

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Restitución internacional de menores

En la actualidad existe en Colombia un mecanismo, previsto en un tratado internacional orientado específica y exclusivamente a obtener la restitución de un menor a su lugar de residencia en un Estado determinado cuando de manera ilícita ha sido sustraído del mismo por uno de los padres. En efecto, el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, está orientado a “proteger a los niños en el plano internacional contra los efectos dañinos de un traslado o no regreso ilícitos”, y a “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”. Existe una vía judicial alternativa orientada de manera específica al trámite de las solicitudes de restitución internacional de los menores que hayan sido ilícitamente trasladados o retenidos por uno de los padres en Colombia.

TRASLADO O RETENCION ILICITOS DE MENOR

El traslado o la retención de un menor son ilícitos cuando se producen en violación de los derechos de custodia atribuidos a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad. Así, el traslado ilícito ocurre cuando el menor es llevado a través de una frontera internacional sin permiso de quienes tienen los derechos de custodia, y la retención ilícita tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un período acordado, como por ejemplo un período de vacaciones o de visita.

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-Finalidad

La Convención de La Haya de 1980 se orienta a obtener la inmediata restitución internacional de un menor cuando haya sido ilícitamente traslado o retenido por uno de los padres. En el procedimiento contemplado en el Tratado intervienen dos clases de autoridades. Por un lado, conforme al Tratado, los Estados parte deben designar una Autoridad Central, a cuyo cargo está, entre otras funciones, la coordinación tanto interna como internacional, de todo el procedimiento. Por otro lado, el Tratado se refiere a las autoridades judiciales o administrativas que conforme a la legislación de cada Estado tengan la competencia para decidir sobre la restitución.

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-Fase en el trámite de restitución

FASE ADMINISTRATIVA EN TRAMITE DE RESTITUCION DE MENORES

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

RESTITUCION DE MENORES

A la autoridad judicial competente según la legislación del respectivo Estado, corresponde decidir definitivamente sobre la solicitud de restitución para negarla o concederla según sea el caso. La autoridad judicial está obligada a ordenar la restitución, a partir de los presupuestos mínimos para el efecto.

AUTORIDAD JUDICIAL-Presupuestos para disponer la restitución del menor

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 con 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 donde

mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-Aplicación en Colombia/CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-ICBF como autoridad central para el trámite de restitución de menores

Para los efectos del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Colombia designó como Autoridad Central al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF. Esa entidad, reguló el procedimiento interno para la aplicación del Tratado.

FASE ADMINISTRATIVA EN TRAMITE DE RESTITUCION DE MENORES EN COLOMBIA-Competencia del ICBF/INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-No es autoridad judicial para el trámite de restitución de menores

Si el ICBF no logra que los padres lleguen a un acuerdo en torno a la situación del menor, debe promover el trámite de restitución ante la autoridad judicial. Resalta la Sala, que el ICBF no tiene competencia para decidir de manera definitiva sobre la solicitud de restitución, Como se ha dejado establecido, en el texto del Convenio es posible distinguir entre las actividades que competen a la Autoridad Central, por un lado, y las que de acuerdo con la legislación interna de cada Estado, son competencia de las “autoridades judiciales o administrativas”, y que en Colombia son los jueces civiles del Circuito. Y claramente el artículo 13 se refiere a estas segundas autoridades cuando contempla la habilitación para negar la solicitud de restitución. Conforme al ordenamiento colombiano, una decisión definitiva en esta materia sólo puede adoptarse en sede judicial, y no hay ninguna disposición legal que atribuya tal competencia al ICBF o a funcionarios que obren bajo su dependencia.

RESTITUCION DE MENORES EN COLOMBIA-Ausencia de regulación de la fase judicial/JUEZ DE FAMILIA-No existe ley que los faculte para tramitar procesos de restitución de menores/JUEZ DE FAMILIA-Por acto administrativo no se les faculta para tramitar procesos de restitución de menores

PROCESO DE RESTITUCION DE MENORES Y JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO -Competencia para tramitarlo

Concluyó la Corte, después de un detenido análisis, que en ausencia de norma expresa que atribuya la competencia para conocer de los procesos de restitución internacional de menores, su trámite corresponde a los Jueces Civiles del Circuito. De acuerdo con las disposiciones del Tratado, para el trámite de restitución, los Estados parte deben acudir a sus procedimientos de urgencia, y que si bien, pese a que la ley no ha señalado cual es la autoridad competente, es posible establecer que tal competencia corresponde a los Jueces Civiles del Circuito.

RESTITUCION DE MENORES EN COLOMBIA-Proceso verbal sumario

No hay ningún procedimiento que de manera especial se haya previsto para el trámite de restitución en los términos contemplados en el tratado y que se han sistematizado en esta providencia. Acudiendo a las normas del Código de Procedimiento Civil se tendría que el procedimiento aplicable sería el ordinario, en la medida en que por esa vía, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 396, se tramita todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial. Pero ciertamente ese proceso, ni responde a la noción de instrumento de urgencia, ni parece adecuado a los cometidos propios del trámite de restitución, en el que están de por medio los intereses superiores del menor. Sin embargo, es posible una interpretación distinta, puesto que de acuerdo con el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, se tramitarán en única instancia por el procedimiento verbal sumario. Se tramitaran por el proceso verbal los asuntos que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio. En este caso, corresponde al juez del circuito conocer del trámite de restitución, el cual, de acuerdo con el artículo 2º del Convenio debe tramitarse a través de los procedimientos de urgencia.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia general para obtener la restitución internacional de un menor/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para obtener la restitución internacional de un menor por acreditarse un perjuicio irremediable

De ordinario, y salvo que se acredite la posibilidad de un perjuicio irremediable, la acción de tutela no procede para obtener la restitución internacional de un menor, en las hipótesis contempladas en el Convenio de La Haya de 1980, incorporado en la legislación colombiana mediante Ley 173 de 1994. En esos eventos, para obtener la restitución debe acudirse al

procedimiento previsto en el Convenio. No observa la Sala que en este caso estén presentes los elementos que darían lugar a un perjuicio irremediable para los menores que pudiera dar paso al amparo como mecanismo transitorio, que por la naturaleza de la decisión a tomar, de ser favorable a la restitución, desplazaría por completo al procedimiento previsto en la Convención de La Haya de 1980. Es, entonces, a través de ese procedimiento que debe determinarse si se dan los supuestos para que proceda la restitución internacional de los menores y, en caso afirmativo, si se está o no en presencia de alguna de las situaciones de excepción al deber de restituir previstas en el Convenio.

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES EN COLOMBIA-Aspectos

No es procedente la acción de tutela para la solución del presente caso, no puede dejar de advertirse que la ausencia de una ley que de manera específica regule la aplicación en Colombia del trámite de restitución internacional de menores previsto en el Convenio de La Haya de 1980, ha dado lugar a confusiones y dilaciones injustificadas en el trámite de los procesos de restitución. Por esa razón, considera del caso la Corte insistir ante el Congreso de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno Nacional para que a la brevedad posible se tramite una ley que desarrolle de manera específica el contenido del Convenio.

