

Sentencia T-412/00

VIA DE HECHO-Inexistencia en proceso de restitución de menor por no escucharlo directamente

Dado que lo que se definía en el proceso mencionado era la restitución del menor y no el derecho de guarda o de custodia, la decisión de no escuchar directamente la opinión del niño de seis años - que ha permanecido por más de dos años en el hogar paterno; lejos de su madre y en contra de la voluntad de ésta; sin conocer la razón que explica tal distanciamiento; y sin que exista siquiera algún indicio sobre posible violencia o maltrato por parte de la madre - parece razonable. En otras palabras, en las circunstancias que se describen en detalle en los antecedentes, no puede ser calificada de arbitraria la consideración judicial según la cual el menor no ha alcanzado una edad y madurez que permita tener en cuenta su opinión para efectos de definir si se ordena o no su traslado a los Estados Unidos. Como es evidente, se trata de la adopción de una decisión determinante para el futuro del menor y, sin embargo, no parece que éste tenga plena capacidad para comprender y aceptar plenamente los efectos que la misma puede tener. Adicionalmente, los intereses del niño estuvieron representados tanto por la Defensora de Familia, como por los apoderados de las partes. Finalmente, el menor tuvo oportunidad de expresarse libremente ante el psicólogo forense de Medicina Legal. En este punto, coincide la Corte con los jueces de tutela de primera y segunda instancia, para quienes la decisión del Juez demandado no devela un acto de arbitrariedad que resulte ajeno al ordenamiento jurídico vigente.

VIA DE HECHO-Inexistencia por rechazo de prueba

La prueba extemporáneamente solicitada por el padre, encaminada a demostrar que, en alguna oportunidad, el comportamiento íntimo de la señora con su nueva pareja no se ajustó a determinados cánones morales, no resulta en absoluto indispensable para resolver la cuestión sometida a decisión judicial. Incluso si lo que afirma el actor fuera cierto, ello no implica necesariamente que el reintegro del menor al hogar materno apareje un grave riesgo para él o que lo coloque en una situación intolerable. Si el padre considera que el comportamiento descrito es reprobable y que puede implicar un “mal ejemplo” para su hijo, tiene la posibilidad de acudir a las autoridades de Georgia para solicitar el replanteamiento de los términos del “Plan de Padres”, pero no es el proceso de reintegro la oportunidad adecuada para formular tal alegato.

A este respecto, no sobra recordar que, como fue previamente señalado, el juez que decide el reintegro no tiene competencia para definir asuntos relacionados con la custodia. Esta es una cuestión que sólo puede ser resuelta en el Estado de residencia habitual del menor, salvo que el juez competente decida que el reintegro no es procedente (art. 16 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores). En consecuencia, mal puede calificarse como vía de hecho judicial la decisión del juez de rechazar la práctica de una prueba que no sólo fue extemporáneamente solicitada, sino que no parece necesaria para resolver la cuestión de fondo planteada en el proceso de reintegro del menor a su lugar de residencia habitual.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Características

El interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar bueno o mejor para el niño. Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: (1) en primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; (4) finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo. A juicio de la Corte, en el presente caso no se dan los elementos antes establecidos para que pueda justificarse la separación de la madre y el hijo en nombre del interés superior del menor. Por el contrario, considera la Corte que, en el caso que ocupa la atención de esta Corporación, el actor quiere romper los vínculos entre la madre y el hijo fundado, exclusivamente, en sus propias preferencias.

PROCESO DE RESTITUCION DEL MENOR-Firma de entrega

Si el padre se presentare voluntariamente durante los cinco días siguientes a la notificación de este fallo, y manifestare su voluntad de participar en un proceso de preparación del menor para evitarle un daño mayor al que ya ha tenido que soportar, siempre que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar lo considere prudente, podrá permitirse que el menor permanezca en el hogar paterno, mientras se produce la restitución. No obstante, si a juicio de los funcionarios competentes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la permanencia del menor en el hogar paterno aparece alguna amenaza contra su integridad física o moral; o puede tener como resultado un intento por evadir lo dispuesto en el presente fallo; o si el padre se niega a recibir adecuada intervención psicosocial; se deberá ordenar el traslado del menor a un hogar sustituto, mientras se produce la entrega a la madre. En todo caso, el niño deberá ser trasladado al hogar sustituto, si el padre no se presenta voluntariamente dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta providencia, y resulta necesario proceder a su búsqueda y a la recuperación del menor por la vía coactiva. Una vez notificado el presente fallo, el funcionario competente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, deberá comunicarse de inmediato con la señora y con su apoderada dentro del proceso de restitución, para informarles sobre lo decidido y definir todas las cuestiones relevantes para proceder a la restitución, de tal suerte que la misma se produzca con el menor traumatismo posible para el niño. El Instituto de Bienestar Familiar deberá asumir la protección inmediata y temporal del menor, mientras se realiza la restitución. El niño deberá ser entregado directamente a la madre, a más tardar dentro de los 8 días siguientes a su llegada al país, salvo que antes del vencimiento del mencionado plazo, los padres lleguen a un acuerdo diferente.

