y Convenios Internacionales vigentes, el conocimiento y trámite de tales asuntos se ajustará a lo previsto en la legislación específica de cada materia”.

6.4 De lo expuesto previamente, se concluye que este principio de celeridad es de gran importancia en los procesos de restitución internacional de menores cuya finalidad, en aras de proteger el interés superior del menor, es conservar el statu quo de la situación del menor y por ende ordenar su regreso al lugar de residencia habitual ante un traslado ilícito, evitando con ello la consolidación de una situación de hecho que, posteriormente, permita a favor de quien actuó ilícitamente acceder al derecho de guarda del menor.

6.5 En este caso, se advierte que no fue célere el procedimiento de restitución internacional de menores adelantado en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chía respecto del menor Boro Joan Montroy Gallego, como quiera que desde el traslado ilícito del menor efectuado el 20 de octubre de 2005 el padre del menor inició el procedimiento para lograr su restitución el 23 de mayo de 2006 y transcurrieron alrededor de tres años hasta la terminación del proceso con la emisión del fallo de segunda instancia el 30 de noviembre de 200954.

Se considera así que hubo demora en el proceso de restitución internacional de menores censurado. La tardanza que es una característica ajena a la esencia del proceso verbal sumario, se debió, en principio, a una actividad probatoria exagerada, a la interposición de recursos por las partes afectadas y al incumplimiento de las fechas impuestas para la

realización de las audiencias.

Esta demora afecta la celeridad que debe imperar en los procesos de restitución internacional de menores, que impone en aras de su ejecución, el cumplimiento de los plazos fijados por las autoridades judiciales y la rendición de cuentas acerca de la demora en el trámite, deberes que se incumplieron en el proceso bajo estudio, lo primero por cuanto surtida la conciliación, la parte demandada inició un incidente de nulidad el cual fue fallado con posterioridad al plazo fijado en la conciliación y, además, luego de que ingresara el expediente para fallo el 13 de noviembre de 2007. Esta misma parte solicitó continuar el trámite procesal y dictar la práctica de pruebas -etapa probatoria que duró un año hasta que el 7 de noviembre de 2008 se emitió el fallo de primera instancia-; y lo segundo, en razón a que las solicitudes relacionadas con la celeridad presentadas por el Ministerio de Justicia de España y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no tuvieron respuesta durante el trámite judicial (numeral 3.5.8 de la sentencia T- 1021 de 2010).

6.6 Frente a los argumentos expuestos por las autoridades judiciales⁵⁵ para justificar la mora en la resolución de la demanda de restitución del menor Boro Joan Montroy Gallego, se considera con respecto de la razón aducida por el juez de primera instancia, que la dilación del proceso tuvo su origen en actuaciones surtidas por la parte demandada y que fueron secundadas, con o sin intención, por el juez de primera instancia. Así, la demora, contrario en principio, a la afirmación de la autoridad judicial de primera instancia cuestionada, no fue aparentemente por culpa del actor. La mora obedeció más bien a trámites administrativos o inconvenientes por parte de la madre del menor. Y en lo que atañe con el argumento de la alta carga laboral, se considera, siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁶, que “éste no constituye por si mismo, sin más evaluación, argumento suficiente para justificar la dilación en que se haya incurrido”.

6.7 Lo anterior denota que hubo demora en la resolución del conflicto planteado. El deber de celeridad en la etapa administrativa y judicial de los procesos de restitución internacional no conduce a saltarse las etapas del trámite. El cumplimiento de las mismas y la celeridad hacen parte esencial del derecho al debido proceso (artículo 29 del C.P) y no implican la supresión o limitación de uno en aras del otro, lo cual sería un absurdo, pues evidentemente si no hay etapas, no hay proceso, puesto que se trata de que éste se desarrolle de manera ágil y sin dilaciones injustificadas, requisitos que no se cumplieron en este caso, pues la

demora, como se vio, no tiene ninguna razón.

7. Para que la autoridad judicial pueda adoptar una decisión en un proceso de restitución internacional de menores es necesario y suficiente la prueba del traslado ilícito del menor y, en caso de ser alegada, de las excepciones que impidan su traslado. La necesidad de probar dichas circunstancias es la única razón que puede hacer que se tarde este proceso que en esencia debe ser célere.

Conforme lo establece el artículo 3 del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, aprobada mediante Ley 173 de 1994, el traslado ilícito se configura cuando: “a) 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”.

Esta Corporación⁵⁷ ha dicho que lo que se debe probar en el proceso de restitución internacional de menores para que proceda el retorno es la ilicitud del traslado o retención del menor en contra de la voluntad de quien al momento del traslado o la retención ejercía la custodia plena o compartida, salvo que se prueben las excepciones previstas en el artículo 13 del mencionado Convenio, esto es, cuando se establezca que:“(a) la persona que solicita la restitución no estaba ejerciendo los derechos de custodia en el momento del traslado o retención; o haya consentido a dichos traslado o retención, o que luego los haya aceptado, o (b) exista evidencia de que la restitución podría exponer al menor a daños físicos o psicológicos, o a una situación intolerable, o, c) que el menor esté en contra de su restitución y haya llegado a una edad y grado de madurez en el cual sea apropiado tener en cuenta sus opiniones”⁵⁸.

