

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

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Gozan también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Esta misma disposición sostiene, que los niños deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Este artículo le impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, al tiempo que establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud. La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

Las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que

rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados.”

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales

La Corte ha fijado reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares: (i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Forma parte del bloque de constitucionalidad

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Derecho de los menores a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos/CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Excepción al derecho a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño -que establece el derecho de los menores a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos-, tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Esta disposición normativa señala que el Estado deberá velar por la garantía de este derecho, el cual admite una excepción cuando, por revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Así, admite esta excepción en casos en que el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de los padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

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

Esta Corte ha precisado, de conformidad con lo advertido en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley en su trámite por el Congreso de la República, que “la expresión ‘secuestro’, que se usó para traducir al español las palabras *enlèvement* en francés y *abduction* en inglés -los dos idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya-, no tiene ninguna connotación de carácter penal sino sólo civil. Así lo indica el título mismo del Convenio cuando se refiere a los ‘aspectos civiles del secuestro’, y se desprende de toda su normatividad. La conducta que se pretende regular mediante esa expresión consiste en el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor. [...]” El Convenio pretende evitar que quien trasladó a un menor de 16 años de edad de manera ilícita en alguno de los Estados contratantes inmediatamente antes de la violación de cualquier derecho de custodia o de visita (art. 4), se beneficie de una jurisdicción ajena al lugar donde se desarrollan sus actividades diarias, desconociendo, 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.

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-Principios de interés superior del menor, celeridad y exclusividad en la materia como principios rectores que orientan su interpretación y aplicación

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Procedimiento se surte a través de fase administrativa y fase judicial

Las autoridades administrativas y judiciales de todo Estado contratante están obligadas a proceder con carácter de urgencia para efectos de asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Convenio. En este mismo sentido, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha concluido 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.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Inexistencia de un procedimiento célere para lograr la restitución de un menor cuando Colombia es el país requirente que ocasiona un déficit de protección al niño

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Situaciones que justifican la separación de los niños de su entorno familiar

Dentro de las situaciones identificadas por la jurisprudencia constitucional que ameritan la separación de los niños de su entorno familiar, al no cumplirse las exigencias básicas para asegurar su interés superior, se encuentran las siguientes: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de los niños, referido a “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia.

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Procedimiento para la restitución internacional de un menor ilícitamente trasladado o retenido por uno de los padres cuando Colombia es el país requirente

El procedimiento para lograr la restitución internacional de un menor ilícitamente trasladado o retenido por uno de los padres cuando Colombia es el país requirente consta de dos fases: administrativa y judicial. En la fase administrativa, recibida la solicitud y verificados los requisitos de procedencia, a las autoridades centrales les corresponde impulsar con carácter de urgencia el trámite y tomar medidas concretas para: (i) localizar al niño; (ii) prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes, tomando o haciendo tomar medidas provisionales; (iii) facilitar una solución amistosa para la entrega del niño; (iv) intercambiar datos relativos a la situación social del niño, si ello resulta útil; (v) proporcionar información general respecto de la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio; (vi) facilitar el inicio un procedimiento judicial o administrativo para obtener el regreso del niño y permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido; (vii) conceder o facilitar,

según sea el caso, la obtención de asistencia judicial jurídica, incluyendo la participación de un abogado; (viii) asegurar en el plano administrativo el regreso del niño sin peligro; y (ix) eliminar cualquier obstáculo en la aplicación del Convenio.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Caso en que madre separó indebidamente y trasladó a menor a otro país sin autorización del padre/INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Vulneración por cuando menor fue trasladada a otro país sin la autorización del padre

En el caso sub examine, la madre retuvo y separó indebidamente a la menor de su progenitor. Defraudando su confianza, se la llevó a Estados Unidos, para luego comunicarle al padre que no regresarían y ofrecerle la posibilidad de no perder contacto con la menor mediante un régimen de visitas desproporcionado, costoso (porque implica que el padre se traslade a otro país), y que de ninguna manera garantiza un contacto lo suficientemente asiduo y libre de interferencias que haga posible la consolidación de la relación paterno filial y familiar. Este proceder de la madre, que obró de manera unilateral, sin definición previa voluntaria ni judicial a propósito de la guarda de la menor ni sobre el régimen de visitas, es totalmente reprochable y constituye una clara vulneración del interés superior de la niña que no puede ser avalada por esta Corporación.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Orden de medidas para el restablecimiento de los derechos de la menor y su padre, afectados por la decisión de la madre de trasladarla a otro país sin el consentimiento del padre

Referencia: expediente T-3150053

Acción de tutela instaurada por Juan Pablo en nombre propio y en representación de su hija Ana Marisol contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Magistrada Ponente:

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Adriana Guillén Arango (e), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia del veintiuno (21) de junio de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad de Cali, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Juan Pablo en nombre propio y en representación de su hija Ana Marisol contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

Advertencia preliminar

En reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de los niños y las familias involucradas en el presente proceso, la Sala Primera de Revisión, decidió cambiar en esta providencia los nombres reales de la niña y sus familiares más cercanos, por nombres ficticios, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. Cuando se trate de un nombre ficticio, éste se escribirá en cursiva y no se usarán apellidos.

1. La acción de tutela

El ciudadano Juan Pablo interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por considerar que desconoció sus derechos fundamentales y los de su hija Ana Marisol, a la igualdad (art. 13, CP) y al debido proceso (art. 29, CP), al no dar estricto cumplimiento a 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”; a la Ley 1008 de 2006, “por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia”; y a la Resolución 1399 de 1998 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, “por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de La Haya referente al secuestro internacional de menores.”

El actor aduce además, la vulneración de los derechos fundamentales de su hija Ana Marisol de cuatro años de edad al libre desarrollo de la personalidad y a la propia identidad personal (art. 16, CP); a tener una familia y a no ser separada de ella (art. 44, CP); a la integridad física y psicológica (art. 44, CP), y a la aplicación de los tratados internacionales que

consagran los derechos de los niños (art. 93, CP), debido a la separación forzada a que han sido sometidos por la decisión de la madre, Enriqueta, de llevarse a la menor mediante engaños, a residir de manera definitiva en Estados Unidos.

Para fundamentar su petición expuso los hechos que a continuación se presentan.

1.1. Hechos relatados por el padre de la menor

Juan Pablo, el padre de la menor y accionante en el presente proceso, otorgó permiso de salida del país a su hija Ana Marisol de cuatro años de edad para que en compañía de su madre Enriqueta, viajara a la ciudad de Orlando (Estados Unidos) por un lapso de diez días, comprendidos entre el 1 y el 10 de junio de 2010.

El 11 de junio de 2010, Juan Pablo recibió una llamada telefónica de Enriqueta, quien le manifestó que no regresarían al país porque se le había presentado una oportunidad laboral.

El 12 de junio de 2010, el padre de Enriqueta le informó a Juan Pablo que su hija se había casado en la ciudad de Cali hacía seis meses, que había decidido radicarse en Carolina del Sur (Estados Unidos) con su nuevo esposo y que la niña viviría con ellos.

El 15 de junio de 2010, Juan Pablo recibió una carta de Enriqueta en la que le informaba sobre sus posibilidades de radicarse en Estados Unidos y le precisaba que a pesar de ello no tenía la intención de alejarlo de Ana Marisol. El texto de la carta es el siguiente:

“Te reitero que en ningún momento he pretendido aislarte, separarte o colocar una barrera entre la niña y tu, yo tengo claro que tu eres su padre y que nadie te reemplazará como tal y como siempre lo he hecho mantendré tu imagen ante [Ana Marisol] intacta, para que nada y nadie la afecte; como tu viajas con regularidad a Estados Unidos, puedes verla sin ningún problema cuando gustes.

Yo me instalé en el domicilio del señor [Carlos Jaime], quien es mi esposo, puesto que contraí matrimonio católico con él en Cali hace seis meses, resido en Carolina del Sur (Estados Unidos) en la siguiente dirección [...].

Se trata de un apartamento normal con todas sus comodidades en el [Ana Marisol] tiene su

alcoba y es una zona residencial de buen vecindario, por lo tanto las condiciones de vida son óptimas.

Te reitero que como madre que siempre he cuidado a la niña dándole las mejores condiciones, desde la maternidad hasta la fecha, procuraré mantener su estado emocional, su salud y todas sus necesidades satisfechas, sin desconocer que tu aporte emocional, afectivo y económico es igualmente importante.

El apartamento, yo tengo claro que es de la niña, para su futuro así figure a mi nombre y no he pretendido ni menos pensado que pueda disponer de él, por eso sin titubeos firmé la constitución de afectación a vivienda familiar.

De acuerdo con el concepto de abogado de mi padre, ese bien está por fuera de la sociedad conyugal que hoy tengo, porque fue adquirido antes del matrimonio y por eso espero que no te preocupes.

Te cedo la tenencia del apartamento sin limitación de tiempo, con capacidad de usufrutar de él, espero que me tengas en cuenta en cuanto a los frutos civiles se refiere. Yo saqué lo que consideré que eran mis cosas personales y dejé lo que entendí me habías prestado para amoblarlo. El carro lo vendí.

Cuando reciba esta comunicación, ya le hecho (sic) llegar a la administradora otra, en la que le hablo de la cesión de la tenencia.

Espero contar con tu comprensión.”¹

El 18 de junio de 2010, Juan Pablo presentó una denuncia penal contra Enriqueta por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad (art. 230 del Código Penal).

El 30 de junio de 2010, Juan Pablo solicitó al ICBF, Regional Valle del Cauca, por intermedio de apoderada judicial, que se citara a Enriqueta a una audiencia de conciliación con el propósito de llegar a un cuerdo para lograr el regreso de la niña a la ciudad de Cali, y que en caso que la conciliación fracasara, iniciara la demanda de restitución internacional de su hija Ana Marisol, de acuerdo con las facultades que le otorga el Convenio de La Haya, cuya aplicación en Colombia está determinada por la Ley 1008 de 2006, que fija algunas

competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de la niñez y la infancia.

El 30 de agosto de 2010, Juan Pablo se presentó en la audiencia de conciliación, a la que asistió en representación de Enriqueta, su padre y apoderado judicial, Emiliano, sin que fuera posible llegar a un acuerdo entre las partes, de manera que la audiencia fue declarada fallida por el Defensor Cuarto de Familia del ICBF.

El Defensor Cuarto de Familia, una vez fracasada la diligencia de conciliación, se abstuvo de dar trámite a la petición de Juan Pablo en relación con la iniciación de la restitución internacional de la niña Ana Marisol, razón por la cual Juan Pablo solicitó al ICBF en Bogotá como autoridad central para la aplicación de la Convención de La Haya de 1980, iniciar la respectiva acción administrativa ante el Estado donde la menor se encontraba retenida de forma ilegal (Estados Unidos), con el fin de lograr el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados.

El ICBF, a través de la Subdirectora de Adopciones, inició ante la Autoridad Central de Estados Unidos, el trámite administrativo de restitución de la menor Ana Marisol a su lugar de residencia habitual, la ciudad de Cali.

El 31 de enero de 2011, el ICBF le reenvió a Juan Pablo un correo de la Autoridad Central de Estados Unidos, por medio del cual se le presenta una lista de abogados, tanto de oficio como particulares, para que los contacte y llegue a un acuerdo con alguno que esté en capacidad de iniciar las acciones judiciales que se requieren a efectos de lograr el regreso de Ana Marisol a Colombia.

En el entretanto, la Autoridad Central de Estados Unidos requirió a Enriqueta para que se pronunciara sobre la solicitud de regreso a Colombia de la menor efectuada por el padre, ante lo cual manifestó, el 8 de noviembre de 2010, que estaba dispuesta a conciliar para que Juan Pablo pudiese visitar a su hija en Estados Unidos. Además presentó las razones que justificaban la permanencia de la niña en ese país.

Juan Pablo no pudo obtener la asesoría jurídica requerida porque tuvo dificultades con el idioma, no habla inglés, y por los costos del abogado que ascienden a la suma de US\$ 12.000 (más de 24 millones de pesos). A la fecha de interposición de la presente acción de tutela,

3 de junio de 2011, han transcurrido más de once (11) meses sin que Juan Pablo haya podido ver a su hija Ana Marisol, y el contacto entre padre e hija se ha limitado a algunas pocas comunicaciones vía internet, cuando Enriqueta lo permite y bajo los horarios y las estrictas condiciones que a través de diversos correos electrónicos le ha impuesto.

Finalmente, afirma el accionante que Enriqueta ha tomado decisiones de manera autónoma con respecto a la salud e integridad fisiológica de la niña como someterla a una cirugía, sin que su opinión haya sido tenido en cuenta y mucho menos sin haber obtenido su consentimiento.

1.2. Pretensiones del accionante

El actor solicita al juez de tutela que declare que el ICBF está vulnerando sus derechos fundamentales y los de su hija menor de edad al libre desarrollo de la personalidad y a la propia identidad personal (art. 16, CP), a tener una familia y a no ser separada de ella (art. 44, CP), a la integridad física y psicológica (art. 44, CP), y a la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños (art. 93, CP), por la omisión del cumplimiento de deber legal, y que en consecuencia, nombre un defensor de familia para que inicie la acción judicial e interponga la demanda de restitución internacional de su hija Ana Marisol, acción que deberá tramitarse ante los jueces de familia de conformidad y en cumplimiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, incorporado en la legislación colombiana por la Ley 173 de 1994,² cuya aplicación en Colombia está determinada por la Ley 1008 de 2006³ y la Resolución 1399 de 1998 del ICBF.⁴

1.3. Pruebas aportadas por el accionante

El peticionario adjuntó a su demanda de tutela, entre otras, las siguientes pruebas documentales relevantes:

- Copia del permiso de salida del país de la menor de fecha 9 de junio de 2010.⁶
- Copia de la denuncia contra la señora Enriqueta por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad interpuesta ante la Fiscalía General de la Nación por el padre de la menor.⁷

- Carta dirigida al padre de la menor de fecha 16 de junio de 2010, suscrita por la madre de la niña.⁸
- Solicitud de fecha 6 de julio de 2010 dirigida al Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para efectos de conciliar extrajudicialmente la restitución de la menor.⁹
- Copia de los correos electrónicos entre el padre de la menor y el Consulado de Colombia en Atlanta.¹⁰
- Petición de restitución internacional de la menor Ana Marisol dirigida al ICBF de fecha 15 de julio de 2010.¹¹
- Solicitud de restitución internacional de la menor Ana Marisol a Colombia, país de residencia habitual, dirigida por el ICBF a la señora Susan Payne en su calidad de Autoridad Central para la Ejecución del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de fecha 10 de agosto de 2010.¹²
- Copia de los correos electrónicos en los que constan las diligencias efectuadas por el padre de la menor con el objeto de obtener representación legal en Estados Unidos.¹³
- Copia de los correos electrónicos de la madre de la menor en los que le informa al padre sobre la cirugía realizada a la niña Ana Marisol y le recuerda los horarios para conectarse a internet y hablar con la menor.¹⁴
- Copia de las comunicaciones de fecha 8 y 9 de noviembre de 2010 dirigidas por la madre de la menor y el accionante, respectivamente, a la Autoridad Central para la Ejecución del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.¹⁵
- Copia de la cédula de ciudadanía del accionante.¹⁶

En representación del ICBF, Regional Valle del Cauca, intervino el Defensor de Familia del Centro Zonal Centro, quien dio respuesta a los hechos manifestados en la acción de tutela, en los siguientes términos:

El 2 de julio de 2010 fueron citados los señores Juan Pablo y Enriqueta para conciliar la

custodia, cuidado personal y restitución internacional de la menor Ana Marisol. La señora Enriqueta presentó excusa de no asistencia por motivos de movilidad, pues recibió la comunicación el 9 de julio en horas de la tarde y le queda imposible organiza un viaje a Colombia en tan pocos días, tanto por disponibilidad de vuelos como por costos.