Referencia: expediente T- 266082

Acción de tutela instaurada por Víctor Salazar Pinillos contra el Juzgado Tercero de Familia de Pereira.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa fe de Bogotá, D.C., diez (10) de abril de dos mil (2000).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia dentro de la acción de tutela instaurada por Víctor Salazar Pinillos contra el Juzgado Tercero de Familia de Pereira.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1. El 1 de septiembre de 1999, el señor Víctor Salazar Pinillos interpuso acción de tutela, en su propio nombre y en el de su hijo Julio Eduardo Salazar Henao, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, contra el Juzgado Tercero de Familia de la misma ciudad. En su criterio, el despacho judicial demandado incurrió en una vía de hecho judicial y vulneró los derechos fundamentales del menor (C.P., artículo 44), al ordenar su restitución a los Estados Unidos de América.

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

2.1. El menor Julio Eduardo Salazar Henao es hijo de los señores Víctor Salazar Pinillos, de nacionalidad colombiana, y Karin Lorena Henao Toro, ciudadana estadounidense, quienes contrajeron matrimonio en la Notaria Segunda de Santa Fe de Bogotá el 22 de enero de 1992. La pareja fijó su residencia en el Estado de Georgia, Estados Unidos, lugar donde nació Julio Eduardo el 25 de junio de 1993.

2.2 En el mes de junio de 1996, los padres del menor, quienes se encontraban separados de hecho, suscribieron un acuerdo, denominado *plan de padres*, ante las autoridades de Atlanta, Georgia, respecto a sus derechos y obligaciones para con el menor. Dicho acuerdo establece con claridad que la custodia de Julio Eduardo sería compartida y que cada uno de los padres tendría a su lado al menor durante determinados días de la

semana. Adicionalmente, los padres acordaron “no hacer planes o arreglos que interfieran con el tiempo del otro padre con Julio sin acuerdo expreso, por escrito, del otro padre”. Sobre el periodo de vacaciones convinieron en que “cada padre tendrá derecho a tener a Julio por una semana dos veces al año”. Igualmente, acordaron en detalle, la forma como compartirían con Julio Eduardo los días festivos, y especiales, así como todo lo relacionado con posibles citas médicas y profesionales, llamadas telefónicas, registros de salud y escolares, manejo de la ropa y los juguetes, entre otros asuntos.

Tanto Víctor Salazar Pinillos como Karin Lorena Henao Toro, se comprometieron a respetar el derecho del otro padre a desarrollar su relación con el menor y a analizar conjuntamente cualquier desacuerdo. Al respecto se indicó lo siguiente:

"En caso de que surjan disputas serias entre nosotros relacionadas con el bienestar de Julio, antes de buscar modificaciones en la Corte, contrataremos los servicios de una tercera parte objetiva, como un coordinador de padres.

(...)

Acordamos someternos a la decisión del padre cuando no queramos contratar los servicios de una tercera persona o coordinador de padres. Entendemos que el padre ofrecerá a la madre amplia y razonable oportunidad para presentar su punto de vista. Cuando esto ocurra, entendemos que el padre tomará la decisión y la presentará por escrito para evitar errores de comunicación o malos entendidos".

El 12 de septiembre de 1996, el Tribunal Superior del Condado de Gwinett, Estado de Georgia, decretó el divorcio definitivo de la pareja. La respectiva decisión judicial incorporó integralmente el *plan de padres* suscrito por las partes el 18 de junio de 1996.