La jurisprudencia ha determinado que los procesos de restitución internacional no son para: a) argumentar cuál de los padres que tienen la custodia del menor puede ofrecerle mejores condiciones⁶⁰; b) analizar el estado actual en el que se encuentran los menores⁶¹; c) definir el derecho a la guarda o custodia⁶² o d) para demostrar el comportamiento moral adecuado de los padres. La prueba de alguno de estos supuestos de hecho, directamente no configura

alguna de las causales de excepción para impedir el retorno del menor.

7.1 Con base en lo expuesto, se resalta que los documentos que señala el juzgador de primera instancia para dar por probado el traslado ilícito del menor Boro Joan Montroy Gallego fueron allegados con la presentación de la demanda. Así, a folio 1 del cuaderno número 1 del referido expediente se encuentra copia del auto de fecha dieciocho (18) de octubre de dos mil seis (2006) proferido por el Juzgado de Instrucción Número Tres de Manacor (España), dentro de las Diligencias Previas Número 1563/06, donde dispuso que la medida previa de la demanda de divorcio quedaba sin efecto.

A folio 218 se encuentra copia de la Medida Provisional No. 454/05 proferida por parte del Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Manacor dentro del proceso de Divorcio Contencioso adelantado por la señora ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES contra el señor SALVADOR MONTROY, medidas que datan del veintiocho (28) de octubre de dos mil cinco (2005)- y donde se señala en la medida segunda lo siguiente: ‘Se atribuye la guarda y custodia del menor Boro Joan Montroy Gallego a su madre, siendo la patria potestad compartida por ambos’, providencia que denota guarda del menor en cabeza de su madre la señora ADRIANA PATRICIA GALLEGO TORRES’.

Dichos documentos obran con anterioridad a la emisión del auto que admitió la demanda en el proceso de restitución internacional de menores que se censura⁶³.

8. Por regla general, ante el traslado ilícito se debe proceder a la restitución del menor al lugar de residencia habitual, puesto que esa la finalidad del referido Convenio. El traslado se debe ordenar de manera inmediata si la solicitud fue presentada “transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado contratante” e igual obligación existe transcurrido luego del año a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio (artículo 12).

En este caso, se considera necesario advertir que el hoy accionante dentro del año siguiente a la fecha del traslado ilícito del menor a Colombia⁶⁴ inició actuaciones ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de lograr su restitución. Trámite que duró alrededor de cuatro meses y que concluyó con la declaratoria de fracaso de la audiencia de conciliación (ver numerales 2.2.1 a 2.2.9 de la sentencia T-1021-2010). Dicho procedimiento,

en Colombia, es un requisito para acceder al juez civil quien es la autoridad facultada para, de ser el caso, ordenar la restitución del menor.

Lo anterior es relevante, por cuanto en la sentencia aprobada se censuró el hecho de que el accionante acudió a la justicia civil con posterioridad al año siguiente al traslado ilícito. Empero, en la providencia de esta Corporación si bien se efectuó una interpretación integradora con respecto a los mandatos nacionales (ver numeral 3.4.16 de la sentencia T-1021 de 2010) para arribar a dicha conclusión, de la misma no se puede derivar que si el proceso ante la autoridad administrativa dura más de un año contado a partir del traslado ilícito las consecuencias sean aplicadas a la persona que solicita la restitución del menor, cuando su actuación fue diligente y dentro del término requerido. En este caso, se observa que la actuación de la autoridad administrativa culminó antes de cumplirse el año del efectivo traslado y la demanda ante la jurisdicción civil fue presentada una vez pasado el mencionado año, por lo que es procedente analizar la aplicabilidad o no del mencionado artículo 12 del Convenio en este caso.

Ahora bien, teniendo en cuenta que “la adaptación del menor” fue el fundamento del juez de primera instancia para prolongar el proceso en la etapa de recolección de pruebas por más de un año y finalmente negar su restitución a pesar de estar probada la ilicitud, se pasa a analizar si el hecho de la adaptación “necesariamente” implica negar el retorno del menor trasladado ilícitamente.

8.1 A fin de determinar si el hecho de que el menor se encuentra íntegra y totalmente adaptado a su medio familiar, social y afectivo, constituye una causal de excepción para no ordenar el retorno del menor trasladado ilícitamente, se analizará el alcance de las excepciones previstas para negar el retorno del menor y su vínculo con la noción del interés superior del menor en los procesos de restitución internacional (8.1.1); si la adaptabilidad del menor es causal para negar el retorno a pesar de estar probada la ilicitud (8.1.2) y finalmente pasará a resolver el caso concreto (8.1.3).