El 11 de agosto de 2010, la señora Enriqueta presentó escrito ante la Defensoría Cuarta de Familia de Cali para informar que había otorgado poder a un abogado para que la representase en la diligencia de conciliación sobre la custodia y cuidado personal de la menor Ana Marisol, bajo las siguientes condiciones: “las visitas tendrán que estar acordes con las actividades diarias de la niña como es el colegio, ella ingresa al colegio el día 16 de agosto y las visitas no podrían ser en días escolares; las visitas serían en este país [Estados Unidos] y con mi presencia; en los días de visita, la hora de regreso a la casa de la niña será máximo a las 6 pm, pues una hora más tarde la niña deberá seguir su rutina de sueño; las visitas solo podrán ser en el día, dado que el padre no puede pernotar con la niña porque nunca ha pasado ni una sola noche con ella, no está en condiciones de cuidarla pues no conoce su rutina y además la niña nunca se ha separado de mi para dormir; las visitas tendrían que ser realizadas aquí en el país de su actual residencia pues dada su temprana edad no considero prudente ni necesario enviarla en un avión sola o así sea con acompañamiento de azafata pues repito la niña es muy esquiva y no soporta estar con extraños sola, sin la presencia de su madre, así que eso sería imposible a esta edad, ella no viajaría sola sin mi; además en el caso que le llegara a dar una crisis asmática yo soy la única persona que sabe manejarla.”

El 30 de agosto de 2010 se realizó la audiencia de conciliación, sin que los apoderados de los padres de la menor Ana Marisol pudieran llegar a un acuerdo sobre las visitas y restitución internacional de la niña, así que la diligencia se declara fallida. En esta oportunidad, la apoderada del padre de la menor anunció que presentaría la demanda de restitución internacional ante el ICBF en Bogotá.

Por último, concluye que el ICBF Regional Valle del Cauca no ha vulnerado derecho fundamental alguno, ni ha omitido el cumplimiento de sus deberes legales, toda vez que fracasada la conciliación dio trámite a la solicitud de restitución internacional de la menor Ana Marisol ante el ICBF en Bogotá, por lo que no puede pretenderse que por vía de la acción de tutela se designe un defensor de familia para que inicie acción judicial e impetre la

demanda de restitución pues el ejercicio de este tipo de acción no corresponde al ámbito de sus competencias.

1.5. Intervención del Ministerio Público

La Procuradora Octava Judicial de Infancia, Adolescencia y Familia de Cali intervino en su calidad de agente del Ministerio Público, en cumplimiento del deber constitucional y legal de velar por la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Después de realizar un recuento de los hechos que fundamentan la acción de tutela interpuesta por el padre de la menor Ana Marisol, señala que el ICBF Nivel Nacional como autoridad central inició el proceso de restitución internacional de la menor, trámite que no se pudo continuar debido a que no ha sido posible proveer de abogado al accionante para adelantar el procedimiento que corresponde ante una Corte de Estados Unidos, puesto que éste país formuló reserva al Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 en los términos del artículo 26, cuyo texto dispone:

“Cada Autoridad Central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente Convenio.

Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir gasto alguno de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de un abogado o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por un sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico.

Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas

podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.”

2. Decisión de primera instancia

El proceso de tutela correspondió en primera instancia al Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad de Cali, el cual mediante fallo del 21 de junio de 2011, negó el amparo de los derechos invocados por el actor.

El Juzgado, después de referirse al fundamento constitucional de los derechos de la infancia y la adolescencia, de explicar el trámite de restitución internacional de menores, de enunciar las hipótesis exceptivas del deber de restitución, de referirse a las autoridades competentes para adelantarlos, y de explicar los fundamentos constitucionales de los derechos a la igualdad (art 13, CP) y al debido proceso (art. 29, CP) encuentra que ha quedado acreditado en el transcurso del proceso de tutela, que en los trámites adelantados por la entidad accionada tanto en la Regional Valle del Cauca como en la Entidad Central, Subdirección de Adopciones de la sede nacional del ICBF, no se ha vulnerado derecho fundamental alguno por cuanto han dado estricto cumplimiento a lo establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, incorporado a la legislación colombiana mediante la Ley 173 de 1994, cuya aplicación está determinada por la Ley 1008 de 2006.

Respecto a lo pretendido por el accionante en el sentido que el ICBF Regional Valle del Cauca designe un defensor de familia para que inicie la acción judicial, el Juzgado precisa que no es procedente tal solicitud, porque la menor se encuentra radicada con su madre en Estados Unidos; obra en la documentación aportada que al accionante se le ha puesto en conocimiento de toda las actuaciones realizadas; y están a la espera que el padre de la menor contrate los servicios de un abogado para que lo represente en los trámites judiciales ante ese país, de manera que la intervención se está adelantando como corresponde, resultando infundada la pretensión del actor.

La decisión de instancia no fue impugnada.

3. Vinculación y pruebas ordenadas por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional

Mediante Auto del 24 de noviembre de 2011, la Sala Primera de Revisión ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional vincular a la madre de la menor al proceso de la referencia a través del Consulado de Colombia en Atlanta (Georgia). Además en dicho Auto se solicitaron una serie de pruebas a la Fiscalía General de la Nación, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al padre de la menor.

3.1. Cuestionario formulado a la madre de la menor

La Sala de Revisión en el auto mencionado dispuso poner en conocimiento de Enriqueta el contenido del expediente de tutela T-3150053, para que se pronunciara sobre las circunstancias y razones que la llevaron a separar a la menor Ana Marisol de su padre y diera respuesta a las preguntas formuladas por la Sala.

(i) ¿Cuándo decidió radicarse en los Estados Unidos y por qué motivos?

“Decidí radicarme en los Estados Unidos en Junio de 2010 cuando vine de vacaciones con mi hija. Tomé la decisión de radicarme debido al estado de salud de la niña. Solo 15 días antes de nuestro viaje vacacional, exactamente el 14 de mayo, la niña entró por urgencias a la clínica Sebastián de Belalcázar, fue una de sus peores recaídas con una tos que le duró por más de 9 horas sin parar, la tos era el síntoma más constante y complicado, de difícil manejo debido al asma. [Ana Marisol] pasó la noche en urgencias, canalizada y tomándole radiografías de tórax donde se le encontraron sus bronquios inflamados.

Cuando llegamos a Estados Unidos durante los primeros días de vacaciones la niña estuvo calmada de sus síntomas, sin embargo antes de terminar el periodo vacacional de 10 días la niña empezó a toser de nuevo; angustiada y con la seguridad de que la toxicidad de la nicotina que el padre representaba para ella era uno de los motivos por los que ella no mejoraba a pesar del tratamiento, decidí quedarme, con el sólo ánimo de mantenerla en un ambiente sano y descontaminado.”

A continuación aclara que si bien se había casado unos meses antes del viaje, su intención era radicarse en Estados Unidos un año después, una vez llegara a un acuerdo con el padre

de la menor, y que fue el estado de salud de la niña lo que la hizo tomar la decisión unilateral de quedarse, pues sabía que el acuerdo con él iba a ser difícil y mientras se lograba la salud de la menor iba a seguir empeorando porque el papá siempre que se reunía con ella fumaba sin las precauciones debidas. El hecho de que saliera a fumar al patio y regresara inmediatamente a tener contacto con la niña no era suficiente porque la nicotina persiste en la ropa, paredes y piel, tal como le informó el médico neumólogo al padre cuando le fue diagnosticada el asma alérgica.

(ii) ¿Cuál es su estatus de permanencia en Estados Unidos?

“Mi estatus y el de la niña es de residentes permanentes, contamos con la tarjeta de residencia (Green Card) que nos hace merecedoras a todos los derechos del ciudadano aquí en este país, excepto votar. Debo agregar que estoy casada con el señor [Carlos Jaime] que tiene la doble ciudadanía, pues vive en este país desde hace 15 años y trabaja en [una empresa] proveedora de la empresa de automóviles BMW.”

(iii) ¿De dónde provienen los recursos económicos que le permiten sostener a su hija?

“Los recursos económicos provienen del trabajo de mi esposo y de mi trabajo. Yo trabajo como tutora de niños entre edades 5 a 7 años en un programa del gobierno federal llamado No Child Left Behind. Entre el trabajo de mi esposo y el mío se generan unos ingresos aproximados de tres mil quinientos dólares mensuales.”

A continuación agrega que el padre de la niña no aporta nada para su sostenimiento desde junio de 2010, y que en Colombia sólo contribuía con la cantidad que él consideraba cuando le parecía. Se limitaba a pagar el jardín infantil, y en ocasiones ropa, nunca alimentación ni recreación.

Señala que ella es contadora pública, trabaja desde temprana edad y que antes de su salida del país estaba vinculada como revisora fiscal de una firma de auditores de la ciudad de Cali, de manera que no es cierto que ella o la niña dependían en un 90% de los recursos del padre, quien además, no pagaba el sostenimiento del apartamento, ni la administración, ni los servicios públicos, gastos que eran asumidos por ella.

(iv) ¿Cuenta con visa para trabajar en Estados Unidos?

“Como lo dije antes mi condición en este país es de residente permanente (Green Card). Esa condición me permite trabajar en cualquier empresa.”

(v) ¿Cuáles son las condiciones de vida de la menor? Indicar para dar respuesta a esta pregunta en qué condiciones vive, quiénes componen su núcleo familiar, nombre de la institución educativa en la que se encuentra matriculada y grado que esté cursando, estado de salud de la menor, tratamientos que en la actualidad esté recibiendo. Hacer referencia expresa al servicio de salud o seguro médico que ampara a la menor.

“Ana Marisol vive conmigo y con mi esposo en un apartamento ubicado en una zona respetable en el centro de la ciudad de Greenville South Carolina. La relación de ella con mi esposo es excelente toda vez que se conocen desde hace tres años, se quieren y respetan mutuamente. Su núcleo familiar está conformado por mi esposo y yo, somos una familia donde ella es querida, respetada y custodiada. La niña se encuentra cursando su kindergarden en la ACADEMY OF LANGUAGES BLYTHE, cabe anotar que esta es una escuela con educación especial adscrita al Departamento de Educación de Estados Unidos y está dentro de la categoría de MAGNET ACADEMY lo que significa que tiene un valor agregado que el resto de escuelas no brinda, y este es el de hacer énfasis en los idiomas. La niña tuvo que presentar un examen de admisión para ser aceptada y dado a sus capacidades calificó. La niña se encuentra en inmersión en el idioma francés, al finalizar sus estudios escolares los niños graduados en esa escuela se comunican y hablan perfecto el idioma francés como un parlante nativo de Francia, sus profesores son traídos directamente de Francia. En este momento la niña habla español, inglés y francés. El español se lo enseñó yo en casa y en este momento ya lo lee y lo escribe en la medida de sus capacidades.

El estado de salud de Ana Marisol en este momento es el mejor, ella dejó de tomar pastillas para el asma y dejó de usar los inhaladores 4 meses después de llegar a este país, al principio seguía con sus síntomas pero los médicos atribuían eso a que sus bronquios aún se encontraban inflamados, pero luego de 4 meses todo fue desapareciendo gradualmente y no fue necesario usar más medicación, pero siempre bajo seguimiento médico. Sin embargo, ella sigue siendo una niña alérgica lo que significa que tiene que continuar viviendo en un ambiente sano y limpio para poder asegurarle su buen estado de salud. No está en ningún tratamiento médico en este momento porque no es necesario, sólo toma ZYRTEC cuando se resfría el cual fue recetado por su médico para controlarle su alergia.

La niña está vinculada al seguro médico familiar de la empresa en la que trabaja mi esposo, el cual hace parte de los mejores proveedores de salud en este estado, pues la empresa con la que él trabaja es una empresa grande en este estado que brinda beneficios para sus empleados, mi esposo paga \$70 dólares semanales por ese seguro porque sabemos que es importante teniendo niños pequeños. El seguro se llama SUPERMED PPO NGS CORE SOURCE y tiene el servicio de medicina general, pediátrica, odontológica y psicológica.”

(vi) ¿De qué manera garantiza el contacto de la menor con su padre?

“Desde el momento en que decidí quedarme llamé al papá de la niña a informarle mi decisión pero una vez él se enteró se enfadó y me dijo que nunca más quería hablar conmigo.

Entendí su enfado en ese momento pues sabía que no era la manera de enterarse así que debido a que él no quiso volver a tener contacto conmigo en ese momento yo le solicité a [mis padres] que le explicaran mi decisión. A través de ellos le envié una carta dándole la dirección [...] donde me encontraba con la niña. Mis padres hablaron personalmente con él.

Hasta el 13 de septiembre de 2011 teníamos el número telefónico de casa [...] desde el cual yo llamaba para que la niña hablara con él. Al principio él la llamaba con cierta regularidad, una vez cada 10 días. Después la intensidad de llamadas de parte de él empezó a mermar hasta llegar a una vez al mes, así que yo decidí abrir un correo electrónico a nombre de la niña para por ahí enviarle fotos y noticias de la niña ya que él no quería hablar conmigo telefónicamente, cada que él llamaba al apartamento y yo intentaba hablarle, me callaba o colgaba el teléfono diciéndome que no quería hablar conmigo. A través del correo electrónico no solo le envió noticias de la niña sino también le propicio las video llamadas. Las video llamadas ocurrieron como en tres ocasiones, pero ya luego él no volvió a aparecer ni telefónicamente a partir del 4 de agosto, que era el cumpleaños de la niña y ni siquiera la llamó.