Referencia: expediente T-677624

Accionante: María Teresa Jaramillo Rodríguez

Demandado: Alberto Bursztym Vainberg

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre Lynett, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-677624, instaurado por María Teresa Jaramillo Rodríguez contra Alberto Bursztym Vainberg.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

MARÍA TERESA JARAMILLO RODRÍGUEZ, obrando en nombre propio y en representación de sus menores hijos, presentó, a través de apoderado, acción de tutela en contra del padre de sus hijos por una presunta violación de sus derechos fundamentales y con el objeto de obtener que se ordene la restitución de los menores a su hogar en los Estados Unidos de América.

2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

El Juzgado 39 Civil Municipal, mediante proveídos de 30 de agosto y 6 de septiembre de 2002, asumió el conocimiento de la acción y dispuso que la misma se pusiese en conocimiento del accionado, a quien además citó a audiencia en el juzgado; ordenó, además, citar a la sicóloga Ligia Racovsky, para que absolviese el cuestionario que se le presentaría por el juzgado, y dirigir una nota suplicatoria a la Dirección General de Asuntos Consulares y a la Dirección General de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, para que por su conducto se obtuviese de la Embajada de los Estados Unidos de América la información relativa al status que en materia de visa para ese país tenían María Teresa Jaramillo Rodríguez, Alberto Bursztym Vainberg y los menores Shana y Michael Bursztym Jaramillo.

3. Oposición a la demanda

Mediante escrito de septiembre 4 de 2002 y en la audiencia que se surtió en el Juzgado, el señor Alberto Bursztym Vainberg se opuso a las pretensiones de la demanda.

4. Los hechos

Los hechos que dieron origen a la presente acción de tutela, pueden sintetizarse como sigue:

4.1. Los menores Michael y Shanna Bursztym Jaramillo son hijos adoptivos del matrimonio de Alberto Bursztym Vainberg y María Teresa Jaramillo Rodríguez, ambos de nacionalidad colombiana.

4.2. Los señores Bursztym y Jaramillo decidieron iniciar trámite de divorcio por mutuo acuerdo, el cual fue decretado mediante sentencia de julio 9 de 2001 del Juzgado 11 de Familia de Bogotá.

4.3. En el mes de enero de 1999, los padres de los menores habían suscrito un acuerdo protocolizado ante notario, en el que definían aspectos relacionados con la custodia, el domicilio y el régimen de visitas de los menores. En dicho acuerdo se disponía que la patria potestad se ejercería por los dos padres y que la custodia correspondería a la madre. El domicilio se había fijado en Colombia.

4.4. En julio de 1999, la señora Jaramillo, con la anuencia del señor Bursztym, decidió fijar su domicilio, junto con sus hijos menores, en los EEUU.

4.5. En el poder que se confirió conjuntamente al abogado para que adelantara el trámite de divorcio se decidió ratificar lo acordado en el documento del mes de enero de 1999, salvo en lo que hace al domicilio de los menores, respecto del cual se señaló que se fijaría en los EEUU.

4.6. El juez que decretó el divorcio avaló el acuerdo suscrito por las partes.

4.7. En junio de 2002, en desarrollo del acuerdo que regulaba las relaciones de los padres con sus hijos, el señor Bursztym trajo a los menores a Colombia, para el periodo de vacaciones de fin de año escolar.

4.8. El señor Bursztym decidió de manera unilateral, no enviar a los menores de regreso a los Estados Unidos al finalizar el periodo de vacaciones, sino que por el contrario, los inscribió en el Colegio Colombo Hebreo, para que continuaran sus estudios en Colombia. Así se lo comunicó a la señora Jaramillo.

4.9. El 28 de agosto de 2002 la señora Jaramillo interpuso ante el juzgado la presente acción de tutela.

4.10. Con posterioridad a los fallos de instancia se produjeron los siguientes hechos, según se desprende de las pruebas recaudadas en sede de revisión:

4.10.2. El 25 de febrero de 2003 la Unidad Tercera de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia decidió inhibirse de abrir investigación en la denuncia que, a través de apoderado, presentara María Teresa Jaramillo Rodríguez contra Alberto Bursztym Vainberg por el presunto delito de fraude a resolución judicial que se habría configurado cuando éste se sustrajo al cumplimiento del acuerdo aprobado por el Juez 11 de Familia de Bogotá.

Consideró la Fiscalía que, para efectos penales, no se le podía dar a un acuerdo inter partes el mismo tratamiento que a una resolución judicial, porque ello resultaría contrario al principio de legalidad. Agregó que no obstante lo reprochable de la conducta del denunciado, corresponde a la jurisdicción de familia tomar las medidas del caso.

4.10.3. La señora Jaramillo Rodríguez, en comunicación dirigida a la Corte, manifiesta que acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de solicitar la restitución internacional de sus hijos, pero que dicha solicitud no fue recibida, ni se le dio el trámite respectivo, por cuanto la misma debía ser presentada directamente en los Estados Unidos, ante la Autoridad Central de ese país, en el marco del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional del Niño.

Agrega que por sugerencia de la Subdirección de Intervenciones Directas del ICBF, elevó la solicitud de restitución internacional de sus hijos "... ante el representante de la Autoridad Central en los Estados Unidos, Licenciado Guillermo Galarza, de la National Center For Missing & Exploited Children ...".

Expresa, además, que "[e]l citado Licenciado manifestó que los trámites de retorno internacional adelantados para la aplicación del Convenio de la Haya, en Colombia, son muy demorados, como por ejemplo el caso de MELISSA MARIE BUSTAMANTE ARGOTE, el cual conoció la H. Corte Constitucional en Sentencia T-357/02, que a la fecha y después de tres años de solicitar la aplicación del Convenio en mención, no se ha tomado una decisión de fondo por parte del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, según lo manifestado por la Subdirección de Intervenciones Directas del I.C.B.F.".

Pone de presente, finalmente, la extrema dificultad que debe afrontar para el anterior

trámite, debido a la distancia que existe entre el lugar de su residencia y la Oficina Estatal que atiende la solicitud en los Estados Unidos y a la dificultad en establecer una comunicación con el Licenciado a cargo del asunto.

Observa la Sala que, tal como se reseña más adelante, el ICBF manifiesta no haber recibido directamente una solicitud formal de restitución de los menores, sino hasta después de que se presentó la que se tramitó a través de la Autoridad Central en los EEUU.¹

4.10.4. Mediante comunicación de mayo 27 de 2003 el Coordinador de Recursos en Casos Internacionales del National Center for Missing and Exploited Children en los Estados Unidos de América informa a la Corte Constitucional de Colombia que esa institución ha recibido "... la solicitud de Restitución Internacional de los menores Shanna y Michael Bursztym Jaramillo bajo el Tratado de la Haya de 1980, Substracción Internacional de Menores sobre los aspectos Civiles de la Haya." Agrega que dicha solicitud ha sido mandada a la Autoridad Central Norteamericana, el Departamento de Estado, para ser enviada directamente al ICBF.

4.10.5. En su comunicación a la Corte, la señora Jaramillo Rodríguez manifiesta que a la luz del Convenio de La Haya solicitó la suspensión del proceso de custodia que adelanta el señor Bursztym Vainberg ante el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, solicitud que estaría pendiente de la llegada de los documentos remitidos por la Autoridad Central de los Estados Unidos.