8.1.1 El interés superior del menor es un concepto mundial⁶⁵ que pretende reconocer el estado de indefensión en que se encuentra el menor, el carácter singular como persona y el papel preponderante de éste en la familia, la sociedad y el Estado. Y es este concepto el que en términos internacionales permite, grosso modo, que el niño sea separado de alguno de

sus padres⁶⁶.

8.1.1.1 El interés superior del menor en la Convención de La Haya se satisface con el cumplimiento del objetivo de lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual⁶⁷. El interés superior del menor no es un criterio corrector explícito del objetivo convencional que consiste en garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos ilícitamente. Sin embargo, éste se manifiesta de manera objetiva en las excepciones del traslado previstas en el mencionado Convenio.

El interés del menor en los procesos de restitución internacional en el marco de la Convención de La Haya implica que a pesar de estar probada la ilicitud del traslado del menor, las autoridades pueden negar el retorno cuando se cumpla el supuesto previsto en el artículo 13 de la Convención⁶⁸. El interés superior del menor se protege del modo más seguro mediante acciones rápidas, inmediatas y expeditas⁶⁹.

La excepción del literal a) consagrada en el artículo 13 hace referencia a que no se puede proteger algo que no es de la esencia del Convenio que es el ejercicio efectivo de la custodia, ni se puede obligar al retorno cuando el comportamiento posterior del progenitor desposeído muestra aceptación a la nueva situación. El literal b) pretende la protección del menor como lo querría para cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable.

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ha concluido⁷⁰ que la “excepción de ‘grave riesgo’ del artículo 13, párrafo 1 b, ha sido interpretado generalmente de forma restrictiva por los tribunales de los Estados contratantes” y que esta clase de interpretación “permite respetar los objetivos del Convenio”; al contrario, “una interpretación amplia socava la operación del Convenio”.

Para negar el retorno del menor con base en el artículo 20 es “preciso que los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan; no basta con que el retorno sea incompatible o incluso claramente incompatible, con dichos principios en segundo lugar, la invocación de tales principios no deberá en ningún caso ser más frecuente ni más fácilmente admitida de lo que sería para resolver situaciones puramente internas”⁷¹.

8.1.1.2 El interés superior del menor en los procesos de restitución internacional de menores ha sido caracterizado por esta Corporación de la siguiente forma:

“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: (1) en primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, 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; (3) en tercer lugar, 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; (4) finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo”⁷²⁷³.

En los procesos de restitución internacional de menores, ha dicho esta Corte⁷⁴, “coincide con el interés superior del menor su restitución inmediata al hogar del que fue ilícitamente sustraído, sin que al efecto quepan consideraciones de valor sobre cuál de los padres puede ofrecerle mejores condiciones”.

8.1.2 Con respecto a si la adaptabilidad del menor constituye una causal para negar el retorno a pesar de haberse probado la ilicitud de su traslado o retención, la jurisprudencia constitucional ha señalado que dicha circunstancia no constituye una razón suficiente para desconocer la finalidad del tratado de La Haya.

8.1.2.1 Así, en sentencia de tutela T-412 del 2000 la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación frente al supuesto de hecho en el cual se censuraba una actuación judicial, en la que se ordenaba la restitución de un menor trasladado ilícitamente, por, entre otros aspectos, el hecho de que éste se encontraba adaptado a un ambiente familiar y que el retorno implicaba una afectación a su interés superior, resolvió negar la tutela solicitada.

Consideró esta Corporación que en el caso estudiado no se daban los elementos descritos en el numeral 8.1.1.2 acerca del interés superior del menor que justificaran la separación de la madre y el hijo, en razón a que el accionante aludía “un mero criterio subjetivo, pues no ha

aportado una sola prueba que demuestre que la relación entre la madre y el hijo pueda reportarle a éste un perjuicio de tal magnitud que, en nombre del interés del menor, justifique la ruptura del vínculo con la madre”.

Agregó que “si el padre hubiera tenido en cuenta el verdadero interés superior de su hijo y reparado por un momento en el daño que este lamentable episodio iba a generar al menor, hubiera dejado a un lado sus propios intereses y, probablemente, hubiera podido llegar a un acuerdo razonable con la señora (...), o en su lugar se habría empeñado en solicitar el derecho a la custodia plena del menor, utilizando los medios de defensa que estaban a su alcance para impedir que continuara la persecución de la que afirma ha sido objeto y solicitar la consecuente reparación del daño”.

8.1.2.2 En la sentencia de tutela T- 357 de 2002 la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación en un caso en el que se censuraba una resolución emitida por el ICBF en el que negaba la restitución internacional de una menor, consideró que dicha institución no era competente para adelantar estos trámites. No obstante lo anterior, en esta sentencia se juzgó que “es indudable que la permanencia de la menor en Colombia durante un tiempo considerable tiende a estabilizar su situación. Sin embargo, esa situación es tan sólo una estabilidad precaria, porque aún no se ha definido el proceso de restitución internacional” y agregó, “[e]n estas condiciones, la Corte advierte que el principio de ‘interés superior del menor’ no puede servir como herramienta para vulnerar el ordenamiento jurídico ni ha de ser utilizada como instrumento para cohonestar actitudes reprochables en el ejercicio de los deberes y obligaciones que el Derecho impone”.