Yo le he enviado reiterados mensajes diciéndole que no se aleje de la niña, que la llame, le recuerdo los teléfonos números [...] a los que puede llamarla, pero él no lo hace, presumo que es una estrategia para decir que no le permito hablar con ella, lo cual es completamente falso.”

(vii) ¿Cada cuánto tiene planeado venir a Colombia con la menor?

“Lo ideal hubiera sido haber estado en Colombia en diciembre pasado porque se la importancia de que la niña tenga el contacto directo con su padre porque yo nunca he perdido contacto con mi padre y además porque me hace falta mi familia, pero ante todos esos problemas he pensado en que una vez me encuentre organizada en los aspectos más importantes que implican moverse de país, pienso viajar regularmente, al menos una vez por año. En este momento la niña está ubicada en un buen colegio y así mismo yo me encuentro haciendo estudios superiores en la Universidad de South Carolina en Bussiness Administration matriculada como estudiante de tiempo completo así que los viajes tendrían que coordinar con vacaciones estudiantiles.”

(viii) ¿Por qué razón no ha podido conciliar un régimen de visitas con el padre de la menor?

“Porque él no ha querido aceptar ninguna de las fórmulas propuestas. A través de mi padre [...] inicialmente se le propuso que conciliáramos el régimen de visitas proponiéndole que él podía ver la niña en la dirección donde vivo toda vez que él tiene visa de turista y tiene los medios económicos suficientes para visitarla, como lo ha hecho con el hijo mayor [...] quien vive aquí en Nueva York y a quien visitó a comienzos del 2010.

En agosto de 2010 atendí una convocatoria de la defensoría cuarta de familia de Cali, representada por mi padre [...] quien es abogado. Le envié una propuesta de conciliación en la que le indicaba nuevamente mi disponibilidad para que mantuviera una comunicación telefónica con la niña y que podía venir a ver a la niña además de que cuando yo pudiera viajaría con la niña para que él la viera en Colombia pero su respuesta siempre fue que no aceptaba nada distinto a que yo estuviera presente en Colombia con la niña. La audiencia de agosto fue inicialmente aplazada y se reanudó en septiembre pero el señor [Juan Pablo] rechazó la propuesta hecha por mí.

En octubre de 2010 a través de mi padre [...] propuse otra fórmula para regular las visitas y establecer la cuota de alimentos; no aceptó el régimen de visitas, no aceptó pagar alimentos. La defensora de familia de la defensoría nororiental de Cali fijó en 128.000 la cuota provisional y hasta hoy no la ha pagado, pese a que lo demandé en el juzgado octavo de familia de Cali, quien reguló la cuota en la suma de 534.000 y tampoco ha querido pagarla.”

(ix) Si obtuvo permiso del padre de la menor para radicarse con ella en el exterior? En caso positivo deberá adjuntar copia del mismo, en caso negativo explicar la razón por la cual no le solicitó al señor Alberto Parra Martínez el permiso relacionado.

“Lo obtuve para viajar con la niña por 10 días más no para radicarme. Yo pensaba radicarme en el 2011 y esperaba hablar con él para acordar el permiso para radicarme pero estando acá decidí quedarme porque yo sabía que alejando a la niña de la nicotina se podría curar como en efecto ha ocurrido.

Me arriesgué pensando en la salud de la niña y también consideré el hecho de que él siempre me repetía que yo nunca tendría derecho a casarme u organizarme con otra persona y que si lo hacía perdería a la niña, así que se habría tenido que hacerlo por medios judiciales y mientras eso pasaba la niña iría empeorando su calidad de vida, por eso en Junio de 2010 en vista del estado de salud de la niña decidí quedarme.

La niña estaba siendo tratada por un neumólogo respetable de Cali y a pesar de estar en tratamiento con una medicina costosa y por un respetable médico, la niña no mejoraba porque su entorno seguía siendo el mismo. Radicarme en Estados Unidos sin permiso del papá no ha sido la manera más ortodoxa, pero fue la más efectiva para la salud de mi hija pues ahora se encuentra sana y no está condenada a usar inhaladores de los que dependía para poder estar tan solo controlada, pues no puedo decir que eso es calidad de vida, mi hija ahora es una niña sana que corre, juega y se divierte como todo niño, y lo que es más importante sus pulmones se están desarrollando de manera normal y sana.”

Finalmente, la madre de la menor en relación con la conducta del padre, realizó los siguientes señalamientos:

(a) Cuando quedó embarazada quería que abortara y nunca convivió con ellas.

(b) No ha querido aportar la cuota alimentaria.

(c) No es el padre amoroso, cuidadoso y responsable que dice ser en sus declaraciones, si bien reconoció a la niña como su hija, su presencia en la vida de ella “fue casi nula”, pues hasta los dos años y medio pasaba a verla cada quince o veinte días por espacios de una o dos horas, después quiso llevarla de paseo sola pero la niña no quiso porque no le tenía

confianza, entonces empezó a frecuentarla un poco más, a recogerla en el colegio esporádicamente y a partir de ese momento la niña empezó con su cuadro asmático.

(d) Como prueba de que fumaba incesantemente delante de la niña, adjunta carta de la administradora del edificio en el cual vivían, pues el padre de la menor cuando la visitaba arrojaba las colillas por la ventana al patio del apartamento de la administradora del edificio.

(e) El apartamento en que vivieron hasta cuando la niña cumplió un año de edad, lo pagaba con sus ingresos. Posteriormente, el padre compró un apartamento avaluado en doscientos treinta millones de pesos (\$230.000.000) para que ellas vivieran, lo colocó a nombre de Enriqueta y empezó a realizar aportes ocasionales para el sostenimiento de la niña. Sin embargo, aduce que el objetivo de la compra no fue crear un patrimonio para la menor, sino poder controlarla y manipularla, como en efecto lo hacía al ingresar al apartamento a altas horas de la madrugada cuando se encontraban dormidas para verificar que no hubiese alguien más, o haciéndola vigilar por los celadores del edificio.

(f) El vehículo que tenían fue comprado con recursos propios, no fue regalo del padre de la niña.

(g) Juan Pablo quiere que regresen a Colombia para que le transfiera el dominio del apartamento y no para ver a su hija. En la actualidad lo está usufructuando sin aportar los alimentos que debe a la menor.

(h) La niña por su condición alérgica y su antecedente de asma requiere cuidados especiales que el papá no puede brindarle, incluso, no es un padre responsable, pues solía fumar en el mismo recinto donde se encontraba la menor y no seguía las instrucciones del médico como tomar un baño y cambiarse de ropa antes de entrar en contacto con la niña, cuidado que se requiere porque la nicotina persiste en la ropa y en la piel del fumador.

(i) Juan Pablo nunca ha pasado una sola noche con la niña y el tiempo que la menor ha compartido con la familia paterna es muy escaso. Además, tiene hábitos inadecuados para un niño, puesto que trabaja hasta altas horas de la madrugada.

(j) Juan Pablo tiene otro hijo al que nunca crió porque vive en Estados Unidos con su mamá

desde los ocho años de edad, y cuando vivió en Colombia, permaneció bajo los cuidados de la abuela paterna.

Para que obren en el proceso, la señora Enriqueta anexó el siguiente material probatorio:

(a) Copia del último control médico de la menor realizado en Colombia de fecha 14 de mayo de 2010 y de la historia médica con ocasión del ingreso a la Clínica Colsanitas de la menor el día 14 de mayo de 2010, con fecha de egreso el día 15 de mayo de 2010.¹⁷

(b) Certificado médico de la Clínica Versalles.¹⁸

(c) Certificado médico del doctor José Joaquín Lambis.¹⁹

(d) Carta de la administradora del edificio El Edén de fecha julio 16 de 2009.²⁰

(e) Cuatro correos electrónicos enviados por Enriqueta al padre de la menor, en los que le da a conocer los teléfonos de contacto con su hija.²¹

(f) Copia del carné de seguro médico a nombre del esposo de la señora Enriqueta.²²

(g) Reporte del progreso de la niña en el colegio Blythe Academy 2011-2012.²³

(h) Tres hojas de registro de su línea telefónica donde constan las llamadas que efectuó al padre de la menor entre julio 5 de 2010 y julio 18 de 2011, periodo en el cual se efectuaron cincuenta llamadas.²⁴

(i) Copia de la solicitud de dar inicio al proceso de regulación de alimentos radicada ante el Juzgado Octavo de Familia de Cali, el 13 de diciembre de 2011.²⁵

3.2. Fiscalía General de la Nación

Se solicitó al Director Nacional de Fiscalías de la Fiscalía General de la Nación, suministrar con destino al proceso de la referencia información sobre el estado actual de la denuncia formulada por el señor Juan Pablo contra la señora Enriqueta por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad (art. 230 CP, modificado por el art. 7 de la Ley 890 de 2004), el pasado 18 de junio de 2010 en la URI Centro de la ciudad de Cali, Valle del Cauca.

Respuesta de la Fiscalía General de la Nación

El Director Nacional de Fiscalías de Cali mediante comunicación enviada al Despacho de la Magistrada Sustanciadora el 17 de enero de 2012, certificó que la denuncia instaurada el 18 de junio de 2010 por el señor Juan Pablo contra la señora Enriqueta por el presunto delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, correspondió por reparto a la Fiscalía 91 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, bajo partida 760016000193201013918, se encuentra a despacho para adoptar decisión.

3.3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF

Se solicitó a la Subdirectora de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar suministrar con destino al proceso de la referencia, copia del expediente de restitución internacional de la menor Ana Marisol. Además, certificar en quién reside la custodia y cuidado personal de la niña.

Respuesta del ICBF

La Delegada de la Dirección General del ICBF como Autoridad Central Colombiana para la aplicación de convenios internacionales, entre otros, del Convenio de La Haya de 1980, “Sobre aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, dio respuesta al requerimiento de la Sala de Revisión enviando la información solicitada. Además, se pronunció sobre el procedimiento adelantado como Autoridad Central, en el asunto de la referencia para señalar que el ICBF ha obrado de conformidad con sus competencias constitucionales y legales. Al respecto sostuvo:

(i) “Dentro de la solicitud de restitución no aparece constancia de haberse deferido la custodia a favor de ninguno de los progenitores, el padre refiere que tenían custodia compartida, sin embargo la misma de hecho era ejercida por la madre y el padre la visitaba regularmente en la ciudad de Cali, donde la niña tenía su residencia habitual, lo anterior conforme a los hechos descritos por el aplicante, señor [Juan Pablo] en la solicitud de regreso [...].”

(ii) En este caso no aplican los artículos 112, 119 y 137 del Código de la Infancia y la Adolescencia por cuanto los mismos hacen referencia a una hipótesis distinta, cuando

Colombia es el país requerido, caso en el cual el Defensor de Familia en fase administrativa procura conforme al artículo 112, el retorno voluntario del niño, niña o adolescente y procederá a decretar las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar a favor del niño, niña o adolescente; si no hay acuerdo de retorno voluntario conforme al artículo 137 presenta la solicitud ante el juez de familia o promiscuo de familia, como este no es el caso, el defensor de familia no podría iniciar un proceso de restablecimiento de derechos ni presentar petición al juez colombiano solicitando la restitución de la niña, por cuanto ésta es competencia de la Corte en los Estados Unidos.

(iii) Cuando Colombia es el país requirente, como ocurre en el presente asunto, los pasos a seguir son los siguientes:

a) La solicitud de restitución fue presentada directamente por el señor Juan Pablo ante la Autoridad Central el 21 de julio de 2010, y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos del Convenio, fue remitida a la Autoridad Central de los Estados Unidos (Departamento de Estado), con quien “mantenemos comunicación vía correo electrónico, medio más expedito y autorizado por el Convenio; la Autoridad Central de USA, nos informa sobre la recepción del caso, el cual aplicó y luego envió para que el padre interesado respondiera unos interrogantes [...] el 23 de agosto de 2010, entre ellos su autorización para enviar una comunicación a la madre requiriéndole el retorno voluntario de la niña a Colombia (artículo 7° literal C. del Convenio), copia de la custodia si existiere y legislación colombiana sobre patria potestad (custodia).”

b) Una vez cumplido lo anterior, “proceden a remitir lista de abogados “Pro-bono” o “gratuita” y de “tarifa reducida”, esto de acuerdo a un estudio económico que ellos realizan de la información que ha enviado el padre –demandante de sus ingresos anuales. Lo anterior teniendo en cuenta que en Estados Unidos no existe la obligación contenida en el artículo 26 del Convenio que establece que los países parte del tratado estamos en la obligación de no imponer cantidad alguna para el nombramiento de abogado o asesor jurídico que presente el caso ante los jueces o las cortes, por lo que se debe designar por el país abogados que no cobren (en nuestro caso abogado de oficio o de la Defensoría del Pueblo) que representen a los solicitantes; los Estados Unidos formularon reserva respecto de dicho artículo (Artículo 42 del Convenio), no obstante en reuniones de Agenda binacional con dicho país con la Embajada Americana, nuestra Cancillería, y esta Autoridad Central hemos alcanzado

acuerdos para que los Estados Unidos presten al apoyo de abogados mediante la consecución de listas de profesionales para que los aplicantes, en este caso Colombianos los contacten y acuerden como se les va a prestar el apoyo y cuanto les van a cobrar, según sea el caso.”

c) En el caso de la niña Ana Marisol, la Autoridad Central preguntó si antes de enviar la lista de abogados, el padre estaba dispuesto a llegar a un acuerdo con la madre, a lo que el señor Juan Pablo respondió que no tenía mayor contacto con la madre de la menor y que ella sólo accedía a que pudiera ver a la niña por unas horas en los Estados Unidos y en compañía de ella, lo que no consideraba justo y por esa razón no insistía en el acuerdo. Luego la madre envió una propuesta de acuerdo de visitas que el padre no aceptó, insistiendo en el retorno de su hija a Colombia. La Autoridad Central de Estados Unidos procedió entonces en enero de 2011 a remitir al padre de la niña la lista de abogados, con los cuales no fue posible llegar a ningún acuerdo. El padre de la menor señaló que se habían presentado dificultades en la comunicación, luego procedió a abandonar el caso y a presentar una acción de tutela en la ciudad de Cali.

d) En agosto de 2011, el padre de la menor informa al ICBF que logró contactar a la asistente del abogado de apellido Kern, quien le propuso visitas provisionales de dos horas semanales en presencia de una funcionaria de la Corte, a lo que el padre no accedió por cuanto su solicitud era el regreso de la niña a Colombia y no un régimen de visitas.

e) La Autoridad Central de Colombia continuó requiriendo al padre y a la Autoridad Central de Estados Unidos sobre los avances del caso. El interesado manifestó que se encontraba esperando a que se resolviera la tutela objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional. A su vez, la Autoridad Central de Estados Unidos informó que el abogado Kern no tomaría el caso por cuanto no volvió a tener comunicación con el solicitante en meses. El 12 de octubre de 2011 le fue enviada al padre de la niña una lista con dos nuevos abogados, se le ha oficiado y llamado por teléfono, pero no contesta.²⁶

3.4. Padre de la menor

Mediante comunicación escrita recibida por el Despacho de la Magistrada Sustanciadora el 17 de enero de 2012,²⁷ Juan Pablo presentó la información y dio respuesta a las preguntas formuladas por la Sala Primera de Revisión en los términos que a continuación se presentan:

(i) Aportar copia de la sentencia o del acuerdo suscrito entre los padres acerca de la custodia de la niña Sara Isabel Parra Hurtado.