2.3 El 1 de septiembre el señor Víctor Salazar Pinillos recogió al niño, cumpliendo lo acordado en el *plan de padres*, para traerlo a Colombia durante el periodo de vacaciones. Sin embargo, el 11 de septiembre, llamó a la madre para informarle que se encontraba en Colombia y que no regresaría al menor a los Estados Unidos. El mismo día, la señora Karin Lorena Henao reportó, ante el Departamento de Policía de Norcross, Estado de Georgia, el rapto de su hijo Julio Eduardo Salazar, por parte de Víctor Salazar.

2.4. El 27 de octubre de 1997, la oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado de los Estados Unidos, a través de la Sección Consular para Servicios Ciudadanos de su Embajada en Colombia, informó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) sobre la solicitud de la Señora Karin Lorena Henao, para que se aplicara el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, aprobado por Colombia mediante la Ley 173 de 1994 y, en consecuencia, se iniciara el proceso de restitución del menor a su país de origen.

2.5. En respuesta a dicha petición, el 20 de noviembre de 1997, la Dirección Regional de Risaralda del ICBF, solicitó a la Coordinadora Centro Zonal de Protección Especial del ICBF asignar un defensor de familia para que inmediatamente se iniciaran los trámites para lograr la restitución voluntaria del menor.

2.5.1. El 25 de noviembre de 1997 la señora Karin Lorena Henao, madre del menor, compareció al Centro Zonal de Protección del ICBF Regional Risaralda. En su declaración expresa que había llegado a un acuerdo telefónico con el señor Víctor Salazar Pinillos, según el cual éste le entregaría al niño el 15 de enero de 1998, y, ella, se comprometía a enviar al niño en época de vacaciones asumiendo el padre el costo del viaje. Agrega que "el menor en términos generales se encuentra bien al lado del padre, pero si percibe que tiene comportamientos agresivos para con ella que no son propios de su educación y de la edad y esto lo ha percibido durante las veces que ha visto y que ha podido compartir con él durante el tiempo que ha permanecido en Pereira (...)". Reiteradamente manifiesta su angustia por la situación en la que se encuentra y por la imposibilidad de estar con su hijo menor.

2.5.2. Por su parte, el señor Víctor Salazar Pinillos, en su declaración del 27 de noviembre de 1997, afirma que no se encuentra en condiciones de entregarle el niño a la madre pues, a su juicio, si lo hace no podría volverlo a ver. Estima que Karin Lorena Henao no es una persona abierta al diálogo y que siempre ha tratado de separarlo del menor. Al respecto, sostiene que la madre del menor lo ha acusado en varias oportunidades ante las autoridades estadounidenses, valiéndose de tener familiares en la policía del Condado para que se haga efectiva su detención. Indica que dichas acusaciones por diversos cargos, de los cuales siempre fue absuelto, son prueba de la persecución de la madre para separarlo del niño.

Aclara que no es cierto que haya raptado al menor, ya que previamente informó a la Karin Lorena Henao su decisión de viajar a Colombia con Julio Eduardo. Señala que desde que se encuentra en Colombia ha mantenido contacto telefónico con la madre del menor y no ha impedido la comunicación entre ésta y el niño. Por último, indica que inició proceso de divorcio ante el Juzgado Segundo de Pereira, en el cual se reglamentará lo relacionado con la custodia y cuidado del menor.

2.5.3 Para definir las condiciones de todo orden que rodean al menor Julio Eduardo Salazar, se solicitó la realización de un estudio psicosocial. En el mencionado estudio, presentado el 12 de diciembre de 1997, se concluye que el grupo familiar paterno ofrece solidez, estabilidad emocional, afectiva y económica a todos sus miembros, lo que permite que el menor tenga un adecuado desarrollo emocional que facilite el normal desenvolvimiento de todos sus procesos educativos. Finalmente, se recomienda realizar la investigación al hogar de la madre para constatar si este medio brindaría al menor condiciones iguales o mejores de las que tiene en el grupo familiar paterno y se sugiere otorgar "la custodia del menor al padre, la cual garantizará a la madre ejercer los derechos que tiene sobre él."

2.5.4 En septiembre de 1998, se recibió el resultado de la evaluación del hogar de Karin Lorena Henao, realizada por las autoridades estadounidenses por solicitud del ICBF.