8.1.2.3 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela 2007-0130675 consideró que se configuraba una vía de hecho por defecto fáctico en la providencia del tribunal que avalaba la no restitución internacional considerada ilícita porque las menores se habían adaptado a su medio y era un riesgo que fueran separadas de la madre. Consideró la mencionada Sala que el tribunal valoró el estado actual de las menores y omitió valorar las pruebas acerca de la situación en que se encontraba el padre de las menores y que daban cuenta de las condiciones generales del padre para cuidar al menor trasladado.

En sentencia de tutela 2007-01647 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

analizó el hecho de que en un proceso judicial se ordenó la restitución del menor trasladado ilícitamente independientemente de si éste se encontraba adaptado. Consideró la mencionada Sala respecto del menor que “en cuanto a la actual estabilidad emocional de éste, no era causa suficiente para negar la restitución, pues le asiste el derecho a afianzar la relación materno-filial, y de otro lado, tal como lo advirtió el Tribunal, en esta clase de procesos no puede discutirse cuál de los padres tiene el derecho a que le asignen el cuidado y custodia del niño y por tanto cualquier prueba, pedida para tales efectos se tendría por superflua”.

8.1.2.4 Así, se ha de concluir que el interés superior del menor en el marco de los procesos de restitución internacional es el regreso inmediato al lugar del que fue trasladado y que sólo esta concepción de interés superior es vencida cuando se logra probar el hecho de que el progenitor afectado no tenía la custodia compartida, o éste aceptó la situación del traslado o retención; o cuando el traslado implica un grave riesgo al menor ; o cuando éste con edad y madurez suficiente se niega al retorno.

Del mismo modo, se concluye que la adaptabilidad del menor al entorno al que fue incorporado luego de la sustracción no es una causal suficiente para negar el regreso ante un traslado o retención ilícita, por cuanto precisamente el Convenio tiene la finalidad de evitar esta adaptabilidad mediante la disposición que obliga a disponer un retorno inmediato; la situación creada mientras se resuelve esta cuestión ante las autoridades competentes es precaria y también le asiste derecho de afianzar la relación filial tanto al progenitor separado como al menor trasladado.

8.1.2.5 Es necesario aclarar que la idea de restitución inmediata, tal como quedó en el texto de la sentencia T- 1021 de 2010 es obligatoria de dar por el juez cuando la solicitud se ha presentado dentro del año siguiente al momento en el cual se efectuó el traslado ilícito. Y que la no restitución por factor de la adaptabilidad se puede considerar cuando ha pasado un año de permanencia del menor en el país al cual fue trasladado, siendo obligatorio su traslado. Se aclara que en este último supuesto no se genera un actuar obligatorio del juez, esto es, cuando es dentro del año se genera la obligación de ordenar la restitución inmediata del menor, mientras que cuando ha pasado el año al juez se le genera la facultad de no restituirlo, no la obligación de dejarlo en el entorno.

Así, partiendo del supuesto de que la finalidad del Convenio es el retorno y que el juez tiene la facultad de no disponerlo cuando ha pasado un año y el menor se ha adaptado, para aplicar dicha facultad es necesario que el juez haga una juiciosa valoración probatoria acerca de dicha circunstancia, al ser una excepción a la regla general de restituirlo. Tanto es así que, como se vio, ha habido casos en que pasado un año no se ordena la restitución del niño, sin que con ello se vulnere la norma, antes bien la desarrolla.

Cuando se refiere a “adaptar” la real academia de la lengua señala “acomodarse, avenirse a diversas circunstancias, condiciones”. Así, es factible razonar que si el menor logró adaptarse a su nuevo entorno sin un choque emocional significativo, es porque posee dicha capacidad de acomodarse, por lo que retornar no le causaría un mayor daño. Y si no ha logrado adaptarse con más veras debe proceder el retorno.

Lo que se quiere significar es que no se debe crear la regla general de que transcurrido un año se concluya que el menor se adaptó y por ende se deba negar la restitución internacional, por cuanto a) la norma que faculta al juez para dicho análisis parte de la esencia del Convenio que es proceder al retorno, luego esta circunstancia constituiría una excepción especial a dicha regla ya que no hace parte de las ordinarias antes descritas, como lo es el riesgo moral y físico del menor por el retorno, entre otras; b) se debe interpretar de manera restringida el concepto de adaptabilidad, no sólo por el hecho de ser una excepción a la regla general sino también por la ambigüedad de la misma palabra, de allí el riesgo de que una prueba que determine que el menor se encuentra bien o “adaptado” sea suficiente para negar dicho derecho, debía ser por tanto una prueba que significara que sacarlo de su entorno actual constituiría una grave afectación; esta última interpretación iría más acorde con la finalidad del Convenio que es retornar al menor sin causarle daño a su interés superior; c) el mismo Convenio permite una restitución segura del menor, lo que significa que se pueden tomar medidas para que el cambio de entorno que implica una restitución sea lo menos traumático posible, por lo que su estado actual no se va a cambiar agresivamente como sí fue el hecho del traslado ilícito, sino que va ir acompañado de un proceso que garantice el bienestar del menor y d) se garantizaría asimismo la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución (numeral 1º artículo 16) y la Convención de los Derechos del Niño en la que se dispone que el niño no puede ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos (artículo 9º).