4.10.6. De acuerdo con información suministrada por el ICBF, el 6 de junio de 2003 se recibió una solicitud de restitución internacional presentada por María Teresa Jaramillo Rodríguez, a través del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Con anterioridad a dicha solicitud, el Instituto no había recibido petición directa de la señora Jaramillo Rodríguez y simplemente había tramitado una consulta presentada por un abogado que manifestó actuar en su representación y que posteriormente haría llegar la solicitud y los documentos requeridos. Dicha solicitud se recibió por el Instituto el 23 de junio de 2003.

4.10.7. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al amparo de lo dispuesto en la Convención de la Haya, solicitó la suspensión del trámite del proceso de custodia que se adelanta en el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá.

4.10.8. Hasta la fecha de esta providencia no se conocía pronunciamiento expreso del juzgado sobre dicha solicitud.

4.10.9. La solicitud de restitución internacional de los menores se encuentra en trámite en la regional Bogotá del ICBF, a la que fue remitida por la Subdirección del Instituto, habida consideración que los menores residen en la ciudad de Bogotá.

4.10.10. En concepto del Instituto, en desarrollo de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-357 de 2002, la actuación del Defensor de Familia se limita a constatar la situación o condiciones sociales que rodean a los menores y a tramitar la solicitud de restitución internacional ante el Juez Civil del Circuito - Reparto.

4.10.11. Por consiguiente solo se analiza, si los menores pueden estar o no en situación irregular o de peligro, para, en caso positivo, adoptar la medida de protección que corresponda, y, de lo contrario, remitir la solicitud al juzgado de circuito.

5. Fundamento de la acción

La accionante manifiesta que la conducta de Alberto Bursztym Vainberg, de la que se da cuenta en el aparte de antecedentes de esta providencia, es abiertamente violatoria del derecho fundamental que les asiste tanto a ella como a su menores hijos, de tener una familia, de no ser separado de ella y de disfrutar del cuidado del amor materno. Agrega la accionante que por sus condiciones personales y económicas se le dificulta viajar a Colombia, al paso que el señor Bursztym Vainberg viaja constantemente a los Estados Unidos en razón de sus actividades comerciales, lo que le permite mantener un permanente contacto con sus hijos.

Para sustentar la solicitud de amparo cita decisiones precedentes de la Corte Constitucional en las que se ha señalado que la tutela procede contra particulares cuando, como en este caso, existe una situación de indefensión (Sentencias SU-195 de 1998 y T-161 de 1993); que es viable la tutela como mecanismo transitorio, aún cuando existan otros medios judiciales de defensa (Sentencia Su-195 de 1998); que la separación forzada de un niño de su madre constituye daño irremediable (Sentencia Su-195 de 1998) y se ha fijado el sentido y el alcance del derecho fundamental de los niños a tener una familia y disfrutar del cuidado y del amor materno (Sentencias SU-195 de 1998, T-188 de 2001, T-442 de 1994 y T-182 de 1996).

Anexa una copia de la Sentencia SU-195 de 1998.

6. Pretensión

La accionante pretende que el juez de tutela ordene a Alberto Bursztym Vainberg que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia haga entrega de los menores Shana y Michael Bursztym Jaramillo a su madre en los Estados Unidos de América, para lo cual debe autorizar la salida de los menores del país.

7. Oposición

El señor Bursztym Vainberg señala, en primer lugar, que la presente acción de tutela no es procedente, por cuanto la accionante puede acudir a otros mecanismos de defensa para hacer valer los derechos que estima le han sido violados, como el ICBF o los jueces de familia de Bogotá.

Como fundamento de su oposición, el señor Bursztym Vainberg manifiesta que si bien es cierto que aceptó que los menores se trasladaran a los Estados Unidos, ello no era de manera definitiva, sino temporal, mientras los menores adelantaban estudios en el Colegio Hebreo de Miami. Que por esa razón los menores tienen un status temporal en ese país.

Que la señora Jaramillo Rodríguez no tiene ciudadanía norteamericana y que se encuentra en los Estados Unidos con visa de acompañante de los menores.

Que durante el periodo académico de 2001 el rendimiento escolar de sus hijos en el Samuel Scheec Hillel Community Day School de Miami fue altamente preocupante, no solo por el deficiente desempeño académico, sino por sus continuas inasistencias y retardos, circunstancia que le había sido ocultada por la madre.

Que no está en capacidad de continuar sufragando el alto costo que comporta la educación privada en Miami y que la señora Jaramillo Rodríguez no contribuye con lo que le correspondería, ni está en condiciones de hacerlo, dado que por su status en los Estados Unidos no puede acceder a un trabajo estable y bien remunerado.

Que para garantizar el derecho de sus hijos a la educación decidió matricularlos en el Colegio Colombo Hebreo de Bogotá.

Que atiende de manera satisfactoria todas las necesidades de sus hijos en Bogotá y que no se ha opuesto a que los mismos mantengan comunicación con su madre, ni a que su madre los vea cuantas veces pueda, en Colombia.

Que no mantiene actividad comercial en los Estados Unidos, que sus recursos económicos se han venido a menos y que con dificultad podía viajar a los Estados Unidos para visitar a sus hijos.

Que ha intentado establecer comunicación con la madre de los menores en orden a dialogar sobre el bajo rendimiento académico que han tenido en el Colegio en los Estados Unidos y sus continuas faltas de asistencia, y para llegar un acuerdo en torno a la custodia de los menores mientras ella resida en los Estados Unidos, pero que no ha recibido respuesta.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Primera instancia

El Juzgado 39 Civil Municipal, mediante Sentencia de septiembre 13 de 2002, decidió “Declarar infundada la acción promovida por la señora María Teresa Jaramillo Rodríguez, y por lo tanto denegar la tutela deprecada.”

El Juzgado, después de considerar los elementos de prueba allegados al proceso, basó su decisión en las siguientes consideraciones:

1.1. No se ha producido una afectación de los derechos fundamentales de los menores, ni hay indicios que permitan concluir que su permanencia en Colombia, junto a su padre, implique lo contrario.

1.2. No le corresponde al juez de tutela pronunciarse acerca de los derechos, deberes y obligaciones de los padres, puesto que para ello el competente es el juez de familia.

1.3. La madre no ha facilitado un proceso de concertación orientado a establecer la fórmula que mejor convenga al bienestar de los menores y no ha acreditado en el proceso de tutela que “... en Estados Unidos tiene la estabilidad laboral y económica que le permita permanecer legalmente en ese país.”

2. Impugnación

La accionante impugnó el anterior fallo con base en las siguientes consideraciones:

2.1. Tal como consta en los documentos allegados al proceso, el domicilio actual de los menores, establecido por acuerdo de los padres que fue judicialmente avalado, se encuentra en los Estados Unidos.

2.3. La actitud del señor Bursztym Vainberg no solo comporta una violación del derecho de los menores a contar con la compañía de su madre, sino que además es indicativa de la pretensión irresponsable de utilizarlos para causar dolor y profunda aflicción a la señora María Teresa Jaramillo Rodríguez.

2.4. El señor Bursztym Vainberg ha venido incumpliendo sus obligaciones alimentarias, asunto que es objeto de un proceso ejecutivo de alimentos que cursa en su contra, pero que es relevante en sede de tutela en cuanto que de él se deriva un detrimento para la accionada desde el punto de vista del sostenimiento de sus hijos en los Estados Unidos.