En relación con la custodia de la niña, el padre aporta copia del Auto 5075 del 28 de septiembre de 2010, por medio del cual, la Defensora de Familia del ICBF, Regional Valle del Centro Zonal Nororiental de Cali, avocó conocimiento y competencia y declaró abierta la investigación de vulneración y restablecimiento de derechos a favor de la menor Ana Marisol, con el objeto de fijar la cuota alimentaria, custodia y cuidado personal.²⁸

Igualmente, anexa copia de la constancia suscrita por la Defensora Cuarta de Familia por la cual se declara fracasado el intento de conciliación entre la madre, representada por apoderado, y el padre de la menor, con el objeto de fijar cuota alimentaria, custodia y cuidado personal.²⁹

En esta diligencia, el apoderado de la señora Enriqueta solicita, de acuerdo con escrito enviado por ella para que obrara a esa diligencia, cuota alimentaria para la menor por la suma de un millón setecientos mil pesos (\$1.700.000) mensuales, que son el producido mensual del apartamento 502 ubicado en la Avenida 5C Norte No. 23-DN-56 Barrio Versalles de la ciudad de Cali y la custodia y cuidado personal de la niña.

El padre de la menor, por su parte, manifiesta no estar de acuerdo con la solicitud expresada a través de apoderado por la señora Enriqueta en cuanto a la cuota alimentaria, y señala que no está dispuesto a efectuar “ningún ofrecimiento voluntario” respecto de la misma.³⁰

En relación con la custodia, la Defensora Cuarta de Familia certifica que no se definió debido a que el padre de la menor aportó copia de la denuncia penal instaurada en junio 18 de 2010 en la Fiscalía General de la Nación por el delito de ejercicio arbitrario de custodia contra la señora Enriqueta, y solicitó ante la Dirección Nacional del ICBF, el 15 de julio de 2010, la restitución internacional de la menor Ana Marisol.³¹

La Defensora Cuarta de Familia concluye declarando fracasado el intento de conciliación ante la inexistencia de ánimo conciliatorio entre los padres de la menor y deja así agotado el trámite administrativo como requisito de procedibilidad para que las partes recurran a la

jurisdicción de familia para hacer valer sus derechos.

Por último, el padre de la niña aporta copia de la Resolución No. 1210-2010 del 28 de septiembre de 2010, “por medio de la cual se declara la vulnerabilidad de derechos de la niña (o) [Ana Marisol]”, debido a que la menor a pesar que “ha estado bajo el cuidado de la madre”, necesita estar en permanente comunicación con su padre el señor Juan Pablo. A continuación fija de manera provisional una cuota alimentaria de ciento veintiocho mil pesos (\$128.000) mensuales, y concluye declarando fracasada la diligencia de conciliación.

(ii) Suministrar declaración jurada ante notario de ingresos y bienes.

El padre de la menor remitió el acta de declaración extraproceso 405019 de fecha 05 de diciembre de 2011 rendida ante el Notario Trece del Círculo de Cali, en la que consta como actividad profesional u oficio, comerciante independiente, y como estado civil, separado, y además declara ser propietario de un lote de terreno con una extensión de 348 metros, ubicado en la urbanización los Cristales, el cual se encuentra actualmente embargado; y de un apartamento ubicado en la Avenida 5C Norte No. 23 BN-53 (apto. 502), afectado a vivienda familiar. Además, afirma que sus ingresos mensuales oscilan entre un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000) y dos millones de pesos (\$2.000.000), aproximadamente, por concepto de compra y venta de medicamentos de consumo masivo como aspirina-acetaminofén, dolex, listerine, entre otros.³²

(iii) ¿Tiene visa vigente para viajar a Estados Unidos?

Anexa copia de la visa a Estados Unidos con fecha de vencimiento 26 de agosto de 2012.³³

(iv) Explicar las razones por las cuales no ha podido llegar a un acuerdo sobre el régimen de visitas con la madre de su hija.

El padre de la niña responde: “El día 30 de junio de 2010, hice Solicitud de Conciliación ante el ICBF, sobre Restitución y Regulación de visitas de la menor [Ana Marisol]. La cual fracasó. Y durante el tiempo que ha pasado 18 meses, desde que la madre [Enriqueta] se llevó a mi hija, no ha sido posible ponerse de acuerdo sobre las visitas que yo le haría a la niña a Estados Unidos, porque la madre [Enriqueta] mediante correos electrónicos, me manifiesta que solo me deja ver la niña durante una hora a la semana en su presencia, y no encuentro

razonable desplazarme a ese país para solo ver una hora a mi hija sin poder compartir con ella más tiempo y con las condiciones de su madre.”³⁴

(v) Señalar si ha adelantado proceso de pérdida de la patria potestad y custodia contra la señora [Enriqueta] o cualquier otra demanda, y en caso afirmativo, el estado actual del proceso.

Manifiesta no haber adelantado ningún proceso judicial, ni haber sido notificado a la fecha de demanda alguna que adelante la madre de la niña por estos derechos, salvo la demanda de regulación de alimentos que la madre de la menor, inició en su contra, respecto de la cual ya se profirió sentencia.³⁵

Además, informa haber instaurado denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad,³⁶ investigación que se encuentra en estado de indagación, según constancia anexa expedida por la Fiscalía Seccional Noventa y Uno (91) adscrita a la Unidad Seccional de Libertad Individual y Otras Garantías Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Ciudad de Cali, Valle del Cauca, de fecha 5 de diciembre de 2011.³⁷

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo mencionado, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico por resolver

El accionante pretende que se amparen transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable sus derechos fundamentales y los de su hija de cuatro años de edad Ana Marisol, a la igualdad (art. 13, CP), al debido proceso (art. 29, CP), al libre desarrollo de la personalidad y a la propia identidad personal (art. 16, CP), a tener una familia y a no ser separada de ella (art. 44, CP), a la integridad física y psicológica (art. 44, CP), a la educación (art. 44, CP), y la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños (art. 93, CP), debido a la separación forzada a que han sido sometidos por la

decisión de la madre, Enriqueta, de llevarse a la niña a residir de manera definitiva en Estados Unidos, obteniendo su permiso mediante engaños, sin que el ICBF haya dado estricto cumplimiento a 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”, a la Ley 1008 de 2006, “por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia”, y a la Resolución 1399 de 1998 del ICBF, “por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de La Haya referente al secuestro internacional de menores.” El actor, en estricto sentido considera que el ICBF en su accionar ha omitido el cumplimiento de deber legal, que consiste en nombrar un defensor de familia para que inicie la acción judicial.

El ICBF sostiene que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, ni ha omitido el cumplimiento de sus deberes legales, toda vez que fracasada la conciliación entre los padres de la menor, se dio trámite a la solicitud de restitución internacional de la niña Ana Marisol. Además, señala que las normas citadas por el actor para fundamentar el incumplimiento de un deber legal por parte de esa entidad, no son aplicables porque hacen referencia a una hipótesis distinta, cuando Colombia es el país requerido por encontrarse en su territorio un menor de edad retenido ilícitamente, y no como ocurre en el presente caso, en el que Colombia es el país requirente del regreso al país de una menor de edad que permanece ilícitamente en territorio extranjero, caso en el cual, la ausencia de acuerdo sobre el retorno voluntario de la menor, no habilita al juez de familia o al defensor de familia para iniciar el proceso de restablecimiento de derechos, ni presentar petición a juez colombiano solicitando la restitución de la niña.

El juez de tutela denegó el amparo al considerar que no ha desconocido ningún derecho fundamental en la actuación adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tanto en la Regional Valle del Cauca como en la Dirección Central, puesto que ha dado estricto cumplimiento a lo establecido en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, incorporado en la legislación colombiana mediante la Ley 173 de 1994, cuya aplicación está determinada por la Ley 1008 de 2006. Precisó, además, que el ICBF ha puesto en conocimiento del actor todas las actuaciones realizadas y está a la espera que contrate los servicios de un abogado para que lo represente en los trámites judiciales ante Estados Unidos, de manera que la intervención se está

adelantando como corresponde, resultando infundada la pretensión del actor.

La Corte encuentra, tal y como lo advierte el ICBF, que el actor confunde las normas y procedimientos aplicables a dos hipótesis distintas en el procedimiento de restitución internacional de menores: (i) cuando Colombia es el país requirente y (ii) cuando Colombia es el país requerido, situación que lo llevó, a solicitar una pretensión que no se aplica en su caso concreto.

En efecto, la Resolución 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”, como su título lo indica, regula exclusivamente el procedimiento interno para la restitución internacional de menores en aquellos casos en que Colombia es el Estado requerido, y con esa finalidad establece en su artículo 7, que corresponderá al Defensor de Familia comisionado para dar cumplimiento a las obligaciones de que trata el Convenio, entre otras, la de realizar las gestiones necesarias para obtener la restitución del menor por vía judicial cuando no se obtuviere en forma voluntaria,³⁸ disposición que no resulta aplicable a la hipótesis en que Colombia es el país requirente, entre otras razones, porque una regulación de esa naturaleza compete efectuarla al país requerido de conformidad con su legislación interna.

A pesar que el actor ha recurrido al amparo tutelar invocando normatividad que no es aplicable a la situación de retención a que ha sido sometida su hija Ana Marisol, de cuya falta de aplicación deriva según él, la violación por parte del ICBF de los derechos fundamentales invocados, la Sala encuentra que el problema jurídico a resolver en el presente caso es el que a continuación se formula.

Vulnera una madre (vinculada por la Sala de Revisión al presente proceso), de su hija, menor de edad, los derechos a la igualdad (art. 13, CP), a la propia identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16, CP), a tener una familia y a no ser separada de ella (art. 44, CP), y a la integridad física y psicológica (art. 44, CP), al retenerla sin contar con ninguna autorización del padre para ello, ni orden de autoridad judicial.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala procederá a (i) recordar brevemente la jurisprudencia constitucional sobre los menores de edad como sujetos de especial protección; (ii) reiterar el contenido y alcance del concepto interés superior del menor y los criterios

jurídicos para determinarlo; (iii) presentar el objetivo y alcance 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”; y (iv) explicar el procedimiento de restitución internacional de menores.

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Gozan también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Esta misma disposición sostiene, que los niños deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Finalmente, el artículo en mención, le impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, al tiempo que establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud.

La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual;³⁹ entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.⁴⁰

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, “el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social,

política, jurídica o económica.”⁴¹

Este tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante, que implica adoptar “una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran”,⁴² encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9 ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”; y (ii) “en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

4. El interés superior del menor: criterios jurídicos para determinarlo

La Corte ha señalado insistentemente que en todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos en las que se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor.⁴³ El Código de la Infancia y la Adolescencia ha definido en su artículo 8, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”

En este mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del

niño”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor.”⁴⁴

Dentro de este contexto, para la Corte Constitucional, “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.”⁴⁵

En tanto, las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés, también tienen altos deberes constitucionales y legales respecto de la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección. Estos deberes obligan a los jueces y funcionarios administrativos a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, especialmente tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.⁴⁶

En consecuencia, las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a

sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados.” 47

En este sentido, la Corte ha fijado reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares⁴⁸:

(i) Garantía del desarrollo integral del menor. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor. El artículo 7 del Código de la Infancia y la Adolescencia entiende por protección integral “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.” El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁹ y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño.

(ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia. El artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene un mandato contundente en este sentido: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

(iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” Por su parte, el artículo 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece el conjunto de riesgos graves para los menores que deben ser evitados, entre los que se destaca, “los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.”⁵⁰ En todo caso, se debe precisar que la enunciación efectuada en esta disposición no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

(iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga el interés prevalente del menor. La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del menor, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo. “El sentido mismo del verbo ‘prevalecer’⁵¹ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por

lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual 'los Estados 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'⁵².”⁵³

(v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. El desarrollo integral y armónico del menor (art. 44 CP), exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. Al respecto el art. 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella.”

(vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. “Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.” Asimismo, lo dispone el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia.⁵⁴

Adicionalmente, por remisión expresa del artículo 44 constitucional, el ordenamiento superior colombiano incorpora los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. En igual sentido, el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integrante de dicho Código y orientarán, además, su interpretación y aplicación, debiendo preferirse siempre la norma más favorable al interés superior del menor.

De esta manera, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño -que establece el derecho de los menores a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos-, tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Esta disposición normativa señala que el Estado deberá velar por la garantía de este derecho, el cual admite una excepción cuando, por revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Así, admite esta excepción en casos en que el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de los padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

5. Objetivo y alcance 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

La Ley 173 de 1994, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico interno, el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, el cual hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual,⁵⁵ cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Igualmente impone a los Estados Contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor, de acuerdo con las leyes internas de cada país.

Mediante la sentencia C-402 de 1995,⁵⁶ la Sala Plena de esta Corporación declaró exequible tanto el Convenio como su ley aprobatoria, previo análisis de su objetivo, contexto y alcance, por cuanto permite la protección especial del menor y la primacía de sus derechos fundamentales, en especial del derecho a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44, CP), sobre la base que ante el desarraigo ilegítimo del menor de su entorno familiar, debe proceder de manera pronta su regreso. Igualmente, impone a los Estados contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor.