Conforme con lo anterior, se debe concluir que del mero transcurso del tiempo -más de un año- necesariamente no se deriva que el menor se hubiere adaptado y que por ende se genere la inamovible obligación a la autoridad estatal de ordenar su retorno. Sin la exigencia de un mayor análisis implicaría que el paso del tiempo (un año) subsanaría la situación de ilicitud del menor, dejando sin efectos el Convenio, ignorando el hipotético caso de no poder iniciar la acción dentro del término, en razón a una actitud evasiva y dilatoria de la persona que extrajo al niño de su residencia habitual con la intención de retenerlo. El paso del tiempo no puede ser un factor que ipso facto determine la obligación de restituir al menor, por presumir que en el año el menor se ha adaptado. Aceptar tal posición va contra el principio general del derecho que enuncia que “el fraude lo corrompe todo”, ya enunciado desde el derecho romano como “fraus omnia corrumpit”.

8.1.3 Con base en lo anterior, se considera que la demora en la que incurrieron las autoridades judiciales accionadas no estaba justificada y además ésta influyó en la adopción de la decisión final, como quiera que uno de sus fundamentos fue precisamente que habían transcurrido más de tres (3) años desde la llegada del menor a Colombia y que se encontraba íntegra y totalmente adaptado, circunstancia que afectó el derecho fundamental al debido proceso del accionante.

Así, se advierte que los elementos probatorios en los cuales se basó el juzgador de primera instancia para concluir el no retorno del menor por adaptación se encontraban desde la contestación de la demanda civil efectuada por Adriana Patricia Gallego Torres. Así, a folio 328 a 333 del cuaderno número 1 del proceso censurado, la demandada alegó que el menor se integró a su entorno y que ostenta la guarda y custodia del menor. Para probar el hecho de la adaptación del menor a su entorno la parte demandada en el proceso que se censura, allegó copia de informe psicopedagógico proferido por la psicóloga del Jardín Infantil Bilingüe Aprende Conmigo (fl,. 312 y 315 cdno. 1) y un disco compacto con el archivo de fotografía del menor (fl. 327 cdno. 1).

Para la época de la presentación de la demanda estaba probado con el certificado del colegio la situación en que en ese momento se encontraba el menor y el concepto emitido por el ICBF en el que se señalaba que, “se puede observar y percibir condiciones físicas, morales y económicas favorables para el desarrollo armónico familiar, el menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO se encuentra en adecuadas condiciones que garantizan un sano y desarrollo

armónico". De estas dos pruebas, no se deriva ni se señala expresamente que separar al menor de su estado actual implicaría una afectación que vulneraría su interés superior. Por el contrario, las intervenciones del ICBF se encaminaron siempre en el curso del proceso judicial que se censura y en este trámite constitucional, por resaltar la ilicitud del traslado del menor sin hacer referencia a que su retorno implicaría una afectación a sus derechos fundamentales.

Ahora bien, el año de más que duró el proceso, contribuyó para el decreto y valoración de otras pruebas que no eran idóneos en razón de la finalidad del proceso, como lo fueron los testimonios de familiares y amigos de la demandada que pretendían probar las condiciones actuales en que se encontraba el menor y ninguna de las causales de excepción que impidiera el retorno del menor trasladado ilícitamente.

Tan cierto es que no se logró probar ninguna causal de excepción, que expresamente el juez de primera instancia en su providencia señaló que: "[a]cerca de la negación del retorno del menor BORO JOAN MONTROY GALLEGO, cabe precisar que ninguna incidencia tienen para este Estrado judicial las manifestaciones realizadas por la parte demandada en torno a la supuesta exposición del menor a una situación intolerable o de peligro causada por parte de su señor padre SALVADOR MONTROY FERRE, toda vez que por ningún medio fueron acreditadas las manifestaciones en torno a su supuesta dependencia a sustancias alucinógenas o su maltrato hacia su esposa e hijo, situación por la cual no se descartó dicho decir".

De este modo se concluye que no es procedente la justificación (determinación de si el niño estaba adaptado o no) dada por el juez respecto de la demora en la que incurrió, por cuanto se basó en las pruebas aportadas con la contestación de la demanda que eran documentos en los que la profesora del menor retenido describía su comportamiento en el colegio. Sobre esta certificación, se debe mencionar que la parte contraria no tenía forma de refutar la veracidad del contenido de dicha prueba, por cuanto el padre del menor no tenía contacto con éste desde el traslado ilícito ejecutado por la madre.