2.5. No es cierto que la señora Jaramillo Rodríguez haya impedido la comunicación con el padre de los menores, demostrativo de lo cual es el permanente acceso que el padre ha tenido a los menores y el hecho de que haya podido traerlos de vacaciones a Colombia.

2.6. Destaca los derechos de los menores a la luz de las disposiciones constitucionales y de los tratados internacionales sobre la materia, y pone de presente que desde esa perspectiva la retención de los menores en Colombia por parte de su padre es ilegítima.

2.7. La vulneración de los derechos fundamentales de los menores derivada de los hechos que dan lugar a esta tutela hace que sea imperativo conceder un amparo inmediato.

3. Segunda instancia

Mediante providencia de 29 de octubre de 2002, el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá decidió confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado 39 Civil Municipal de Bogotá, por medio del cual se declaró la improcedencia del amparo solicitado.

4. Solicitud de insistencia

La Defensoría del Pueblo presentó solicitud de insistencia porque considera que los fallos de instancia deben ser revisados, en aras a salvaguardar los derechos fundamentales tanto de los menores como de la madre.

Considera la Defensoría que la madre se encuentra en condiciones de inferioridad manifiesta frente al accionado y que la situación de indefensión de los menores se presume de acuerdo con nuestro ordenamiento.

Manifiesta que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte conforme a la cual la separación forzada de un menor de su madre da lugar a un perjuicio irremediable y que no se puede legitimar la conducta arbitraria del padre en el presente caso.

Estima que en este caso se están violando los derechos que como madre corresponden a la señora Jaramillo, en particular a no ser separada de sus hijos, así como los derechos de los menores a tener una familia y no ser separados de ella.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

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

2.1. Legitimación activa

La solicitante es persona natural que actúa en su propio nombre y en representación de sus hijos menores que están a su cargo y está, por consiguiente, legitimada para interponer la presente acción.

2.2. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra un particular que estaría legitimado por pasiva en razón de la situación de indefensión que se habría producido como consecuencia de su conducta.

Estima la Sala que, dejando a salvo el análisis que deba adelantarse para establecer los

hechos relevantes para este caso concreto, en los eventos de retención internacional de menores entre cónyuges o excónyuges, la actitud de retener ilícitamente a un menor constituye, en principio y mientras no se acredite lo contrario, un acto unilateral y arbitrario, que pone a los afectados en condiciones de inferioridad fáctica y jurídica, que se encuadran dentro del concepto de indefensión que hace viable la acción de tutela, sin perjuicio del análisis que quepa hacer en relación con la existencia de otros medios de defensa judicial.

2.3. Derechos constitucionales violados o amenazados

La peticionaria solicita la protección de sus derechos fundamentales y los de sus hijos menores a tener una familia y a no ser separados de ella.

2.4. Existencia de medio de defensa judicial alternativo

En la actualidad existe en Colombia un mecanismo, previsto en un tratado internacional orientado específica y exclusivamente a obtener la restitución de un menor a su lugar de residencia en un Estado determinado cuando de manera ilícita ha sido sustraído del mismo por uno de los padres.

En efecto, el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, está orientado a “proteger a los niños en el plano internacional contra los efectos dañinos de un traslado o no regreso ilícitos”, y a “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”.

En el procedimiento de restitución que ha sido previsto en el tratado se ha fijado un término para el trámite de restitución, cuyo cumplimiento la practica internacional muestra muy variable, en atención a la necesidad de acreditar dos tipos de cuestiones:

.- Por una parte, tanto, el derecho de quien hace la solicitud, que se deriva de la titularidad de la custodia del menor y del hecho de estar residiendo con él, como la ilícita sustracción o retención por el otro padre. Para esos efectos, se entiende que el traslado o la retención de un menor son ilícitos cuando se producen en violación de los derechos de custodia atribuidos a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad. Así, el traslado ilícito ocurre cuando el menor es llevado a través de una frontera internacional sin

permiso de quienes tienen los derechos de custodia, y la retención ilícita tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un período acordado, como por ejemplo un período de vacaciones o de visita.

.- Pero adicionalmente, para salvaguardar los intereses del menor, es necesario también indagar acerca de las situaciones de excepción de la cláusula 13 del tratado, que establecen los casos en los que cabe negar la solicitud de restitución.

Así, si bien, de conformidad con el tratado, el compromiso de los Estados es atender, mediante procedimientos de urgencia, a la inmediata restitución del menor al Estado en el que tenía su residencia hasta antes del traslado o la retención ilícita, el propio tratado contempla la posibilidad de que dicha restitución no se produzca cuando pueda establecerse que, (a) la persona que solicita la restitución no estaba ejerciendo los derechos de custodia en el momento del traslado o retención; o haya consentido a dichos traslado o retención, o que luego los haya aceptado, o (b) exista evidencia de que la restitución podría exponer al menor a daños físicos o psicológicos, o a una situación intolerable, o, c) que el menor esté en contra de su restitución y haya llegado a una edad y grado de madurez en el cual sea apropiado tener en cuenta sus opiniones. Observa la Corte que para establecer cualquiera de las hipótesis exceptivas contempladas en el tratado, es necesario adelantar un mínimo trámite probatorio, cuya valoración, en ocasiones puede resultar altamente compleja.

En el caso concreto, el anterior conjunto de situaciones exigiría establecer el status de la madre en los Estados Unidos y su capacidad para garantizar la estadía de los menores en ese país. Esa consideración, entre otras, llevó al juez de primera instancia a declarar infundada la solicitud. Aunque es equivocada la expresión empleada por el juez de instancia, porque comporta un pronunciamiento sobre asuntos de fondo que escapan al ámbito de una controversia de restitución internacional, resulta una conclusión razonable desde la perspectiva de la decisión de restituir o no al menor, porque un presupuesto para que el juez ordene tal restitución es que se acredite la regularidad de la permanencia de los menores y de su progenitora en los Estados Unidos y la capacidad de ésta para hacerse cargo de ellos.²

Resalta la Corte que conforme al Tratado, el objetivo en torno al cual se ha manifestado el compromiso de los Estados parte, es la restitución inmediata de los menores ilícitamente

trasladados o retenidos. Por tal razón al trámite debe imprimírsele la celeridad necesaria para que, sin descuidar la protección de los intereses del menor, se obtenga esa restitución, salvo que, de manera muy excepcional, pueda acreditarse la presencia de alguna de las condiciones de la cláusula 13.

Sin embargo, la actividad probatoria requerida para ese efecto desborda, de ordinario, el ámbito de la acción de tutela y dado que existe un procedimiento, contenido en un tratado internacional, orientado a obtener la expedita restitución de los menores, no procede, en principio, el mecanismo tutelar por existir otro medio de defensa judicial.

No obstante lo anterior, tal como de manera reiterada lo ha afirmado la Corte, la adecuación del medio defensa judicial alternativo para brindar efectiva protección a los derechos fundamentales debe analizarse en concreto, razón por la cual la Corte se referirá a continuación al contenido de la Convención de la Haya y a las condiciones de su aplicación en Colombia.

2.4.1. Decisiones previas de la Corte

La accionante cita como precedente que serviría para sustentar su solicitud, la Sentencia SU-195 de 1998, en la cual la Corte decidió proteger los derechos de un menor que había sido retenido en los Estados Unidos, de manera unilateral por el padre y contra la voluntad de la madre, que residía en Colombia.