Esta Corte ha precisado, de conformidad con lo advertido en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley en su trámite por el Congreso de la República,⁵⁸ que “la

expresión 'secuestro', que se usó para traducir al español las palabras *enlèvement* en francés y *abduction* en inglés -los dos idiomas oficiales de la Conferencia de La Haya-, no tiene ninguna connotación de carácter penal sino sólo civil. Así lo indica el título mismo del Convenio cuando se refiere a los 'aspectos civiles del secuestro', y se desprende de toda su normatividad. La conducta que se pretende regular mediante esa expresión consiste en el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor. [...].”⁵⁹

La conducta que se pretende regular con el Convenio es “el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado [donde] 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.”⁶⁰

El contexto en el cual aconteció la suscripción de este Convenio por el Estado colombiano se enmarca en el hecho que el traslado de un menor por parte de uno de los padres a otro país es cada vez más frecuente, dado el aumento en la conformación de parejas de distintas nacionalidades, las facilidades de desplazamiento a otros países y la generación de grandes movimientos migratorios internacionales, casos en los cuales, las autoridades colombianas, tanto judiciales como administrativas, han sido incapaces de lograr el retorno del menor al lado del progenitor que pretende su regreso.⁶¹

La necesidad de suscripción del Convenio obedece a que el traslado de un menor que en principio es un hecho que perturba la órbita de las relaciones privadas, se convierte en una cuestión 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.”

⁶² El Estado colombiano se ha visto inmerso en este tipo de conflictos, ya sea por ser el lugar donde es retenido o trasladado ilícitamente el niño o por ser el lugar de donde es trasladado.

Así, el Convenio pretende evitar que quien trasladó a un menor de 16 años de edad de manera ilícita en alguno de los Estados contratantes inmediatamente antes de la violación de cualquier derecho de custodia o de visita (art. 4), se beneficie de una jurisdicción ajena al lugar donde se desarrollan sus actividades diarias, desconociendo, 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. En este sentido, en la exposición de motivos del proyecto de ley por medio del cual se incorporó el Convenio a la legislación interna claramente se sostuvo:

“La adhesión a este Convenio por parte del Estado colombiano permitirá al padre, víctima del traslado ilícito de sus hijos, contar con elementos eficaces para hacer valer sus derechos, ya que los Estados contratantes a través de sus autoridades centrales se han comprometido a devolver al menor al Estado de su residencia habitual, es decir a conservar el statu quo y obligar al progenitor que hizo el desplazamiento ilícito a venir ante los tribunales y jueces colombianos a disputar la custodia y demás derechos inherentes a la patria potestad de su hijo.” 63

Para determinar si el traslado o retención del menor es ilícito y, por ende, sí es procedente la restitución del menor, la Convención señala que se han de satisfacer los supuestos previstos en su artículo 3, 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.”

El Convenio cuenta con tres principios rectores que orientan su interpretación y aplicación: (i)

interés superior del menor, (ii) celeridad, y (iii) exclusividad en la materia.

El principio de interés superior del menor se encuentra consagrado en el texto de la invocación inicial del Convenio, donde se señala: “Los estados signatarios del presente convenio, profundamente convencidos que el interés de los niños es de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, Deseando proteger a los niños en el plano internacional contra los efectos dañinos de un traslado o no regreso ilícitos y fijar procedimientos con el fin de garantizar el regreso inmediato del niño en el Estado donde reside habitualmente así como de garantizar la protección del derecho de visita, han decidido celebrar un Convenio a este efecto [...]”

Sobre la filosofía del Convenio al respecto, se ha sostenido que “la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. Ahora bien, entre las manifestaciones más objetivas de lo que constituye el interés del menor, está su derecho a no ser trasladado o retenido en nombre de derechos más o menos discutibles sobre su persona. En este sentido, conviene recordar la Recomendación 874 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyo primer principio general señala que “los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres sino que deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propios ... La verdadera víctima de una sustracción de menores es el propio menor. Es él quien sufre por perder de repente su equilibrio, es él quien sufre su trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él quien siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero a condiciones culturales que no son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida.

Por lo tanto es legítimo sostener que los dos objetivos del convenio (uno preventivo y el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual) responden en su conjunto a una concepción determinada del “interés superior del menor”.⁶⁴

El principio de celeridad se encuentra en la invocación inicial del Convenio, donde se plantea la necesidad de fijar procedimientos que aseguren el regreso inmediato del niño al Estado donde reside habitualmente; en el artículo 1 al establecer el objeto del Convenio; en el

artículo 2 al imponer a los Estados contratantes la obligación de utilizar procedimientos de urgencia; en el artículo 11 al hacer referencia al deber de las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado contratante de proceder con carácter de urgencia para el regreso del niño; y en el artículo 23 al suprimir toda condición relativa a la legalización de documentos u otras formalidades similares. Como lo sostiene el mismo ICBF, la rapidez en los casos de sustracción o retención de menores constituye una garantía esencial en la medida en que (i) minimiza las perturbaciones o desorientaciones del menor sustraído de su entorno familiar; (ii) reduce los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro padre; y (iii) evita que el sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo.⁶⁵

El principio de exclusividad en la materia consiste en que dentro del proceso de restitución, las autoridades administrativas o judiciales no deben ocuparse de otros asuntos como resolver sobre la custodia ni ordenar pruebas relativas a su definición, puesto que el objeto del Convenio es la restitución inmediata de los menores ilícitamente retenidos o trasladados a un Estado parte.

El Convenio desarrolla así principios de especial relevancia contenidos en el artículo 44 de la Constitución como el interés superior del menor, la prevalencia de sus derechos y la protección especial que ellos conllevan, principios que han sido reiteradamente aplicados por la Corte Constitucional y que se encuentra enunciado en varios tratados internacionales, entre ellos la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

6. Procedimiento de restitución internacional de menores

En el procedimiento previsto en la Convención de La Haya de 1980 para lograr la restitución internacional de un menor ilícitamente trasladado o retenido por uno de los padres, intervienen dos clases de autoridades: la Autoridad Central designada por cada Estado parte, a cuyo cargo está, entre otras funciones, la coordinación tanto interna como internacional, de todo el procedimiento; y las autoridades judiciales o administrativas que conforme a la legislación de cada Estado tengan la competencia para decidir sobre la restitución.

El trámite de restitución se surte a través de dos fases: la administrativa y la judicial.

La fase administrativa del trámite de restitución se inicia cuando una persona, directamente

o a través de la Autoridad Central de un Estado parte, dirige una solicitud de restitución a la Autoridad Central de otro Estado parte. Recibida la solicitud y verificados los requisitos de procedencia de la misma, corresponde a las autoridades centrales “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 Convenio.” Las autoridades centrales deberán tomar todas las medidas apropiadas ya sea directamente o con la colaboración de cualquier intermediario, particularmente, de conformidad con el artículo 7 de la Convención, las siguientes:

- “a) Para localizar a un niño trasladado o retenido ilícitamente;
- b) Para prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes interesadas, tomando o haciendo tomar medidas provisionales;
- c) Para asegurar la entrega voluntaria del niño o facilitar una solución amistosa;
- e) Para proporcionar información general en cuanto a la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio;
- f) Para incoar o facilitar el inicio de un procedimiento judicial o administrativo con el fin de obtener el regreso del niño y, según sea el caso, de permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido;
- g) Para conceder o facilitar, según sea el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado;
- h) Para asegurar, en el plano administrativo, si fuere necesario y oportuno, el regreso del niño sin peligro;
- i) Para mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio y hasta donde fuere posible, la eliminación de cualquier obstáculo a su aplicación.”

Así, a la Autoridad Central corresponde, fundamentalmente, recibir la solicitud e impulsar su trámite; localizar al menor, indagar sobre su actual situación y adoptar las medidas de protección que sean del caso; promover la restitución voluntaria y cuando ello no fuere posible, dar curso o facilitar el inicio de la fase judicial.

La autoridad judicial competente según la legislación del respectivo Estado, debe decidir definitivamente sobre la solicitud de restitución para negarla o concederla según sea el caso.

Para ese efecto debe verificar, en principio y salvo que se requiera mayor debate probatorio, a partir de la información contenida en el expediente preparado bajo la dirección de la Autoridad Central, lo siguiente:

- La regularidad del trámite de la solicitud, de acuerdo con las normas del tratado y las disposiciones de derecho interno aplicables.
- Que el solicitante tenga el derecho de custodia, individual o conjuntamente.
- Que el menor tenía su residencia habitual con el solicitante en el Estado desde el cual se formula la solicitud.
- Que el menor no haya cumplido 16 años.
- Que no esté presente ninguna de las condiciones del artículo 13 para negar el retorno.⁶⁶

Observa la Corte que conforme a la estructura del Convenio, la autoridad judicial está obligada a ordenar la restitución, a partir de los presupuestos mínimos para el efecto, y solo puede negar la solicitud cuando se presenten las hipótesis exceptivas especialmente previstas en el artículo 13.

Son presupuestos para la decisión de fondo en torno a la restitución:

- La solicitud en forma.
- El trámite regular de la solicitud que garantice el derecho de defensa de los padres y el interés superior del menor.
- La condición de signatario del Tratado del Estado de residencia habitual del menor.
- Que el padre solicitante ejerciese la custodia, solo o conjuntamente con el padre requerido, y que residiese habitualmente en el mismo Estado donde habita el menor en el momento de la conducta ilícita.

- Que se ha producido un traslado o retención ilícitas.

Establecidos esos presupuestos, el juez debe disponer la restitución a menos que se acredite:

a) Que el padre requirente consintió al traslado o retención.

b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera lo coloque en una situación intolerable.

c) Que el menor se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en la que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

Sin perjuicio de lo anterior, el 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. Al respecto, el artículo 12 del Convenio dispone 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.⁶⁷

Así, las autoridades administrativas y judiciales de todo Estado contratante están obligadas a proceder con carácter de urgencia para efectos de asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Convenio.⁶⁸

En este mismo sentido, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha concluido⁶⁹ 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.

En la reunión celebrada entre 28 de noviembre y 3 de diciembre de 2005 en La Haya, a fin de discutir cómo mejorar el funcionamiento de los tres convenios de La Haya de niñez, relativos a la sustracción internacional de menores, la adopción internacional y la protección de los niños, se concluyó que la urgencia resulta esencial en los casos de sustracción de menores y se recomendó que a) deben realizarse todos los esfuerzos para decidir el caso dentro de las 6 semanas y que b) en caso de que las leyes internas de procedimiento de un Estado Contratante no permitan un procedimiento de urgencia, se considere la promulgación de un procedimiento especial para los casos de sustracción internacional de niños que podría incluir disposiciones para resolver el caso en forma expedita en primera instancia de acuerdo al espíritu del Convenio, y cuando fuera el caso también en la instancia de apelación.

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.⁷⁰

La jurisprudencia constitucional ha abordado el análisis del procedimiento de restitución internacional de menores previsto en el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en las sentencias T-412 de 2000 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-357 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-891 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-300 de 2006 (MP. Jaime Araújo Rentería), y T-1021 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Juan Carlos Henao Pérez), pero en asuntos en los que Colombia es el Estado requerido para efectos de lograr el retorno de un menor de edad a su país de residencia habitual.

7. Inexistencia de un procedimiento célere para lograr la restitución de un menor cuando Colombia es el país requirente que ocasiona un déficit de protección

A continuación corresponde a la Corte determinar si en el procedimiento de restitución internacional de la niña Ana Marisol a Colombia, su Estado de residencia habitual, el Instituto Colombiano de Bienestar familiar vulneró los derechos de la menor a la igualdad (art. 13, CP), al debido proceso (art. 29, CP), a la propia identidad personal y al libre desarrollo de la

personalidad (art. 16, CP), a tener una familia y a no ser separada de ella (art. 44, CP), a la integridad física y psicológica (art. 44, CP) y a la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños (art. 93, CP).

De las pruebas que obran en el expediente de restitución internacional de la menor Ana Marisol suministrado a esta Corporación por el ICBF y de las que acompañan a la acción de tutela impetrada por el padre de la niña, la Sala pudo reconstruir el procedimiento adelantado con motivo de la solicitud de restitución internacional efectuada por el padre, el cual sólo se surtió en su fase administrativa y en gran medida a través de correos electrónicos. La fase judicial no se ha iniciado porque el padre no ha podido contratar un abogado de la nueva lista que le fue suministrada en el mes de octubre de 2011 por la Autoridad Central de Estados Unidos, debido a que carece, según afirma, de los recursos económicos necesarios para sufragar los costos del proceso en la fase judicial.

En efecto, después de que Juan Pablo manifestara a la Autoridad Central no contar con los recursos económicos para contratar un abogado que lo representase ante los estrados judiciales en los Estados Unidos a fin de agotar la fase judicial del proceso, y después de ciertas dificultades, logró finalmente, en el 5 de julio de 2011, contactar a un abogado pro bono dispuesto a representarlo. No obstante, cuando éste le planteó la posibilidad de visitar a Ana Marisol como mínimo dos horas a la semana y bajo vigilancia, Juan Pablo consideró que esas condiciones eran inaceptables debido a que no es una persona con recursos para desplazarse hasta Carolina del Sur (EE.UU.) cada semana, con el fin de ver a su hija unas horas, y así lo informó a la Autoridad Central de Colombia. La comunicación entre Juan Pablo y el abogado no se restableció, hasta que finalmente éste renunció a continuar con el caso en octubre de 2011.

La fase administrativa del proceso de restitución internacional de menores se llevó a cabo entre el 21 de julio de 2010, fecha en que Juan Pablo presentó la solicitud ante la autoridad Central de Colombia, y el 11 de noviembre del mismo año, cuando se da por fracasada la diligencia de conciliación adelantada entre los padres de la niña por la Autoridad Central de Estados Unidos con el propósito de lograr el retorno voluntario de la menor a su país de origen.

Los principales hechos que ocurrieron en la fase administrativa se presentan a continuación

desde la perspectiva de ambos padres, resaltando con la mayor precisión posible la posición y pretensiones de cada uno. De su análisis surge una conclusión que es la común en este tipo de controversias familiares, y es la concepción de los hijos como una propiedad de la que se puede disponer al antojo de los padres, haciendo caso omiso de sus derechos, pero sobre todo de sus sentimientos, para luego escudarse en ellos y tratar de justificar lo injustificable, el desarraigo violento del otro progenitor, de su entorno y de su medio familiar con consecuencias funestas para la vida, puesto que logran afectar, en muchos casos, la autoestima de la menor, sus habilidades sociales, pero sobre todo su seguridad ante la pérdida de confianza en sus propios progenitores incapaces de sobreponerse a las dificultades que permean una relación que en otro tiempo escogieron tener.

7.1. Hechos relevantes acaecidos en la fase administrativa del proceso de restitución internacional de menores

7.1.1. El 21 de julio de 2010, la solicitud de restitución fue presentada directamente por el señor Juan Pablo ante la Autoridad Central en Colombia (Dirección de Protección. Subdirección de Adopciones).⁷¹ En ella manifestó que la custodia era compartida por ambos padres.