El mencionado informe, señala que la señora Karin Lorena Henao vive en una casa confortable y limpia, en un vecindario de clase media bien establecido. Indica que no se reportan problemas de salud mental ni antecedentes criminales en la familia de la señora Henao. Afirma que, la señora Henao cuenta con familiares que viven cerca - como sus padres, su hermano y su primo - para colaborarle en la crianza y el cuidado del menor. En conclusión, el informe señala lo siguiente:

"Como requisito de la agencia no hacemos ninguna recomendación referente a la disposición del caso de custodia. No obstante, en base a (sic) nuestras observaciones y entrevista con la señora Henao, ella se presenta como una madre que es capaz de proveer un ambiente seguro y saludable de vivir para su hijo. Ella se expresa muy amorosamente de Julio y compartió volumentes (sic) de fotos que le fueron tomadas a él a través de su desarrollo y reflejó una historia de tormento después de que no tuvo acceso a su hijo. Al parecer la señora Henao es capaz

de proveer a su hijo las necesidades físicas, emocionales, médicas, educacionales y sociales".

Adicionalmente, se adjuntan una serie de “constancias confidenciales de referencia para evaluación de hogar”, a través de las cuales el empleador y algunos amigos y compañeros de trabajo de la señora Henao certifican que Karen es una persona responsable, organizada, y una madre particularmente cuidadosa que seguramente “proveerá a Julio con lo mejor”. Finalmente, coinciden en afirmar que no tendría ninguna preocupación si Julio es “colocado” al lado de su madre.

2.6. Luego de agotados los trámites administrativos para lograr la restitución voluntaria del menor sin que se hubiera obtenido dicho resultado, el 18 de mayo de 1999, Marina Agudelo Zapata, en su condición de defensora de familia y actuando en nombre y representación de los intereses del menor Julio Eduardo Salazar Henao, promovió ante la jurisdicción de familia proceso de restitución del menor, en contra del señor Víctor Salazar Pinillos.

2.7. El 9 de junio de 1999, el demandado mediante apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda. Considera que la Defensora de Familia comisionada puede disponer, mediante resolución motivada, el no regreso del menor al lugar de su residencia habitual cuando las circunstancias, investigaciones y pruebas determinen que no es conveniente ordenar la restitución del niño. Estima que esta situación se dio en el presente caso, y, en consecuencia, sostiene que la decisión de la Defensora de Familia constituye una excepción de fondo llamada a prosperar en el presente proceso.

2.8. La señora Karin Lorena Henao, mediante apoderado judicial, intervino en el proceso para coadyuvar la demanda. Invoca el cumplimiento del convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, por cuanto la retención del menor por parte del padre viola la legislación del Estado de Georgia, lugar de residencia habitual del niño. Indica que en cumplimiento del acuerdo sobre los cuidados del menor, permitió que el padre viajara a Colombia con Julio Eduardo por el periodo de vacaciones. Sin embargo, éste se ha negado a restituir al menor a su país de origen y, adicionalmente, ha obstaculizado todo acercamiento entre la madre y el niño. A este respecto indica que, se vio obligada a interponer una acción de tutela que el 16 de junio de 1999 fue fallada a su favor por el Tribunal Superior de Pereira,

para poder visitar al menor, dada la reiterada negativa del padre a permitir cualquier tipo de acercamiento entre madre e hijo.

2.9. El 9 de julio de 1999, se inició la audiencia pública, en donde se intentó la conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo. En su declaración, el demandado reitera que según el "plan de padres" sí estaba facultado para viajar con el menor a Colombia, por cuanto tiene poder para decidir si no se llega a un acuerdo con la mamá. Agrega que no ha impedido en ningún momento el contacto de la madre con el menor. Sin embargo, acepta que siempre estaba presente en los encuentros de estos porque tenía temor a que ella se llevara al niño. Finalmente, señala que él no puede - ni quiere - volver a los Estados Unidos, ya que tiene orden de arresto y perdió la residencia.

2.9.1. El 15 de julio de 1999 se recibió el testimonio de la señora Luz Adriana Ramírez. En su declaración, afirma que trabajó como secretaria del hotel Camino Real, de propiedad de los padres del demandado, durante aproximadamente dos meses y medio. Señala que el señor Víctor Salazar Pinillos residía allí con su hijo y que en algunas oportunidades observó que "no permitían que el niño pasara al teléfono cuando lo llamaba la mamá (...), y al niño siempre le decían que la mamá no lo quería". Señala que, cuando la madre vino a la ciudad de Pereira, igualmente se le obstaculizaba para ver al niño y "sólo la dejaban ver al menor pero en compañía del padre".