En relación con esa Sentencia observa la Sala que es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

.- En primer lugar, para el momento en el que se produjo la retención arbitraria del menor y se presentó la acción de tutela por la madre, Colombia no había ratificado la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de 1980.³

.- En el caso que dio lugar a la citada Sentencia de unificación, no existía previa definición judicial en torno a la custodia del menor, razón por la cual la Corte encontró procedente un amparo transitorio, mientras se adelantaba ante la jurisdicción de familia el

proceso de definición de la guarda y custodia del menor y la regulación de visitas.

.- La Corte adoptó su decisión en atención al perjuicio irremediable que para un menor se produce como consecuencia de su separación forzada de la madre. En tal análisis, aunque no se hizo explícito por la Corte, resultaba relevante la edad del menor, el cual para el momento en el que se produjeron los hechos contaba apenas con cuatro meses de edad.

.- Finalmente, dado que el menor se encontraba con su padre en los Estados Unidos, no obstante que como medida de amparo transitorio dispuso confirmar la decisión del juez de segunda instancia que había ordenado la restitución del menor, la Corte ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores y al consulado de Colombia en la ciudad de los Estados Unidos en la cual se encontraba el menor, que brindaran el soporte necesario para la efectividad de la Sentencia, y en particular, la asistencia jurídica que requiriera quién actuó como tutelante, para hacer efectivos ante la justicia de los Estados Unidos sus derechos y los de su menor hijo.

En dos decisiones de revisión de tutela posteriores, la Corte ha orientado la protección de los derechos de los menores que han sido objeto de traslado o retención internacional ilícita, y del padre o la madre con quien se encontraban residiendo, por la vía del trámite de restitución previsto en el Convenio de La Haya de 1980.

En la Sentencia T-412 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte conoció de una tutela presentada por el padre de un menor contra el Juzgado Tercero de Familia de Pereira que ordenó la restitución de su hijo a los Estados Unidos, apoyado en las disposiciones del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. En esa oportunidad, el accionante acudió a la tutela porque consideró que el juzgado de familia había incurrido en vía de hecho por cuanto no tuvo en cuenta la opinión del menor, no se practicaron algunas pruebas y no fueron valoradas debidamente los restantes elementos probatorios.

La Corte, si bien, en la medida en que tales aspectos no habían sido objeto de controversia, no se pronunció sobre la procedencia del trámite de restitución, ni sobre los alcances de la Resolución 1399 de 1998 del ICBF que sirvió de base para el mismo, decidió confirmar las decisiones de los jueces de instancia que habían denegado el amparo, por considerar que el trámite, en los puntos cuestionados por el accionante, se había ajustado a las previsiones del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

En la Sentencia T-357 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte encontró que se habían desconocido los derechos fundamentales al debido proceso y al juez natural del accionante, debido a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar había asumido el conocimiento y llevado hasta su culminación mediante decisión que negaba la restitución solicitada, el trámite de restitución internacional que se había iniciado al amparo de las previsiones del Convenio de La Haya de 1980. En dicha Providencia, la Corte precisó que si bien la acción de tutela era procedente para cuestionar la decisión del ICBF, no lo era para decidir sobre la controversia de restitución internacional, razón por la cual dispuso que el expediente se remitiese al Juzgado Civil del Circuito de Bogotá (reparto), para que una vez asignado, el juzgado de conocimiento promueva el mismo con la mayor diligencia para definir la situación del menor.

2.4.2. La Convención de La Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores

Como se ha señalado, la Convención de La Haya de 1980 se orienta a obtener la inmediata restitución internacional de un menor cuando haya sido ilícitamente traslado o retenido por uno de los padres.

Encuentra la Corte que en atención a la naturaleza de las funciones que cumplen esas autoridades enunciadas en el Tratado y de acuerdo con el ordenamiento constitucional colombiano, es posible distinguir dos fases en el trámite de restitución: una administrativa y una judicial.

Debe tenerse en cuenta que no obstante que el Tratado se refiere a la segunda de las autoridades mencionadas como “la autoridad administrativa o judicial”, tal como se señaló por la Corte en la Sentencia T-357 de 2002, la decisión definitiva sobre la restitución internacional de un menor solo puede adoptarse en Colombia en sede judicial, por el funcionario competente.

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 la

Autoridad Central adelantar las siguientes funciones (Artículo 7 del Tratado):

La Autoridad Central deberá tomar todas las medidas apropiadas, ya sea directamente o con la colaboración de cualquier intermediario:

- 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;
- d) Para intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño;
- 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.

Puede apreciarse que a la Autoridad Central corresponde, fundamentalmente, recibir la solicitud e impulsar su trámite; localizar al menor, indagar sobre su actual situación y adoptar las medidas de protección que sean del caso; promover la restitución voluntaria e iniciar el trámite judicial de restitución cuando ello no sea posible.

Es preciso tener en cuenta que el artículo 10 del Tratado reitera la obligación de la Autoridad Central del Estado donde se halla el niño de tomar o hacer tomar las medidas apropiadas

para asegurar su entrega voluntaria.

Por otra parte, el artículo 13 del Tratado dispone que “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.” Considera la Corte que puesto que de acuerdo con el artículo 7 del Tratado, corresponde a la Autoridad Central la responsabilidad de “... intercambiar, si ello resultara útil, datos relativos a la situación social del niño ...”, antes de remitir el trámite de restitución internacional a la autoridad judicial competente, la Autoridad Central debe haber establecido, cuando ello sea del caso, la situación social del menor en el Estado requirente.

Agotado el trámite en la fase administrativa sin que se haya obtenido la restitución voluntaria del menor, la Autoridad Central debe dar curso a la fase judicial.

A la autoridad judicial competente según la legislación del respectivo Estado, corresponde 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:

- .- 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 tenga todavía 16 años.
- .- Que el menor, previamente a la conducta que da lugar a la solicitud, no haya sido desplazado de manera ilícita, esto es, contrariando el régimen de custodia y de visitas.

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 con 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 requiriente 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 donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

Como se ha señalado, para establecer tanto los presupuestos como las hipótesis exceptivas del deber de restitución, el juez debe obrar a partir del expediente que le haya sido suministrado por la Autoridad Central. Dicho criterio, sin embargo, no opera en relación con la excepción prevista en el literal c) anterior, por cuanto corresponde a la autoridad judicial, directamente, apreciar, tanto el grado de madurez del menor, como el sentido de su voluntad y su capacidad de autodeterminación para el momento de expresarla.

Resalta la Corte que de acuerdo con el Convenio, tanto para la fase administrativa, como para la judicial, los Estados parte deben acudir a sus procedimientos de urgencia y ello exige que el trámite cuyas etapas se han descrito, sea desarrollado por la legislación de cada Estado, para definir de manera específica, tanto las autoridades competentes como los procedimientos de urgencia aplicables.

No obstante lo anterior, es posible concluir, a partir del texto del Tratado y del espíritu que lo anima, que puesto que su propósito es el de permitir la inmediata restitución de un menor que ha sido ilícitamente trasladado o retenido, no obstante que la consideración de los intereses superiores del menor sugiere la posibilidad de un trámite oficioso, el debate probatorio en torno a las condiciones que permitan negar la restitución debe hacerse fundamentalmente a partir de las alegaciones del padre requerido, sin que en principio, quepa hacer indagaciones generales sobre las condiciones del menor en su Estado de residencia habitual, si de la declaración del padre requerido no se desprende que exista una específica condición de riesgo o de peligro.