7.1.2. El 10 de agosto de 2010, el ICBF, Autoridad Central de Colombia, después de verificar el cumplimiento de los requisitos del Convenio, remitió el requerimiento a la Autoridad Central de los Estados Unidos.⁷²

7.1.3. El 23 de agosto de 2010, la Autoridad Central de Colombia recibe una comunicación de la Autoridad Central de Estados Unidos, requiriendo información adicional para completar la solicitud de restitución internacional de la menor Ana Marisol: (i) prueba de los derechos de custodia, y (ii) indicación sobre si el solicitante desea intentar el retorno voluntario a través de carta dirigida por la Autoridad Central de Estados Unidos a la madre de la niña, teniendo en cuenta que puede huir de su ubicación habitual al recibir dicha carta. Para el efecto, el padre deberá enviar una declaración escrita por medio de la cual autoriza a la Autoridad Central de Estados Unidos a enviar a la madre dicha carta solicitando el regreso voluntario de la niña.⁷³

7.1.4. Entre el 14 de septiembre y el 28 de septiembre de 2010, las autoridades centrales de Colombia y Estados Unidos intercambian correos electrónicos en los que mutuamente se

solicitan información sobre el caso. Además, la Autoridad Central de Colombia reitera la intención del padre de la menor de llegar a un acuerdo con la madre, para lo cual viajaría a Estados Unidos,⁷⁴ en tanto que la Autoridad Central de Estados Unidos manifiesta seguir a la espera de (i) la autorización firmada por el padre de la niña para enviar la carta de repatriación voluntaria, así como de (ii) la prueba de la custodia.⁷⁵

7.1.5. El 29 de septiembre de 2010, la Autoridad Central de Colombia reenvía al padre de la menor el correo de la Autoridad Central de Estados Unidos en la que solicita diligenciar carta adjunta (autorización para enviar carta a la madre solicitando el regreso voluntario) y la remisión de la prueba de la custodia, afirmando que debido al número de casos, no recuerda bien cuál es la situación con relación a este último aspecto.⁷⁶

En esta misma fecha, el padre de la niña responde que el 24 de agosto de 2010 ya había dirigido un correo adjuntando la carta requerida (autorización firmada para enviar la carta de repatriación voluntaria), debidamente diligenciada, señalando además, que incluso se había comunicado telefónicamente con esa dependencia para averiguar si era necesario remitirla por correo certificado, a lo cual se le había respondido que no. Finalmente señala, que reenvía nuevamente la comunicación solicitada para que sea direccionada a la Autoridad Central de Estados Unidos.⁷⁷

El 30 de septiembre de 2010, la Autoridad Central de Colombia traslada la carta debidamente diligenciada por el padre de la menor a la Autoridad Central de Estados Unidos.⁷⁸ No obstante ante la demora, el 22 de octubre de 2010, la Autoridad Central de Colombia reenvía nuevamente la carta diligenciada por el padre y solicita que se proceda pronto sobre este caso, manifestando su preocupación porque la siguen solicitando, a pesar que había sido enviada desde el 30 de septiembre, y agrega que el padre de la niña “está requiriendo información sobre los avances de este trámite.”⁷⁹ La Autoridad Central de Estados Unidos responde inmediatamente que la carta de retorno voluntario fue entregada a la madre de la niña el 1 de octubre de 2010, sin que hasta ese momento se hubiese obtenido respuesta alguna.⁸⁰

La Autoridad Central de Colombia, el 25 de octubre de 2010, se pronuncia en los siguientes términos: “[c]on todo respeto señor Daniel no tengo muy claro cómo manejan ustedes dichos procesos; me imagino que si la madre o demandada no se ha manifestado es porque no tiene

intenciones de retornar la niña; por lo que considero debe procederse a presentar el caso en la corte.”⁸¹ Inmediatamente, la Autoridad Central de Estados Unidos pide disculpas por no “aclarar la correspondencia” e interroga sobre la posibilidad de que el padre trate de contar a la madre para lograr un acuerdo, antes de empezar la búsqueda de abogado.⁸²

7.1.6. El 25 de octubre de 2010, la Autoridad Central de Estados Unidos pone en conocimiento del padre la anterior solicitud, a la que responde de manera inmediata ratificando que no ha llegado a ningún acuerdo con la madre de la niña y que la comunicación entre los dos es nula. Además, informa que por intermedio del abuelo materno de la menor se le ha hecho saber que la única forma de ver a su hija es viajando a los Estados Unidos, caso en el cual, sólo podría compartir con ella un par de horas a la semana porque la niña está estudiando, y con el acompañamiento y supervisión de la madre porque presenta cuadros de asma alérgica que sólo ella sabe controlar aplicándole un inhalador. El padre considera estas condiciones absurdas y solicita la colaboración de alguna autoridad para que pueda disfrutar varios días con su hija.⁸³

Al día siguiente, la Autoridad Central de Colombia reenvió el correo mencionado del padre de la menor a la Autoridad Central de Estados Unidos, advirtiéndole que las exigencias de la madre son “absurdas y violatorias de los derechos del padre.” En consecuencia, le solicita “presentar cuanto antes el caso a la Corte teniendo en cuenta que la madre no tiene ningún interés en retornar la niña a su país de residencia habitual.”⁸⁴ La Autoridad Central de Estados Unidos en seguida responde que va a empezar la búsqueda de abogados y a enviar otra carta de retorno voluntario a la madre a un domicilio en Carolina del Sur.⁸⁵

7.1.6. El 9 de noviembre de 2010, la Autoridad Central de Estados Unidos informa a la Autoridad Central de Colombia que recibió un correo de la madre de la niña con una propuesta de conciliación para lograr un acuerdo voluntario, y le pide que ausculte la opinión del padre sobre el mismo.⁸⁶

Enseguida, la Autoridad Central de Colombia pone en conocimiento del padre de la menor la propuesta de conciliación y le solicita que le comunique su decisión sobre el mismo, no sin antes advertirle que la señora Enriqueta “se excede en poner semejantes condiciones cuando fue ella quien se llevó la niña para los E.E.U.U. vulnerando sus derechos como padre.” Sin embargo, concluye diciéndole que si él lo desea pueden continuar con la solicitud de

restitución o, efectuar una contrapropuesta a la madre o, aceptar lo planteado por ella.⁸⁷

La propuesta de Enriqueta, en la que reitera su completa disposición para que Juan Pablo visite a su hija en Estados Unidos de manera periódica, se puede sintetizar en los siguientes términos:

(i) Las visitas tendrán que estar acordes con las actividades diarias de la niña como el colegio, los horarios y el calendario escolar.

(ii) Las visitas sólo pueden ser en el día, “dado que el padre no puede pernotar con la niña porque nunca ha pasado ni una sola noche con ella, no está en condiciones de cuidarla pues no conoce su rutina, sus hábitos y además la niña nunca se ha separado de mi para dormir, aún duermo incluso con ella en su cama y la única persona que se ha hecho cargo de ella por más de dos noches y menos de doce días ha sido su abuela materna, quien además también conoce sus rutinas y cuidados.”⁸⁸

(iii) Las visitas tendrán que ser realizadas en Estados Unidos, pues dada la temprana edad de la niña “no considero prudente ni necesario enviarla en avión sola así sea con acompañamiento de azafata pues repito la niña es muy esquiva y no soporta estar con extraños sola, sin la presencia de su madre, así que eso sería imposible a esta edad, ella no viajaría sin mi; además de que en el eventual caso que le llegara a dar una crisis asmática, yo soy la única persona que sabe manejársela.”⁸⁹

(iv) Finalmente, manifiesta su preocupación porque la niña pase periodos largos de tiempo con el padre, en la medida en que sus crisis de asma, ya superadas, podrían volver a repetirse puesto que es fumador, y porque nunca ha pasado una noche sola con él, de manera que no está dispuesta a ponerla en riesgo.⁹⁰

7.1.7. El 11 de noviembre de 2010, el padre de la niña le comunica a la Autoridad Central de Colombia que ha leído detenidamente la propuesta de conciliación, que considera que Enriqueta efectivamente se excede en sus condiciones, y que se tomó el tiempo necesario para pronunciarse sobre cada uno de los comentarios que ella efectúa sobre la menor, su salud y sus cuidados. Por tanto, manifiesta no estar dispuesto a conciliar bajo esas condiciones y solicita que el proceso de restitución de su hija continúe.⁹¹

En respuesta a los comentarios de la madre, Juan Pablo, en primer lugar, reitera los hechos puestos de presente en la acción de tutela que condujeron a la retención irregular de su hija en Estados Unidos por parte de Enriqueta, haciendo especial énfasis en el engaño de que fue víctima puesto que con anterioridad al viaje y sin que él tuviera conocimiento, se casó con un colombiano residente en Estados Unidos, desocupó el apartamento, vendió el vehículo que él puso al servicio de su hija, renunció a su trabajo, y contactó a sus espaldas a un médico neumólogo pediatra y a un alergista a los que les informó que la alergia de la niña obedecía a que el padre fumaba en el carro con las ventanas cerradas estando presente la menor, todo para construir un argumento en contra de él que justificase el engaño respecto a su radicación en los Estados Unidos.

Juan Pablo afirma que los especialistas que trataron a Ana Marisol están dispuestos a testificar que certificaron el origen de la alergia con fundamento en lo que la madre les había contado y que además cuando ellos requerían la presencia del padre en las consultas médicas, Enriqueta afirmaba que vivía muy ocupado y que le importaba la salud de la menor.⁹²

En segundo lugar, hace referencia expresa a las acusaciones efectuadas por Enriqueta en relación con su supuesta lejanía e incumplimiento de los deberes como padre, en los siguientes términos:

“Yo siempre le preguntaba a la madre de mi hija sobre sus controles médicos y tratamientos a lo que me decía que YO tenía que comprar una serie de medicamentos costosos y que todo iba muy bien.

Las alergias asmáticas según los especialistas las padecen muchos niños, siendo un cuadro clínico muy frecuente sobre todo en ambientes con climas cambiantes y [...] es sencillo controlar sus síntomas cuando se presentan esas crisis aplicando inhaladores que desinflan las vías respiratorias en los niños.

Si alguna vez fumé cigarrillo cuando mi hija estaba conmigo lo hice alejándome de ella, nunca en un sitio cerrado y mucho menos echándole el humo. Es más cuando compartía con ella procuraba [...] no fumar. Como padre, adulto y persona responsable soy consciente que le haría daño no solo a mi hija sino a las personas que están a mí alrededor. No soy novato en la crianza de hijos, también tengo un hijo que hoy día tiene 19 años, el cual crié, por lo

tanto se perfectamente cuáles son sus cuidados y rutinas en todos los aspectos.

A propósito de la salud de mi hija, en varias oportunidades que he hablado con ella telefónicamente se la siente bastante congestionada y [con] fuerte tos.

[...] Dice la madre de mi hija que ella es la persona que la ha cuidado siempre o en su defecto la abuela materna. Circunstancia obligada para mí, ya que siempre me manifestaba que los fines de semana ella quería estar con la niña porque entre semana trabajaba y no podía compartir más tiempo con ella. Situación que siempre consideré y respeté. A propósito en este aspecto hoy día me doy cuenta del engaño que fui objeto debido a que en muchas ocasiones la madre de mi hija viajaba dentro y fuera del país y la dejaba con la abuela y a mí se me decía que era que estaban en una finca las dos y la verdad era que la había dejado al cuidado de la abuela y no me decía nada para que yo no la viera.

Yo como padre mínimo dos veces a la semana la recogía en el colegio en las horas de la tarde donde compartíamos además de estar siempre integrada a mi entorno familiar como es su abuela paterna, tíos, primos, en un contexto donde cada vez se fortalecía más la relación paterna afectiva.

Desde que mi hija nació siempre he estado presente y atento a sus necesidades afectivas, cuidados en salud, económicos, educativos y formativos. [...] Siempre le había proveído en vivienda propia, colegio privado, salud, vestuario, vehículo propio y parte de su alimentación y medicamentos. La madre de mi hija manifestó en su momento que sólo podía pagar de acuerdo a sus entradas económicas, la administración del apartamento donde residían, los servicios públicos del mismo y el mantenimiento del vehículo.

Todo hoy en día muestra la forma como engañó hasta [a] su propia hija, al abusar de su inocencia y sus derechos, además de los míos, pues con mentiras, ocultamientos y abusos, prevaleció su único propósito que era radicarse en los Estados Unidos. Solo pensó en su único bienestar, y sometió a la niña a cambios muy bruscos como son el sacarla de su ambiente y rutina infantil (amor y cuidado paterno, cariño de sus amigos y familiares, su colegio, su idioma, su alimentación y estabilidad económica, etc.).

Es muy doloroso emocionalmente para mí que telefónicamente mi hija me diga frases como “me encontraba con mi papá Carlos Jaime” (Carlos Jaime es el nombre del supuesto esposo

de la madre de mi hija), es de anotar que tanto la custodia y la patria potestad de Ana Marisol es compartida. Todo debió haber sido dialogado, acordado y concertado, velando siempre primero que todo por el bienestar de mi hija y no haberl[o] hecho en la forma como lo hizo la madre.

La intención de la madre de mi hija no es conciliatoria pues no es justo bajo ningún punto de vista el tener retenida la niña sin mi aprobación en ese país y sugerir que para poder estar con mi hija tengo que viajar a Estados Unidos lo cual requeriría de una alta inversión en gastos de tiquetes aéreos, hotel, alimentación [para] sólo poder compartir unas pocas horas a la semana con Ana Marisol. Si tomara la decisión de viajar exigiría estar día y noche con mi hija como mínimo una semana, llevarla a pasear, compartir al máximo con ella en sitios de recreación infantil, teniendo la seguridad de que no interferiría con su estudio (recordemos que es menor de cuatro años), todo lo contrario, sería muy provechoso para la niña. También poderla llevar de compras viendo sus necesidades como ropa, juguetes, etc.

Además, en estos momentos cuento con la VISA Americana pero su renovación que es cada cinco años puede ser más adelante una limitante para poder realizar dichos viajes.

Conociendo perfectamente a mi hija sé que goza al máximo de mi compañía y cuidados, situación que siempre me demostraba al dejarla donde la Abuela y/o donde la madre, poniéndose a llorar porque yo me tenía que ir.