2.9.2. Igualmente se recibió la declaración de la señora Elsa Mariela Pinillos de Salazar, abuela paterna del menor. Considera que el niño se encuentra en mejores condiciones en Colombia y que afectivamente está muy unido a todos los miembros del grupo familiar paterno. Anota que "el niño muchas veces no quería pasar al teléfono cuando la mamá lo llamaba y cuando venía a buscarlo muchas veces no se quería ir con ella". Afirma que el menor no quiere regresar a los Estados Unidos y estima indispensable que se tenga en cuenta la opinión del niño, antes de decidir su restitución al lugar de residencia de la madre.

2.9.3. El 3 de agosto de 1999, rindió declaración la señora Mariela Castellanos de Toro, quien asevera conocer a Karin Lorena Henao por ser ésta sobrina de su esposo. Anota que la madre del menor "ha sufrido mucho desde que fue separada del menor (...) y ha hecho cuatro viajes a Pereira para verlo", a pesar de todos obstáculos puestos por la familia paterna para tratar de alejarla del niño. Señala que la madre tuvo que recurrir a una acción de tutela en junio de 1999, para que se protegiera su

derecho a relacionarse con el menor, por cuanto Víctor Salazar Pinillos no le permitía verlo. Por último, indica que en los encuentros de madre e hijo en los que ha estado presente, ha observado que el menor es muy cariñoso con su progenitora, y que no conoce circunstancia alguna que afecte el desarrollo integral del menor en los Estados Unidos.

2.9.4. En su testimonio, el señor Rafael Armando Salazar Jaramillo, abuelo paterno del niño, sostiene que la situación de su hijo en los Estados Unidos era insoportable, dadas las permanentes denuncias de Karin Lorena que significaban un "carcelazo fijo cada semana". Asevera que el niño "siempre ha preferido la compañía del padre desde que vivían en los Estados Unidos" y que muchas veces cuando la mamá llama al menor, éste no quiere pasar al teléfono. Finalmente, señala que de acuerdo con el plan de padres "prevalece la opinión de Víctor si no están de acuerdo y como hay una diferencia respecto a donde reside el niño debe prevalecer su opinión".

2.9.5. Mediante dictamen de medicina legal, de fecha 11 de agosto de 1999, se estableció la evolución psicológica del menor y su concepción de las figuras materna y paterna. Para realizar dicho examen se entrevistaron y evaluaron tanto a los padres como al menor.

En su entrevista, la madre señaló que su relación con Víctor Salazar duró tres años y medio, al final de los cuales él la golpeaba y maltrataba frente a su hijo. Indicó que era en extremo celoso e irritable. Señaló que no le permitía trabajar y la obligaba a "atenderlo a él y a sus amigos", que llegaban al amanecer.

A su turno, el señor Salazar declaró que pese a que al principio "tenían una vida normal", al final de la relación él la acusó de adulterio ante los tribunales Norteamericanos, luego de lo cual comenzaron las acusaciones formuladas por ella, las que le causaron serias molestias y traumatismos. Sostiene que debido a lo anterior decidió regresar a Colombia desde donde la llamó y le manifestó que no regresaría más "a ese infierno". Afirma que nunca maltrató a su esposa pese a que "trabajaba todo el día y la descuidé un poquito".

Preguntado sobre su madre, el menor Julio Eduardo Salazar Henao señaló "(...) Karin vive en Estados Unidos, trabajando, es bonita, jugamos football, basketball, rompecabezas, cuando se va a ir llora por mí porque se quiere quedar conmigo, soy hombre y los hombres no lloran ... ya no me acuerdo ... me iría con ella pero con mi papá también".

Finalmente, el informe concluyó:

" (...)

El menor Julio Eduardo se observa con un adecuado desarrollo, ha introyectado como su familia a los abuelos, al padre y a la prima, esto es entendible por ser las personas que básicamente lo han rodeado estos últimos años y quienes le han brindado un adecuado afecto y le han dado una buena protección, su corta edad hace que se incline hacia ellos y no tenga conciencia de las desavenencias entre sus padres, siente afecto hacia la madre, dadas las condiciones que lo han rodeado se evidencia una conducta de desapego hacia ella, lo cual es susceptible de mejorarse si se dan acercamientos graduales y de buena calidad, la ausencia de la madre tiende a ser percibida con el transcurrir del tiempo como un sentimiento de abandono, lo cual puede generar sentimientos de depresión, inseguridad, búsqueda de 'algo' que nunca se tuvo.