2.4.3. La aplicación en Colombia del Tratado sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Esa entidad, reguló el procedimiento interno para la aplicación del Tratado.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-357 de 2002, al decidir un caso en el cual el ICBF, en desarrollo de la anterior resolución, había asumido la plenitud del trámite de restitución, hasta concluir con una decisión definitiva conforme a la cual se resolvía negar la inmediata restitución de una menor a su lugar de residencia habitual en los Estados Unidos, consideró que la mencionada Resolución resultaba inaplicable por resultar contraria a la Constitución, en la medida en que asignaba a autoridades administrativas y judiciales competencias que no estaban previstas en la ley.

La Corte, sin embargo, hizo la salvedad de que la resolución había sido demandada ante el Consejo de Estado, entidad a la que correspondería decidir de manera definitiva sobre su constitucionalidad.

El Consejo de Estado, en fallo con Radicación número 11001-03-24-000-2000-6428-01(6428) de agosto 23 de 2002, encontró que la Resolución del ICBF se ajustaba a la Constitución y a

la Ley. Sin embargo, tal como se establecerá más adelante, en consonancia con el propio fallo del Consejo de Estado, la Corte encuentra que los artículos 8 y 13 de la Resolución no pueden aplicarse, por ausencia de un presupuesto señalado en el mismo fallo, esto es que las competencias a las que ellos se refieren hayan sido previamente asignadas a las respectivas autoridades por la ley.

De esta manera, se tiene, entonces que, tal como se ha expresado, para la aplicación del convenio es necesario diferenciar las funciones que debe cumplir la Autoridad Central, directamente o a través de sus dependencias -en Colombia el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- y las funciones que son competencia de las autoridades judiciales.

Encuentra la Corte que, en consonancia con lo dispuesto por el Consejo de Estado, las funciones que a la Autoridad Central se asignan en la Resolución 1399 de 1998 del ICBF, corresponden al desarrollo de competencias legales del ICBF y de los Defensores de Familia y que se derivan, tanto del texto del Tratado, como de la circunstancia de haber sido designado el ICBF como Autoridad Central para efectos del mismo.

Así, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le corresponde:

- .- Coordinar toda la actividad requerida para la aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. (Art. 1 Res. 1399/98)
- .- Recibir las solicitudes para la aplicación del mencionado Convenio, tanto de la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, como de los ciudadanos colombianos o extranjeros que así lo requieran. (Art. 2 Res. 1399/98)
- .- Verificar que se hayan cumplido las condiciones para aplicación del Convenio de La Haya y que se anexen todos los documentos necesarios. En caso contrario devolver la solicitud al peticionario con las instrucciones pertinentes. (Art. 2 Res. 1399/98)
- .- Adelantar el trámite correspondiente para la localización en el territorio colombiano del menor trasladado o retenido de manera ilícita.
- .- Coordinar con la Autoridad correspondiente (DAS o Policía) los trámites necesarios para garantizar los derechos del niño y protegerlo, fundamentando su actuación en el Código

del Menor (Art.57, num.1,2,3).

.- Ordenar una investigación sobre la real situación del niño, y en el evento de que éste se hallare en peligro, adoptar de manera preventiva, las medidas de protección para menores de edad, contempladas en el Código del Menor.

.- Promover la restitución voluntaria y la conciliación entre las partes.

.- Cuando sea del caso, para constatar las afirmaciones del padre requerido, adelantar los trámites necesarios para establecer la situación del menor en su lugar de residencia habitual en el Estado desde el que se hace el requerimiento.

.- Si la restitución del menor, no se obtuviere en forma voluntaria o mediante la conciliación, realizar las gestiones necesarias para obtener su restitución por vía judicial. Para el efecto deberá presentar la demanda ante el juez competente⁵, acompañada de la documentación requerida por el convenio y por las normas procedimentales vigentes sin perjuicio de la intervención del apoderado del solicitante.

. Admitida la demanda por el juzgado, el Defensor de Familia adscrito al mismo, intervendrá a favor de los intereses del menor.

Tal como se acaba de señalar, si el ICBF no logra que los padres lleguen a un acuerdo en torno a la situación del menor, debe promover el trámite de restitución ante la autoridad judicial. Resalta la Sala, que el ICBF no tiene competencia para decidir de manera definitiva sobre la solicitud de restitución, y que por consiguiente, no obstante que no fue anulada por el Consejo de Estado, no resulta aplicable la disposición contenida en el artículo 8 de la Resolución 1399 de 1998 del ICBF, conforme a la cual “El Defensor de Familia podrá mediante resolución motivada disponer el no regreso del menor al lugar de residencia habitual, cuando las circunstancias, las investigaciones y las pruebas debidamente allegadas y practicadas así lo indiquen, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Convenio ...”. A ese efecto basta con anotar que, como se ha dejado establecido, en el texto del Convenio es posible distinguir entre las actividades que competen a la Autoridad Central, por un lado, y las que de acuerdo con la legislación interna de cada Estado, son competencia de las “autoridades judiciales o administrativas”, y que en Colombia son los jueces civiles del Circuito. Y claramente el artículo 13 se refiere a estas segundas autoridades cuando

contempla la habilitación para negar la solicitud de restitución. Conforme al ordenamiento colombiano, una decisión definitiva en esta materia sólo puede adoptarse en sede judicial, y no hay ninguna disposición legal que atribuya tal competencia al ICBF o a funcionarios que obren bajo su dependencia.

Observa la Sala que a diferencia de lo que ocurre con la fase administrativa del trámite de restitución, para la cual en desarrollo del tratado se ha designado la autoridad central y se ha regulado, a nivel administrativo, el trámite interno aplicable en dicha fase, no hay regulación alguna que desarrolle el convenio en su fase judicial.

Esto es, Colombia está en mora de expedir una ley que atribuya la competencia específica para adelantar el trámite de restitución de menores en los términos del Convenio de la Haya de 1980, y establezca los procedimientos de urgencia aplicables.

No obstante que en la Resolución del ICBF se dispone que los Defensores de Familia deberán presentar la demanda de restitución ante los jueces de Familia no hay ley que atribuya tal competencia a los jueces de familia y que ellos no pueden ejercer esa función a partir de la mera referencia que a ellos se hace en una Resolución Administrativa. Por tal razón estima la Sala que en esta materia la Resolución 1399 de 1998 debe entenderse referida al juez competente de acuerdo con la legislación colombiana.

Tal como se puso de presente en la pluricitada Sentencia T-357 de 2002, dicha competencia corresponde a los jueces Civiles del Circuito. Señaló, entonces, la Corte que, "... una primera interpretación sugiere que el legislador no ha encomendado a ninguna autoridad la resolución de esta clase de controversias." Agregó, sin embargo, que "... si bien es cierto que fue aprobado el Convenio Internacional de Restitución de Menores, adoptado mediante ley y declarado exequible por la Corte Constitucional, también lo es que ninguna precisión hace sobre quién debe conocer dichos procesos. Y bajo esa óptica, ante la falta de competencia expresa debería concluirse que el Convenio es inaplicable, por lo menos hasta cuando el legislador diseñe una regulación al respecto. Sin embargo, un análisis reposado lleva a la conclusión contraria y demuestra que en realidad el ordenamiento prevé una solución para el caso." Concluyó la Corte, después de un detenido análisis, que en ausencia de norma expresa que atribuya la competencia para conocer de los procesos de restitución internacional de menores, su trámite corresponde a los Jueces Civiles del Circuito.