Por lo tanto mí ánimo NO es conciliatorio. Confirmo que se continúe con el proceso de RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE LA MENOR ANA MARISOL.”⁹³

7.1.8. Entre el 31 de enero y el 5 de julio de 2011, la Autoridad Central de Estados Unidos adelantó las diligencias encaminadas a obtener la representación legal gratuita requerida por el padre como se puede constatar en los correos electrónicos que obran en el expediente.⁹⁴ Así, se logró la asistencia de un abogado pro bono que no prosperó, porque el padre consideró que este no entendía bien las circunstancias del caso y además le planteaba un régimen provisional de visitas inaceptable. Concretamente, Juan Pablo sostiene que el abogado Kern en dos conversaciones le manifestó que ante el tribunal de familia americano le correspondía asumir compromisos para lograr privilegios con su hija en ese país, que debía aceptar ver a su hija unas horas a la semana. Agregó que no pensaba ir a Estados Unidos con los costos que le representa no solo el viaje, sino también pagar en la Corte unos gastos

administrativos y un guardia especial que supervisara sus visitas a la menor por tan pocas horas a la semana.⁹⁵ Ante la falta de comunicación con el padre de la menor el abogado decidió renunciar.

7.1.9. Finalmente, la Autoridad Central de Colombia manifestó a la Sala de Revisión que continuó requiriendo al padre y a la Autoridad Central de Estados Unidos sobre los avances del caso; que el interesado informó que se encontraba esperando a que se resolviera la tutela objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional; que el 12 de octubre de 2011 le envió al padre de la niña una lista con dos nuevos abogados, y que se le ha oficiado y llamado por teléfono, pero no responde.⁹⁶

7.2. Conclusiones

La revisión del expediente y la valoración de las pruebas, tanto de las que obran en él como de las ordenadas por la Sala de Revisión, permiten llegar a las siguientes conclusiones:

(i) Enriqueta y Juan Pablo ejercen la custodia compartida de su hija Ana Marisol, puesto que no ha sido proferida decisión alguna por parte de autoridad judicial que haya consignado lo contrario. No obstante, la niña siempre ha vivido con su madre y el padre ha ejercido su derecho de visitas bajo los términos y condiciones acordados con la madre.

(ii) Ana Marisol fue trasladada con permiso de su padre a Estados Unidos por un término máximo de diez días para disfrutar una temporada de vacaciones en compañía de la madre, vencido el cual, fue retenida ilegítimamente por la madre en ese país.

(iii) Juan Pablo presentó el 21 de julio de 2010 ante el ICBF, solicitud de restitución internacional de Ana Marisol a su lugar de residencia habitual en la ciudad de Cali, requerimiento que fue debidamente tramitado por la Autoridad Central de Colombia (el ICBF) ante la Autoridad Central de Estados Unidos.

(iv) La Autoridad Central de Estados Unidos invitó a los padres de Ana Marisol a conciliar sus diferencias sin ningún éxito, pues Enriqueta le propuso a Juan Pablo un régimen de visitas en los Estados Unidos bastante restrictivo, que el padre rechazó de plano.

(v) Ante el fracaso de la conciliación (fase administrativa), la autoridad Central de Colombia solicitó a la Autoridad Central de Estados Unidos dar inicio a la fase judicial, etapa que a la

fecha de presentación de la acción de tutela no se había iniciado porque el solicitante debe actuar a través de abogado. Las diligencias encaminadas a conseguir uno se vieron frustradas porque el padre de la menor consideró inaceptable el régimen de visitas inicialmente propuesto por él, rompió la comunicación y al cabo de un tiempo el abogado renunció. La Autoridad Central de Estados Unidos reinició la búsqueda un nuevo abogado, y en el mes de octubre le envió a Juan Pablo una lista conformada por dos abogados, sin ningún resultado, pues el padre de la niña no se ha pronunciado al respecto, no ha intentado contactarlos y tampoco responde a los requerimientos del ICBF para continuar con la fase judicial.

Como se puede apreciar la celeridad que debe caracterizar este tipo de procesos se vio entorpecida esencialmente por la dificultad para conseguir abogado por parte del padre, debido a los costos que ello implica y posteriormente cuando se le asignó un abogado pro bono, este sólo le sugirió concertar con la madre un régimen provisional de visitas inaceptable, debido a que tendría que viajar a Carolina del Sur para verla solo unas horas en la semana.

(vi) Los padres de la menor presentan versiones encontradas sobre las relaciones entre padre e hija, y sobre el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales. Por ejemplo, Enriqueta afirma que Juan Pablo era un padre ausente que veía a la niña con poca regularidad y que asumía algunos gatos de manera ocasional; Juan Pablo, por su parte, sostiene todo lo contrario, que él respondía por la totalidad de los gastos de la niña (educación, salud, vivienda, vestuario y recreación), y que la veía como mínimo dos veces a la semana e incluso la recogía en el colegio con alguna frecuencia. En el expediente no existen pruebas conclusivas sobre la proporción en que cada padre contribuía a los gastos de la niña y en qué aspectos. No obstante, se adjuntaron al proceso recibos en los que algunos gastos de salud y educación fueron cubiertos por el padre.

(vii) Asimismo, Enriqueta responsabiliza a Juan Pablo de provocar la enfermedad de la niña (asma alérgica) y de no permitir su recuperación, al fumar constantemente y no tomar las precauciones necesarias para que Ana Marisol no tuviera contacto con la nicotina, lo que en su concepto explica porque a pesar de los cuidados médicos permanentes que recibía, su estado de salud en lugar de mejorar empeoraba cada día. Para el padre se trata de un argumento construido por la madre con el único propósito de justificar la retención de la niña

en los Estados Unidos.

Para la Sala la acusación de la madre no tiene mayor sustento puesto que no obra en el expediente ninguna prueba conclusiva sobre la incidencia del padre en la enfermedad de la niña, ni ninguna queja previa ante las autoridades de familia sobre el particular. Por los demás, no resulta nada claro cómo un padre tan ausente, que tenía contacto esporádico con su hija, como lo afirma la madre, tiene la posibilidad de provocar o agudizar su enfermedad.

Dentro de las situaciones identificadas por la jurisprudencia constitucional que ameritan la separación de los niños de su entorno familiar, al no cumplirse las exigencias básicas para asegurar su interés superior, se encuentran las siguientes: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de los niños, referido a “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.” y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia.⁹⁷

La jurisprudencia de esta Corte ha admitido “la existencia de una presunción no solamente en el orden jurídico interno,⁹⁸ sino también en los tratados internacionales de derechos humanos,⁹⁹ a favor de mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos, cualquiera sea la configuración del grupo familiar,¹⁰⁰ pudiendo ser separados, únicamente por motivos excepcionales.¹⁰¹ Presunción que solo puede ser desvirtuada por medio de argumentos poderosos, relacionados, se insiste, en la ineptitud de la familia biológica para asegurar el bienestar del niño o de la niña, o en los riesgos o peligros reales y concretos que los amenacen. En todo caso, la carga de la prueba recae en quien alega las mencionadas circunstancias,¹⁰² en el trámite de los procesos pertinentes regulados en la legislación, con estricto respeto de la garantía del debido proceso y de los derechos fundamentales de las personas involucradas.¹⁰³”¹⁰⁴

(viii) Respecto de la capacidad económica del padre existen igualmente versiones encontradas. Juan Pablo se presenta como un comerciante dedicado a la venta de medicamentos cuyos ingresos mensuales no superan los dos millones de pesos; en tanto, la madre afirma que tiene mucho dinero, pero en cabeza de terceros, e incluso asegura que es

dueño de varios locales en un centro comercial.

La Sala considera que de los hechos expuestos y de las pruebas allegadas al proceso no resulta evidente que el padre sea una persona que se encuentre en una situación de especial debilidad económica, incluso pudo costear como él mismo lo admite, algunos gastos de su hija como educación, salud, vestuario y alimentación. Sin embargo, ello no obsta, para que pierda credibilidad su declaración bajo la gravedad del juramento, en la que asegura no contar con los recursos económicos necesarios para costear la representación legal que se requiere para dar inicio a la etapa judicial.

(ix) La circunstancia de que al momento de interposición de la acción de tutela objeto de revisión, 3 de junio de 2011, hayan transcurrido más de once meses sin que la vulneración de los derechos fundamentales de la menor haya cesado, se puede atribuir a varios factores: a) la radicalización de las posiciones y argumentos de los padres; b) el consiguiente fracaso de las diligencias de conciliación adelantadas por las autoridades competentes; c) las dificultades del padre para obtener representación legal; y d) la ausencia de un procedimiento efectivo para lograr el retorno de cualquier menor ilegalmente sustraído o retenido en el mínimo tiempo posible.

7.3. Inexistencia de un procedimiento célere para lograr la restitución de un menor cuando Colombia es el país requirente

El procedimiento para lograr la restitución internacional de un menor ilícitamente trasladado o retenido por uno de los padres cuando Colombia es el país requirente consta de dos fases: administrativa y judicial.

En la fase administrativa, recibida la solicitud y verificados los requisitos de procedencia, a las autoridades centrales les corresponde impulsar con carácter de urgencia el trámite y tomar medidas concretas para: (i) localizar al niño; (ii) prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes, tomando o haciendo tomar medidas provisionales; (iii) facilitar una solución amistosa para la entrega del niño; (iv) intercambiar datos relativos a la situación social del niño, si ello resulta útil; (v) proporcionar información general respecto de la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio; (vi) facilitar el inicio un procedimiento judicial o administrativo para obtener el regreso del niño y permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido; (vii) conceder o facilitar, según

sea el caso, la obtención de asistencia judicial jurídica, incluyendo la participación de un abogado; (viii) asegurar en el plano administrativo el regreso del niño sin peligro; y (ix) eliminar cualquier obstáculo en la aplicación del Convenio.

En el proceso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, en términos generales las autoridades centrales de ambos países dieron cumplimiento a las obligaciones que el Convenio les atribuye. De acuerdo con los hechos expuestos y las pruebas obrantes en el expediente: recibieron la solicitud de restitución, verificaron el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la misma, invitaron a los padres a llegar a un acuerdo para el retorno voluntario de la niña al país de origen e incluso ayudaron al padre de la menor a conseguir un abogado pro bono ante su manifestación de no contar con recursos económicos para contratar un abogado en Estados Unidos. Sin embargo, la intervención de este no pareció resultar efectiva, porque según afirmación del padre, no parecía conocer muy bien las circunstancias del caso, y le planteó proponer un régimen de visitas inaceptable que implicaba desplazarse hasta Carolina del Sur y solo poder ver a su hija unas pocas horas semanalmente.

No obstante, observa la Sala de Revisión que transcurridos más de once meses, no ha sido posible la restitución de Ana Marisol retenida ilegalmente en los Estados Unidos por su madre, ni hacer efectivo el derecho que tiene la niña al cuidado y al afecto de su padre y de su familia paterna.¹⁰⁵ Incluso, ninguna de las autoridades centrales se ha preocupado por realizar una evaluación de las condiciones de la menor en Estados Unidos para verificar, por ejemplo, su estado de salud, establecer si goza de asistencia médica, y verificar si está estudiando. Como tampoco han solicitado o tomado ninguna medida de protección para prevenir un nuevo traslado de la menor dentro o fuera del país que dificulte el restablecimiento de los derechos de la niña.

Este déficit de protección de la menor tiene lugar por dos razones principales. La primera, tiene que ver con la ausencia de información a los interesados en Colombia sobre cómo procede la Autoridad Central de Estados Unidos cuando Colombia requiere el retorno de un menor que ha sido trasladado o retenido ilegalmente en ese país. Cuando es a la inversa, es decir, cuando Colombia es el país requerido tal procedimiento está plasmado en la Resolución 1399 de 1998 del ICBF, “por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de La Haya referente al secuestro internacional de menores”, que

describe sus funciones como Autoridad Central, así como, las de las demás autoridades involucradas en el proceso. En este caso, cabe destacar las funciones atribuidas a los defensores de familia como la verificación de la situación del menor, la obligación de restablecer el contacto del menor con el padre o madre que reclama la restitución, el deber de prevenir nuevos peligros o perjuicios para el menor o las partes interesadas, proporcionar asistencia jurídica cuando se requiera a favor de los intereses del menor; presentando la demanda ante el juez competente cuando no ha sido posible la entrega voluntaria; e intervenir en las audiencias de conciliación y en el proceso judicial a favor de los intereses del menor, entre otras. También, el derecho que se le reconoce al solicitante a asistencia judicial en las mismas condiciones que los nacionales residentes en Colombia, y que lamentablemente no reconoce Estados Unidos a nuestros nacionales debido a la reserva que formuló al Convenio de La Haya de 1980 en los términos de su artículo 26.106

El Convenio de La Haya constituye un marco referencial que señala a los Estados la forma de proceder cuando los niños son ilícitamente trasladados o retenidos en otro Estado parte. Su contenido no agota la regulación de la materia sino que establece parámetros generales, abriendo la posibilidad a que cada Estado establezca los procedimientos específicos de acuerdo con su régimen jurídico interno.

Lo anterior propicia que los padres afectados no tengan suficientes herramientas, ni la información requerida sobre los procedimientos y términos que se deben cumplir, ni sobre las normas que les son aplicables, máxime cuando la Autoridad Central del país de origen no los ilustra oportunamente sobre sus derechos, obligaciones y los pasos a seguir en este tipo de procedimientos, como ocurrió en el presente caso, donde el padre de la niña en el recurso de amparo está invocando la falta de aplicación de ciertas normas que considera beneficiosas en su lucha por lograr el retorno al país de su hija, pero que en realidad no son procedentes porque regulan otra situación.

La segunda razón, está estrechamente relacionada con la incapacidad de los padres en conflicto de anteponer el bienestar de su hijos al propio, lo cual se plasma en la radicalización de sus respectivas posiciones, en el caso de la madre, al trasladar a la niña a otro país eludiendo así la controversia en los tribunales nacionales, colocándose en una posición de ventaja respecto del padre que es por lo menos irregular y estableciendo un régimen de visitas nada razonable, que hace nugatorio el derecho de la menor a mantener el contacto

con su padre, su familia paterna y su país de origen.

Cómo lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, el interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar mejor para su hijo. Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: (i) el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (ii) el interés del menor debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; (iii) dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; y (iv) debe demostrarse que la protección del interés invocado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo.¹⁰⁷

Dentro de este contexto, cabe resaltar que mientras los padres sigan anteponiendo sus necesidades personales a las de sus hijos, los procedimientos edificados para garantizar los derechos de los niños sean demasiado generales, y el Estado, la sociedad y la familia no cumplan a cabalidad la responsabilidad que la Constitución les ha otorgado sobre los niños como sujetos de especial protección, las normas proyectadas para hacer efectivos sus derechos se limitarán a ser simples catálogos de buenas intenciones.