La prueba pertinente para probar este tipo de circunstancia, podría ser un peritaje -sin concluir que sea una tarifa legal-, esto es, una experticia por un profesional en la materia que evaluara de manera imparcial al menor y determinara el grado de su adaptabilidad y de si su

extracción del medio en el que estaba le constituiría una grave afectación a sus derechos. Prueba que debe ser practicada dentro del proceso judicial, con el debido traslado a las partes, lo que le hubiera brindado a la contraparte la oportunidad de controvertirla sustancialmente. Dicha prueba o alguna semejante no se práctico, ni siquiera se insinuó, por lo que es posible concluir que la demora fue injustificada en la recaudación de las pruebas.

Finalmente, se ha de señalar que las pruebas testimoniales con las cuales se pretendía derivar la adaptabilidad del menor no ofrecen seguridad, por cuanto si bien son las personas que conviven con el menor, se trata de familiares cercanos de quien trasladó ilícitamente al menor, por lo que su testimonio podría estar sesgado de parcialidad, pues es evidente que tenían un interés personal sobre el objeto del litigio.

Se trata entonces de salvaguardar el interés superior del menor que de entrada se entiende que se hace ordenando la restitución a su entorno habitual y sólo de manera muy excepcional no haciéndolo cuando se ha adaptado. Pero no se trata de cualquier adaptación sino de aquella que implique que el desarraigo de donde está le va a causar una grave afectación a sus derechos y tiene que ser grave, por cuanto si fuere leve el mismo Convenio dispone de normas que permitan una restitución segura.

Lo anterior es de lo que adolece el proceso y la sentencias judiciales aquí censuradas y es por tanto el fundamento para derivar la afectación del derecho fundamental al debido proceso del hoy accionante. De haber prosperado en este caso la orden de restitución, la misma implicaba un acompañamiento para que el niño hubiera sentido lo menos traumático posible el retorno, en este caso, mediante el inicio de acciones encaminadas a restablecer la relación paterno-filial de forma tal que la restitución fuera precedida de una adecuada preparación que permitiera reducir el impacto de una abrupta alteración del medio en el cual se desarrollaba el menor, lo anterior en virtud de que el ICBF actúa como autoridad central en Colombia para la ejecución del Convenio de La Haya y en virtud del artículo 7° de la Ley 173 de 1994, en especial el literal h) que le impone asegurar el regreso del niño sin peligro.

En estos términos dejo sentada mi posición acerca de este caso.

Fecha ut supra,

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

1 El actor es de nacionalidad española y la madre del niño, de nacionalidad colombiana.

2 Entre muchas sentencias ver: T-381-04, T-363-06, T-565-06, T-661-07, T-213-08, T-210-08, T-249-08, T-027-08.

3 C-590-05.

4 Artículo 228: La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

5 Artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

6 Artículo 5° de la Ley 270 de 1996: La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba aportar a sus providencias.

7 T-565-06.

8 La Ley 1008 de 2006 en el artículo 1 establece que:

“El conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa y de los Jueces de Familia y Jueces Promiscuos de Familia en su fase judicial. En los municipios donde no haya Juez de Familia o Promiscuo de

Familia, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales.

El principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes.

En concordancia con las previsiones de los numerales 3, 5 y 10 del párrafo 1o del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, las autoridades judiciales señaladas en el inciso primero del presente artículo, según el caso, tramitarán los asuntos a que se refiere este artículo, mediante las reglas del proceso verbal sumario salvo en lo referente a la única instancia. En las controversias judiciales a que se refiere esta ley, que se resuelven en el marco de Tratados y Convenios Internacionales, se garantizará el principio de la doble instancia, la cual se tramitará de acuerdo con las disposiciones que la regulan para el proceso verbal de mayor y menor cuantía.

Cuando la legislación interna haya establecido competencias expresas o procedimientos específicos que permitan resolver los asuntos a que se refiere esta ley y que se ajusten a los Tratados y Convenios Internacionales vigentes, el conocimiento y trámite de tales asuntos se ajustará a lo previsto en la legislación específica de cada materia” (Resaltado fuera del texto).

9 C-590-05, T-096-10, T-101-10 entre otras.

10 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).

11 Al respecto ver los antecedentes legislativos de la Ley 173 de 1994 que se encuentran en las Gacetas del Congreso: 382-93; 404-93; 419-93; 453-93; 142-94; 194-94 y 205-94.

12 GC-382-93, GC404-93, reiterada en GC142-94, GC-194-94.

13 *Ibíd.*

14 GC404-93, reiterada en GC142-94, GC-194-94

15 Gc404-93.

16 “Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

17 Artículo 1.

La presente Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

18 Artículo 44 Constitución Política.

19 Su- 195-98. En este caso la Sala Plena de esta Corporación ordenó al padre que había sustraído a su hijo de manera violenta y arbitraria del lado de su madre en el lugar de residencia habitual de entregarlo inmediatamente a la madre del menor.

20 En esta sentencia se analizó el supuesto de hecho en el cual en el marco de un proceso de divorcio el padre quien tenía la custodia de las niñas habidas en el matrimonio obstaculizaba a la madre la visita familiar.