De acuerdo con la lectura del Tratado que se ha hecho en esta providencia, a los jueces del circuito correspondería:

1. Recibir la demanda de restitución presentada por el ICBF junto con el respectivo expediente administrativo.
2. Dar traslado a la persona requiriente y al padre o madre requerido para que se pronuncien sobre la demanda.
3. Decretar las pruebas que considere necesarias para completar el expediente elaborado por la autoridad administrativa.
4. Cuando sea del caso, oír al menor para decidir sobre su grado de madurez y su voluntad de regresar o no a su lugar de residencia habitual.

Observa la Corte que de acuerdo con las disposiciones del Tratado, para el trámite de restitución, los Estados parte deben acudir a sus procedimientos de urgencia, y que si bien, pese a que la ley no ha señalado cual es la autoridad competente, es posible establecer que tal competencia corresponde a los Jueces Civiles del Circuito. Sin embargo cabe preguntar acerca del procedimiento que deben cumplir los jueces del circuito para cumplir los cometidos que les corresponden conforme al tratado.

En esta materia se aprecia que no hay ningún procedimiento que de manera especial se haya previsto para el trámite de restitución en los términos contemplados en el tratado y que se han sistematizado en esta providencia.

Acudiendo a las normas del Código de Procedimiento Civil se tendría que el procedimiento aplicable sería el ordinario, en la medida en que por esa vía, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 396, se tramita todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial. Pero ciertamente ese proceso, ni responde a la noción de instrumento de urgencia, ni parece adecuado a los cometidos propios del trámite de restitución, en el que están de por medio los intereses superiores del menor de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.

Tal consideración conduciría nuevamente a la conclusión de que el tratado resultaría inaplicable. Sin embargo, es posible una interpretación distinta, puesto que de acuerdo con el

artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, se tramitarán en única instancia por el procedimiento verbal sumario, "... 5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez previstos en la Ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar." Si bien el proceso de restitución internacional de menores no está expresamente previsto, ni hay referencia alguna a la Ley 173 de 1994, aprobatoria del Convenio de la Haya de 1980, no es menos cierto que de acuerdo con su naturaleza y con la Resolución 1399 de 1998 del ICBF - cuya legalidad fue avalada por el Consejo de Estado -, el trámite de restitución internacional de menores responde a una controversia entre padres, respecto de sus hijos menores y en los cuales el Defensor de Familia debe actuar en representación de los intereses de estos últimos. En dicha norma procesal se dejan a salvo las competencias que conforme a la ley le corresponden al ICBF, y por consiguiente es claro que el juez debe adaptar el trámite a la circunstancia de que existe una previa fase administrativa, en los términos que se han reseñado en esta providencia. Por otra parte debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el numeral 10 del mismo artículo 435 del CPC, se tramitaran por el proceso verbal los asuntos que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio. En este caso, corresponde al juez del circuito conocer del trámite de restitución, el cual, de acuerdo con el artículo 2º del Convenio debe tramitarse a través de los procedimientos de urgencia.

2.4.4. Conclusiones

1. De ordinario, y salvo que se acredite la posibilidad de un perjuicio irremediable, la acción de tutela no procede para obtener la restitución internacional de un menor, en las hipótesis contempladas en el Convenio de La Haya de 1980, incorporado en la legislación colombiana mediante Ley 173 de 1994.

2. En esos eventos, para obtener la restitución debe acudir al procedimiento previsto en el Convenio.

En ese contexto, resulta per se, contrario al interés superior del menor, su sustracción ilícita del hogar que le corresponde conforme a la ley. No cabe argumentar la posibilidad de ofrecerle condiciones superiores a las que tiene con el padre o la madre a cargo de su custodia. Así, coincide con el interés superior del menor su restitución inmediata al hogar del que fue ilícitamente sustraído, sin que al efecto quepan consideraciones de valor sobre cual de los padres puede ofrecerle mejores condiciones.

3. No obstante que el Tratado contempla la necesidad de trámite de urgencia, la ley colombiana no ha desarrollado un procedimiento específico, distinto de la parcial regulación de la Resolución 1399 de 1998 del ICBF. Por consiguiente, considera la Sala necesario exhortar nuevamente al legislador para que determine tanto las autoridades competentes para conocer en sede judicial del trámite de restitución, como los procedimientos aplicables para el efecto. No obstante esa omisión legislativa, estima la Corte que ello no abre, en principio, la vía de la acción de tutela, porque el asunto requiere un debate probatorio cuyo desarrollo excede el ámbito temporal de esta acción, al punto que dentro del Convenio de restitución se ha previsto un término de seis semanas como razonable para que se cumpla todo el trámite.

4. La Resolución 1399 de 1998 del ICBF, que fue encontrada ajustada a la ley por el Consejo de Estado en Sentencia de agosto 23 de 2002, se encuentra vigente y debe aplicarse en lo pertinente. Sin embargo, tal resolución, por vacíos del ordenamiento y ambigüedades o imprecisiones en la misma necesita interpretarse para fijar su alcance.

5. Para hacer efectiva la defensa de los derechos fundamentales que se encuentran en juego, mientras el legislador establece el trámite específico que el Tratado requiere, es necesario fijar parámetros claros que permitan una efectiva protección de los derechos de los menores. Para ello es necesario precisar el trámite de restitución en los siguientes aspectos:

5.1. La solicitud debe presentarse por el padre afectado, directamente, o través de la Autoridad Central del Estado del cual fue sustraído el menor, ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

5.2. El Instituto, en trámite que debe ser breve en relación con los parámetros fijados en el Tratado, debe adelantar las siguientes acciones:

.- Revisión de la documentación y devolución de la misma si no está completa. Sus decisiones en esta fase no tienen carácter definitivo ni comportan pronunciamiento sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud. Simplemente indican la insuficiencia de la documentación allegada para iniciar el trámite.

.- Admitida la solicitud, el Instituto debe disponer que se adelante una indagación preliminar orientada a establecer el paradero del menor, las condiciones en las que se encuentre, y si es del caso, adoptar las medidas de protección que sean necesarias. Simultáneamente, cuando sea del caso en virtud de las afirmaciones del padre o la madre requeridos, debe coordinar con la Autoridad Central del Estado desde el que se hace el requerimiento, o con la autoridad que tenga competencia para el efecto en el extranjero, una averiguación sobre las condiciones que pudiesen implicar un riesgo grave para el menor en el evento de su restitución.

.- Desde el principio del trámite, el Instituto debe darse a la tarea de aproximación de los padres, buscando una solución de mutuo acuerdo. La actuación en este frente debe ser conducente al fin buscado y desarrollarse dentro de términos ciertos, para evitar dilaciones injustificadas.

.- Completada la etapa probatoria y si no ha sido posible llegar a un acuerdo entre los padres sobre la situación del menor, presentar ante el juzgado del circuito del lugar en el que se encuentre el menor, demanda de restitución, acompañando el expediente administrativo completo. El Defensor de Menores debe representar los intereses del menor a lo largo del proceso.