En el caso sub examine, la madre retuvo y separó indebidamente a la menor de su progenitor. Defraudando su confianza, se la llevó a Estados Unidos, para luego comunicarle al padre que no regresarían y ofrecerle la posibilidad de no perder contacto con la menor mediante un régimen de visitas desproporcionado, costoso (porque implica que el padre se traslade a otro país), y que de ninguna manera garantiza un contacto lo suficientemente asiduo y libre de interferencias que haga posible la consolidación de la relación paterno filial y familiar. Este proceder de la madre, que obró de manera unilateral, sin definición previa voluntaria ni judicial a propósito de la guarda de la menor ni sobre el régimen de visitas, es totalmente reprochable y constituye una clara vulneración del interés superior de la niña que no puede ser avalada por esta Corporación.

Por lo tanto, la Sala revocará la sentencia del juez de tutela, adoptando una serie de medidas de protección que restablezcan los derechos de la menor, no sin antes exhortar a la Autoridad Central de Colombia para que en forma precisa consigne los procedimientos a aplicar por parte de otros Estados cuando Colombia es el país requirente, que dan desarrollo al Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, y oportunamente los ponga en conocimiento de los interesados.

Mientras esto ocurre, es necesario que la Autoridad Central de Colombia y las autoridades consulares de nuestro país estén en capacidad de prestar todo su apoyo institucional a cualquier menor que haya sido trasladado y retenido ilícitamente en otro Estado, así como a la madre o padre solicitante, en la medida en que la protección de los niños es una responsabilidad de ineludible cumplimiento para todos, la familia, la sociedad y el Estado, máxime cuando se encuentran en apuros ante la imposibilidad de defenderse por sí mismos.

En consecuencia, la Sala, revocará la sentencia del Juzgado Once de Familia Piloto de oralidad de Cali proferida el 21 de junio de 2011, concederá el amparo transitorio de los derechos de la niña Ana Marisol por las razones expuestas en la presente providencia y procederá a dictar unas medidas de protección encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de la menor y del padre afectados por las decisiones unilaterales de la madre, mientras el conflicto surgido por la custodia y cuidado personal de la niña se resuelve ante la jurisdicción de familia del Estado Colombiano.

Para tales efectos, en cumplimiento de los criterios jurídicos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para determinar el interés superior del menor en el caso concreto, explicados en el numeral 4 del punto II (Consideraciones y fundamentos), la madre deberá traer la niña a Colombia dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia con el fin de restablecer el contacto con el padre y su familia paterna, de acuerdo con el régimen provisional de visitas que establezca el Defensor de Familia, mientras se promueve por el accionante un proceso judicial tendiente a determinar en forma definitiva lo concerniente a la custodia y cuidado de la niña y a la regulación definitiva del régimen de visitas, crianza y educación de la menor. La niña deberá permanecer en Colombia hasta que los padres lleguen a un acuerdo sobre la custodia, cuidado personal, y régimen de visitas, o hasta que por vía judicial se definan estos

aspectos.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá acompañar el proceso de reencuentro de la menor con su padre, con el asesoramiento y ayuda psicológica que se requiera para restablecer la relación, y como garante del cumplimiento de las órdenes previstas en esta sentencia, sin perjuicio de las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades judiciales asignadas por la Constitución (art. 268) y la (Ley 1098 de 2006, art. 211) a la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

Segundo.- REVOCAR la providencia proferida por el Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad de Cali, el 21 de junio de 2011, por medio del cual negó el amparo de los derechos invocados por el actor, y en su lugar, amparar los derechos de la menor Ana Marisol a la propia identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16, CP), a tener una familia y a no ser separada de ella (art. 44, CP), y a la integridad física y psicológica (art. 44, CP), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- ORDENAR a la señora Enriqueta el retorno de la menor Ana Marisol a su lugar de residencia habitual, la ciudad de Cali. Ello deberá realizarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, con el fin de restablecer el contacto con el padre y su familia paterna, de acuerdo con el régimen provisional de visitas que establezca el Defensor de Familia. La niña deberá permanecer en Colombia hasta que los padres lleguen a un acuerdo sobre la custodia, cuidado personal, y régimen de visitas, o hasta que por vía judicial se definan estos aspectos.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el acompañamiento del

proceso de reencuentro de la menor con su padre, con el asesoramiento y ayuda psicológica que se requiera para restablecer la relación, y como garante del cumplimiento de las órdenes previstas en esta sentencia, sin perjuicio de las funciones de vigilancia superior, de prevención, control de gestión y de intervención ante las autoridades judiciales asignadas por la Constitución (art. 268) y la (Ley 1098 de 2006, art. 211) a la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Quinto.- Ordenar a la Secretaría General de esta Corporación que los nombres y los datos que permitan identificar a la menor o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ordenar por Secretaría General al Juzgado Once de Familia Piloto de Oralidad de Cali, que se encargue de salvaguardar la intimidad de la menor y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Sexto.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 257 del cuaderno principal. En adelante, cuando se haga relación a un folio del expediente se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se exprese lo

contario.

2 “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 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.”

4 “Por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores.”

5 Folio 1, cuaderno No. 2.

6 Folio 3, cuaderno No. 2.

7 Folios 4-6, cuaderno No. 2.

8 Folio 7, cuaderno No. 2.

9 Folios 10 a 13, cuaderno No. 2.

10 Folios 18 a 21, cuaderno No. 2.

11 Folios 22 a 27, cuaderno No. 2.

12 Folio 28, cuaderno No. 2.

13 Folios 29 a 42, cuaderno No. 2.

14 Folio 44 a 45, cuaderno No. 2.

15 Folios 46 a 47 y 48 a 50, cuaderno No. 2.

16 Folio 51, cuaderno No. 2.

17 Folios 208 a 212.

18 Folio 212.

19 Folio 214.

20 Folio 213.

21 Folios 215 a 218.

22 Folios 219 a 220.

23 Folio 221.

24 Folios 222 a 225.

25 Folio 226.

26 Folios 40 a 155.

27 Folios 156 a 188.

28 Folio 158.

29 Folios 159 a 160.

30 Folio 159.

31 Folio 159.

32 Folio 163.

34 Folio 156.

35 Anexa copia de la misma. Folio 156.

36 Adjunta copia de la misma. Ver folios 171 a 172.

37 Folio 177.

38 ICBF. Resolución 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."
"ARTICULO 7o. El Defensor de Familia comisionado, para dar cumplimiento a las obligaciones de que trata el Convenio, deberá ordenar una investigación sobre la real situación del niño,

promoverá la restitución voluntaria, la conciliación entre las partes y, en el evento de que éste se hallare en peligro, adoptará de manera preventiva, las medidas de protección para menores de edad, contempladas en el Código del Menor. // Si la restitución del menor, no se obtuviere en forma voluntaria o mediante la conciliación, el Defensor de Familia del lugar donde éste se encuentre, realizará las gestiones necesarias para obtener su restitución por vía judicial.”

39 Sentencia C-019 de 1993 (MP. Ciro Angarita Barón) y C-796 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

40 Sentencia T-029 de 1994 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

41 Ibídem.

42 Sentencia C-1064 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

43 En sentencia T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) se señaló al respecto lo siguiente: “El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. // Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión –, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.”

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002.

45 T-503 de 2003 y T-397 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

46 Ibídem.

47 Ibídem.

48 Sentencias T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-572 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

49 Artículo 6: “(...) 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas responsables por el niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (...).”

50 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). “ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: // 1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen responsabilidad de su cuidado y atención. // 2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes viven con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad. // 3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización. // 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad. // 5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre. // 6. Las guerras y los conflictos armados internos. // 7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley. // 8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria. // 9. La situación de vida en la calle de los niños y las niñas. // 10. Los

traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin. // 11. El desplazamiento forzado. // 12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación. // 13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT. // 14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida. // 15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia. // 16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. // 17. Las minas antipersonales. // 18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual. // 19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.”

51 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

52 En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.”

53 Sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

54 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). “ARTÍCULO 22. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. // Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.”

55 Como la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12

de 1991; la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, aprobada por medio de la Ley 449 de 1998; y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Uruguay el 15 de julio de 1989, aprobada mediante Ley 880 de 2004. En relación con las dos últimas convenciones no ha sido depositado el instrumento adhesión de Colombia, ni de ratificación, respectivamente.

56 MP. Carlos Gaviria Díaz.

57 La Corte Constitucional advirtió en la sentencia C-402 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz) algunas imprecisiones en la traducción oficial del Convenio realizada en Colombia, puesto que en el documento enviado a la Corporación se observa el uso de la expresión “contractante” para identificar al “contratante”, así como errores frecuentes de ortografía y sintaxis.

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

59 En la sentencia C-402 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz), citando a MILLARES SANGRO Pedro Pablo. “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Tomo II. Ed. Bosch, Barcelona, 1989.

60 Esta definición fue efectuada en la sentencia C- 402 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz) 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 No. 382 del 4 de noviembre de 1993.

61 Gaceta del Congreso No. 382 del 4 de noviembre de 1993. A propósito del Proyecto de Ley No. 114 de 1993 Senado, 191 de 1993 Cámara.

62 Al respecto en la exposición de motivos al Proyecto de Ley No. 114 de 1993 Senado, 191 de 1993 Cámara, por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre aspectos civiles del Secuestro Internacional de Niños”, se expresó: “[...] es el caso de padres extranjeros a quienes se le ha otorgado tutela sobre sus hijos y se les arrebatan para ser traídos a nuestro

país, haciendo necesario entablar procesos no sólo en el país de origen del progenitor, sino que debe hacerlo simultáneamente en Colombia donde reside la contraparte, para recuperar su derecho a la custodia vulnerada. // De la misma forma cuando a padres colombianos se les arrebatan sus hijos y son llevados al exterior, donde de manera ilícita el otro progenitor los oculta, cercenando el derecho de custodia conferido por nuestra justicia y sometiendo al despojado a un sinnúmero de dificultades y trámites para poder recobrar el ejercicio del derecho de custodia que ostentaba legalmente. // De tal suerte que el Convenio, [...] tiene como propósito prioritario establecer los trámites y medidas que deben adoptar los Estados miembros, encontrándose allí claramente desarrollado el procedimiento a seguir por las partes en conflicto para amparar derechos ya adquiridos. [...].” Ver Gaceta del Congreso No. 404 del 19 de noviembre de 1993, p. 4.

63 Gaceta del Congreso No. 382 del 4 de noviembre de 1993, p. 13.

64 PÉREZ VERA, Elisa. Miembro de la Comisión Especial de la Conferencia Internacional de la Haya. Informe Explicativo. Citado en INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, s/f, p. 45.

65 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, s/f, p. 47.

66 “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.”

67 “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.”

68 “Artículo 1. La finalidad de la presente Convención será la siguiente: // a) Garantizar la restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; // b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.”

“Artículo 2. Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos de la Convención. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”

69 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.

70 Sentencia T-1021 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Juan Carlos Henao

Pérez). En esta providencia, la Sala Tercera de Revisión consideró 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. El magistrado Henao salvo su voto con fundamento en 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. // [...] 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 2009.”

71 Folios 43 a 44.

72 Folio 110.

73 Folio 105.

74 Folio 105.

75 Folio 104.

77 Folio 110.

78 Folio 110.

79 Folio 111.

80 Folio 111.

81 Folio 112.

82 Folio 112.

83 Folio 113.

84 Folio 114.

85 Folio 114.

86 Folio 115.

87 Folio 115.

88 Folio 116.

89 Folios 116 a 117.

90 Folio 117.

91 Folio 118.

92 Folios 120 y 121.

93 Folio 122.

94 Folios 34 a 42, 126 a 128, y 135 a 138.

95 Folio 145.

96 Folio 42.

97 Sentencia T- 012 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

98 Sentencias T-529 de 1992 (MP. Fabio Morón Díaz); T-531 de 1992 (MP. Eduardo Cifuentes

Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo); T-178 de 1993 (MP. Fabio Morón Díaz); T-217 de 1994 (MP: Alejandro Martínez Caballero); T-290 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz. AV. Carlos Gaviria Díaz); T-587 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-715 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-1214 de 2000 (MP. Álvaro Tafur Galvis); T-209 de 2002 (MP. Alfredo Beltrán Sierra) y T-887 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), entre otras.

100 Como lo recuerda la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otras en el caso de Keegan vs. Irlanda -sentencia del 19 de abril de 1994- en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

101 Al respecto, en la sentencia T-887 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), se sostuvo que: “Es así como la Convención sobre los derechos del niño acentúa, de manera especial, que la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. Desde esta perspectiva, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños. El artículo 7º, prevé, a su turno, que la niñez tiene “derecho a conocer a sus padres y a ser criada por ellos, en la medida en que ello sea posible”. El principio 6º de la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño se pronuncia en sentido similar y determina que cuando resulte factible que los niños y las niñas permanezcan en su entorno familiar, así deberá ser. El mismo principio subraya que los niños o niñas sólo podrán ser separados de su familia biológica por motivos excepcionales”.

102 Sentencias T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-887 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo).

103 En la sentencia T-887 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), esta Corporación recordó que “La protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, las autoridades públicas “deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”. A contrario sensu, tales autoridades tienen la obligación de adelantar programas y políticas públicas así como de adoptar

medidas encaminadas “a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños”. Las autoridades del nivel nacional, departamental y municipal, “deben contar con programas sociales dirigidos a brindarle a las familias opciones para que los niños permanezcan en un ambiente sano y seguro, mientras que sus progenitores cumplen con sus deberes laborales.”

104 Sentencia T-012 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

105 La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos, 7, 8 y 9 que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor. En ese mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) en su artículo 22, dispone que a los niños, las niñas y a los adolescentes les asiste el derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella. Adicionalmente indica que solo podrán ser separados de ésta cuando la familia no le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a los procedimientos establecidos para cada caso concreto.

106“Artículo 26. Cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación de la presente Convención. // Las autoridades centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cargo alguno en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en la presente Convención ni exigirán al solicitante ningún pago por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor. // Sin embargo, un Estado contratante, mediante la formulación de una reserva conforme a lo dispuesto en el artículo 42, podrá declarar que no estará obligado a asumir ningún gasto de los mencionados en el párrafo precedente que se deriven de la participación de abogados o asesores jurídicos o del proceso judicial, excepto en la medida que dichos gastos puedan quedar cubiertos por su sistema de asistencia judicial y asesoramiento jurídico. // Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en la

presente Convención, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó, que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre incluidos los gastos de viaje, todas las costas o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.”

107 Sentencia T-408 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-587 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-412 de 2000 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).