21 El principio de celeridad fue impuesto explícitamente en la ley estatutaria de la administración de justicia, Ley 270 de 1996, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 4o. CELERIDAD Y ORALIDAD. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:>

La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de

los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Autorízase al Gobierno Nacional para que durante los próximos cuatro años incluya en el presupuesto de rentas y gastos una partida equivalente hasta el 0.5% del Producto Interno Bruto de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos, para desarrollar gradualmente la oralidad en todos los procesos judiciales que determine la ley y para la ejecución de los planes de descongestión.

22 Couture citado en Véscovi Enrique, Teoría general del proceso, editorial Temis, Bogotá, 1984, pág. 68.

23 T-747-09.

24 T-431-92.

25 C-037-96.

26 T-747-09, T-030-05,

27 Ver C-641 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

28 Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

29 Conclusiones y Recomendaciones de la Cuarta Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (22-28 de marzo de 2001) redactadas por la

Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya. Estas conclusiones y recomendaciones fueron reiteradas en la quinta reunión de la comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (30 de octubre-9 de noviembre de 2006) adoptadas por la comisión especial.

30 Promulgada el 8 de noviembre de 2006. Sin embargo, de conformidad con el artículo 216, la presente ley entró en vigencia “seis (6) meses después de su promulgación”.

31 En esta sentencia de tutela, la Sala Séptima de Revisión analizó el caso de retención de un menor por su madre en Colombia. Ante dicha situación el padre del menor inició el proceso de restitución internacional de menores ante el ICBF en virtud de Resolución No. 1399 de 1998, “Por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores”. Al conocer la Sala este caso resolvió declarar la nulidad de todo el procedimiento surtido ante el ICBF en razón a que no existía fundamento constitucional ni legal que le atribuyera a los defensores de familia la resolución de estos asuntos y consideró que se debía aplicar la cláusula de cierre para la resolución de las controversias judiciales correspondiéndole la competencia para su conocimiento a la jurisdicción ordinaria.

32 “Varios artículos del Convenio hacen referencia a ello. El artículo 11, por ejemplo, establece:

‘Las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado Contractante (sic) deberán proceder con urgencia para el regreso del niño.

Las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado Contractante deberán proceder con carácter de urgencia para el regreso del niño.

Cuando la autoridad judicial o administrativa enterada no hubiere tomado una decisión en un plazo de seis semanas a partir del inicio de los procedimientos el solicitante o la Autoridad central del Estado requerido podrá, por iniciativa propia o a solicitud de la Autoridad central

del Estado requirente, pedir una declaración sobre los motivos de esa demora. Si la respuesta fuere recibida por la Autoridad central del Estado requerido, esta Autoridad deberá transmitirla a la Autoridad central del Estado requirente o al solicitante, según sea el caso.’ (Resaltado fuera de texto). Igualmente, los artículos 12, 13, 14,16, 17, 26, 29 y 30, hacen referencia a las autoridades judiciales o administrativas encargadas de adelantar el proceso de restitución internacional.”

33 Al respecto, señaló la Corte que “las controversias jurídicas entre los asociados deben ser, en principio, resueltas por las autoridades judiciales. Esto se inspira en el criterio de división de poderes, según el cual a éstas se encomienda la tarea de decidir asuntos de naturaleza contenciosa entre los asociados, pero se enmarca también dentro de los parámetros del debido proceso, específicamente del principio del juez natural, que comprende la facultad de que los jueces sean quienes preferentemente dicten el derecho y resuelvan los conflictos dentro de la sociedad³³.”

34 En esta sentencia de tutela, la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación analizó el caso en el cual se solicitaba por medio de la acción de tutela la restitución internacional de un menor. En esta ocasión la Corte señaló que la tutela no era la vía adecuada para la resolución de este asunto e instó al Congreso de la República, al Consejo Superior de la Judicatura y al Gobierno Nacional para que a la brevedad posible se tramitara una ley que desarrollara de manera específica el contenido del Convenio.

35 No obstante que la Resolución 1399 se refiere a los jueces de familia, como se analizará más adelante, la Corte en Sentencia concluyó que quienes tiene la competencia son los jueces civiles del circuito, mientras la ley no regule de manera expresa el trámite de restitución internacional de menores.

36 Numeral 5 del artículo 435 del C.P.C.

CAPÍTULO II.

PROCESO VERBAL SUMARIO

ARTÍCULO 435. ASUNTOS QUE COMPRENDE. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 239 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:>

Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos:

PARAGRAFO 1. EN CONSIDERACION A SU NATURALEZA:

(...)

5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez previstos en la ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

37 Ley 1098 de 2006.

38 CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y REGLAS ESPECIALES.

ARTÍCULO 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN UNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia:

1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes.
2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley.
3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.
4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.

PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación

sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.