5.3. Destaca la Sala que el Instituto o la autoridades que dependen de él no puede, en ningún caso, adoptar una decisión definitiva sobre la solicitud de restitución, o sustraerla del conocimiento de la autoridad judicial competente, en término razonable, en los eventos en los que no haya acuerdo.

5.4. Recibida la demanda por el juzgado al que corresponda el asunto, este debe tramitarla por el procedimiento verbal sumario, con la celeridad que la naturaleza del asunto

amerita y teniendo presente que la finalidad del trámite es obtener la restitución inmediata del menor, salvo que se acrediten las circunstancias de excepción previstas en la cláusula 13 del tratado.

2.4.5. El caso concreto

El presente caso, la accionante interpone la acción de tutela debido a que el padre de su menores hijos que, de conformidad con un acuerdo suscrito entre los cónyuges y avalado por el juez que decreto su divorcio, residían con ella en la ciudad de Miami, de manera unilateral decidió retenerlos en Colombia al término del periodo de vacaciones escolares para el cual se había desplazado al país.

Asevera la accionante que sus menores hijos han hecho su vida familiar y social en los Estados Unidos, con la comunidad hebrea a la que pertenecen, en un colegio de religión judía, en condiciones armónicas y adecuadas para su desarrollo. Para acreditar lo anterior, acompaña numerosas pruebas documentales y solicita la práctica de otras pruebas.

Por su parte, el padre requerido manifestó en el proceso que tomó la decisión de mantener a sus hijos en Colombia debido a que su desempeño en el Colegio en los Estados Unidos distaba mucho de ser satisfactorio, puesto que registran un número inusual de llegadas tarde e inasistencias a clase; a que los menores tienen un estatus temporal en los Estados Unidos, no tienen visa de residentes en ese país y, por consiguiente, su estadía allí depende de su vinculación al colegio en el que se encontraban matriculados; a que no está condiciones de continuar sufragando el alto costo de la educación privada en los Estados Unidos y que la madre de los menores, debido al estatus precario que tiene en ese país, no puede brindar un apoyo sustancial a ese efecto.

Encuentra la Sala que tal como se ha planteado la situación, la decisión de restituir a los menores está supeditada a que, una vez establecidos los presupuestos para ello, se determine si los argumentos presentados por el padre se inscriben dentro de las excepciones al deber de restituir previstas en el artículo 13 del Convenio de La Haya.

Para ese efecto, tal como se ha dejado sentado en esta providencia, existe una vía judicial alternativa orientada de manera específica al trámite de las solicitudes de restitución internacional de los menores que hayan sido ilícitamente trasladados o retenidos por uno de

los padres en Colombia.

No obstante que, en principio, y hasta que se establezca lo contrario, la actitud del padre o de la madre que de manera unilateral sustrae a sus hijos del lugar en donde residían en el extranjero, o los retiene en Colombia después de un periodo de visita, es contraria a derecho y da lugar a la inmediata restitución del menor, no observa la Sala que en este caso estén presentes los elementos que darían lugar a un perjuicio irremediable para los menores que pudiera dar paso al amparo como mecanismo transitorio, que por la naturaleza de la decisión a tomar, de ser favorable a la restitución, desplazaría por completo al procedimiento previsto en la Convención de La Haya de 1980. Es, entonces, a través de ese procedimiento que debe determinarse si se dan los supuestos para que proceda la restitución internacional de los menores y, en caso afirmativo, si se está o no en presencia de alguna de las situaciones de excepción al deber de restituir previstas en el Convenio.

Por las anteriores consideraciones, el amparo solicitado no es procedente y habrán de confirmarse las decisiones de los jueces de instancia, pero con base en las razones expuestas en esta providencia.

Pese a que, como se acaba de señalar, la Sala ha encontrado que no es procedente la acción de tutela para la solución del presente caso, no puede dejar de advertirse que la ausencia de una ley que de manera específica regule la aplicación en Colombia del trámite de restitución internacional de menores previsto en el Convenio de La Haya de 1980, ha dado lugar a confusiones y dilaciones injustificadas en el trámite de los proceso de restitución.

Por esa razón, considera del caso la Corte insistir ante el Congreso de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno Nacional para que a la brevedad posible se tramite una ley que desarrolle de manera específica el contenido del Convenio.

Del mismo modo considera la Sala necesario instar al ICBF y a los jueces civiles del Circuito, para que, cuando corresponda, tramiten las solicitudes de restitución, con la celeridad que la naturaleza de la materia exige y que constituye el presupuesto fundamental que anima el Convenio de la Haya de 1980, para lo cual habría lugar a aplicar las pautas que se han señalado en esta providencia y que constituyen criterios interpretativos del procedimiento de restitución, ajustados a la Constitución y orientados a permitir el mejor funcionamiento del instrumento que la Ley ha previsto para estos casos y de cuya operancia depende la efectiva

protección de los derechos fundamentales de los menores y de sus padres.

En este contexto, cabe advertir, que si bien, de ordinario, la acción de tutela no puede sustituir el trámite que se desprende del Convenio de La Haya de 1980, si serían susceptibles de protección por el trámite sumario de la tutela los derechos fundamentales de los menores cuya violación sea consecuencia de la dilación injustificada del trámite de restitución.

Finalmente, corresponderá al juez que conozca de la solicitud de restitución decidir sobre el efecto del trámite de restitución internacional iniciado por la señora María Teresa Jaramillo Rodríguez sobre el proceso de custodia iniciado por el señor Albero Bursztym Vaingberg en relación con sus menores hijos, a la luz de lo dispuesto en el artículo del Convenio de La Haya, conforme al cual “[d]espués de haber sido informadas del traslado ilícito de un niño o de su no regreso en el sentido del artículo 3o., las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contractante (sic) a donde el niño hubiere sido trasladado o retenido no podrán resolver sobre el fondo del derecho de guarda sino hasta que hubiere sido probado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para un regreso del niño o hasta que no haya transcurrido un período prudencial sin que haya sido presentada una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el Convenio.”

IV. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.-CONFIRMAR las sentencias proferidas por el Juez 39 Civil Municipal de Bogotá y por el Juez 19 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de tutela de la referencia, por las razones expresadas en esta providencia.

Segundo.- EXHORTAR al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y al Consejo Superior de la Judicatura, para que a la mayor brevedad posible se tramite un proyecto de ley orientado a regular la aplicación en Colombia del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. Para ese efecto, copia de esta decisión se enviará al Presidente del Senado de la República, al Presidente de la Cámara de

Representantes, al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, y a la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Ver 4.10.6, infra.

2 En esta materia, está de por medio la solución de la controversia que existe entre los padres en relación con las obligaciones alimentarias, y dentro de la cual, según documento aportado por el abogado Diego H. Vasquez T., quien dijo obrar por solicitud de la actora, en proceso que se adelanta en el juzgado Noveno de familia, se expidió mandamiento de pago contra Alberto Burzty Vaingberg por una suma sustancial de dinero por concepto de alimentos atrasados.

3 En efecto, la tutela se presentó el 6 de abril de 1995, y, tal como consta en el Decreto 517 de 1996, por el cual se promulga el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, dicho convenio empezó a regir en Colombia el 1 de marzo de 1996, en atención a que Colombia depositó el

instrumento de adhesión el 13 de diciembre de 1995.

4 El artículo 13 del tratado dispone: 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.

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