39 Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

40 Aprobada mediante Ley 12 de 1991.

41 Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

42 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su

cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

43 Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Principio 2. 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 que se atenderá será el interés superior del niño. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

44 Ver por ejemplo las sentencias T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández, en la sentencia se explicó que el concepto del interés superior del niño consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del niño desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta

evolución de su personalidad”. Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención “se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del niño y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”; sentencia T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Triviño. En la sentencia se explicó que “...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del niño y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”. Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

45 Ver Sentencia C-402 de 1995.

46 Artículos transcritos en acápite anterior.

47 Artículos transcritos en acápite anterior.

48 Esta sentencia analizó la constitucionalidad de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, y de la Ley 880 de 2004, por medio de la cual se aprueba dicho tratado.

49 En esta sentencia de tutela, la Sala Séptima de Revisión analizó el caso de retención de un menor por su madre en Colombia. Ante dicha situación el padre del menor inició el proceso de restitución internacional de menores ante el ICBF en virtud de la Resolución No. 1399 de 1998, “Por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores”. Al conocer la Sala este caso resolvió declarar la nulidad de todo el procedimiento surtido ante el ICBF en razón a que no existía fundamento constitucional ni legal que le atribuyera a los defensores de familia la resolución de estos asuntos y consideró que se debía aplicar la cláusula de cierre para la resolución de las controversias judiciales correspondiéndole la competencia para su conocimiento a la jurisdicción ordinaria.

51 Numeral 5 del artículo 435 del C.P.C.

CAPÍTULO II.

PROCESO VERBAL SUMARIO

ARTÍCULO 435. ASUNTOS QUE COMPRENDE. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 239 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:>

Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos:

PARAGRAFO 1. EN CONSIDERACION A SU NATURALEZA:

(...)

5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez previstos en la ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

52 Los antecedentes de la ley 1008 de 2006 se encuentran en las siguientes gacetas del congreso: Proyecto No. 72/2004 Cámara, 187/2005 Senado GC 394/2004; Ponencia primer debate Cámara, GC 560/2004; Ponencia segundo debate Cámara, GC 788/2004; Ponencia primer debate Senado, GC 275/2005; Debate Comisión Senado, GC 427/2005, 662/2005 p.9; Ponencia segundo debate Senado, GC 697/2005; Debate Plenaria Senado, GC 18/2006 p.7; Actas de Conciliación, GC 883/2005.

53 ARTÍCULO 1o. COMPETENCIA, PREVALENCIA NORMATIVA Y PROCEDIMIENTO. El conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios

Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa y de los Jueces de Familia y Jueces Promiscuos de Familia en su fase judicial. En los municipios donde no haya Juez de Familia o Promiscuo de Familia, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales.

El principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes.

En concordancia con las previsiones de los numerales 3, 5 y 10 del párrafo 1o del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, las autoridades judiciales señaladas en el inciso primero del presente artículo, según el caso, tramitarán los asuntos a que se refiere este artículo, mediante las reglas del proceso verbal sumario salvo en lo referente a la única instancia. En las controversias judiciales a que se refiere esta ley, que se resuelven en el marco de Tratados y Convenios Internacionales, se garantizará el principio de la doble instancia, la cual se tramitará de acuerdo con las disposiciones que la regulan para el proceso verbal de mayor y menor cuantía.

Cuando la legislación interna haya establecido competencias expresas o procedimientos específicos que permitan resolver los asuntos a que se refiere esta ley y que se ajusten a los Tratados y Convenios Internacionales vigentes, el conocimiento y trámite de tales asuntos se ajustará a lo previsto en la legislación específica de cada materia.

54 Respecto de la descripción detallada del proceso ver numerales 3.5.6 al 3.5.8 de la sentencia T-1021 de 2010.

55 Ver numeral 3.5.9 de la sentencia T-1021 de 2010.

56 T-747-09, T-190-95, T-604-95, T-502-97, entre otras,

57 T-412-00, T-891-03.

58 T-891-03.

59 T-412-00.

60 T-891-03

61 Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela T-2007-01306. Impugnada esta sentencia fue confirmada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y no fue seleccionada para revisión por esta Corporación (T- 1.817.143).

62 T-412-00.

63 A folio 304 del cuaderno 1 obra copia del referido auto que admite la demanda y el cual data de 15 de enero de 2007.

64 Se recuerda que el menor fue trasladado ilícitamente a Colombia el 20 de octubre de 2005.

65 Artículo 3° de la Convención de los derechos del niño.

66 “Artículo 9

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

67 Informe explicativo al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores por Doña Elisa Pérez Vera, en La Sustracción Internacional de niños, niñas y adolescentes, normatividad y doctrina, Revista Legislativa de la Comisión de Familia y Niñez del Congreso Nacional, Año 1, No. 1, Tegucigalpa, M.D.C. septiembre de 2007.

68 T-412-00, C-912-04.

69 Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

70 Ver supra 27.

71 Ibídem.

72 T-408-95: T-587-98.

73 T-412-00, T-357-02.

74 T-891-03

75 Impugnada esta sentencia fue confirmada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y no fue seleccionada para revisión (T-1.817.143) por esta Corporación.