(...)

En la entrevista y evaluación realizada, se observa un menor con una evolución psicológica acorde a su edad, percibe a la madre ausente de la concepción que él tiene de la que es su familia, esto lo afecta en el sentido de que podría introyectar sentimientos de abandono, lo cual puede alterar la vida adulta, mostrándose como una persona depresiva y/o irritable, insegura, con dificultades para establecer vínculos afectivos estables, pero si el menor tiene un sustituto adecuado (abuela, tía, etc.) es posible que estas alteraciones psicológicas no se presenten. Es recomendable en las actuales que el menor continúe al lado de la familia que lo está cuidando en la actualidad".

(...)

Conclusiones

(1) la señora KARIN LORENA HENAO TORO y el señor VICTOR SALAZAR PINILLOS son personas aptas para desempeñar la función de padres; (2) El menor JULIO EDUARDO SALAZAR HENAO presenta una evolución psicológica acorde con su edad. (3) La ausencia de la figura materna puede ocasionar en el menor Julio Eduardo Salazar

Henao, problemas psicológicos. (4) el menor Julio Eduardo Salazar Henao, percibe en la actualidad la figura materna con afecto y distante."

2.9.6. El 17 de agosto de 1999, las partes presentaron sus alegatos de conclusión en los que reiteran los argumentos ya expuestos.

2.10. En sentencia del 27 de agosto de 1999, el Juez Tercero de Familia de Pereira, ordenó la restitución inmediata del menor Julio Eduardo Salazar Henao al Estado de Georgia, en los Estados Unidos de Norteamérica.

En su criterio, dentro del proceso aparece plenamente demostrado que aunque el padre se encontraba facultado, según el acuerdo de padres, para trasladar al menor a Colombia en época de vacaciones, no lo estaba para decidir el cambio de residencia del menor en forma unilateral y, menos aún, cuando ese traslado implicaba separarlo de su madre. Al respecto, anota que:

"El proceder ilícito del demandado, al sustraer a su hijo de su residencia habitual, violando el plan de padres que incluso se aprobó en la sentencia que decretó el divorcio de los señores Salazar – Henao, sin autorización alguna, cuando ambos ejercían la guarda del menor, ha frustrado en el niño las naturales tendencias de amor, afecto y respeto hacia la madre; lo ha privado del derecho fundamental a tener una familia, al cuidado, al amor, a la ternura que la citada señora puede ofrecerle, atentando gravemente el orden moral y jurídico."

Esa reprochable conducta que creó entre el hijo y su progenitora grandes barreras para obtener un contacto filial, a juicio del despacho, atenta contra la dignidad del niño y de su madre, como miembros de un grupo familiar, unidos por lazos infranqueables que el señor Victor ha querido romper y esa conducta no puede ser patrocinada por las autoridades."

Igualmente, considera que de acuerdo con el estudio sociofamiliar practicado por las autoridades del Estado de Georgia (Estados Unidos) al hogar de la madre, corroborado por el dictamen de Medicina Legal, la madre no presenta ninguna limitación que le impida ejercer su rol y puede brindar un ambiente apto para el desarrollo integral del niño.

Por otra parte, estima que no aparece probada circunstancia alguna que permita concluir que el traslado ocasione un daño al menor o que éste se oponga a su regreso. Respecto a este último punto, indica que si el menor se opusiese "tampoco se aceptaría su decisión, dada la edad con que contaba para cuando se produjo el traslado ilegal (4 años) y la que ahora tiene (6 años), ninguna de las cuales lo hace apto para tomar una determinación trascendental en su vida."

Por último, el fallador manifiesta que en este caso se trataba de establecer si hubo o no un traslado ilícito, de conformidad con el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, y no de determinar cuál de los medios socio-familiares de los padres era el más apto para el menor. En este sentido afirma:

"(...)aquí no se resuelve sobre el fondo de la guarda ni de las visitas pactadas y aprobadas en el extranjero, el padre no perderá el derecho que tiene de compartir con su pequeño hijo, e inclusive podrá reclamar el derecho de visita, si decide no radicarse en el mismo sitio donde lo hará su hijo, en los términos del artículo 21 del Convenio, para lo cual las autoridades centrales de cada Estado tienen la obligación de brindarle la cooperación que requiera.

Y es que tampoco se trata por medio de esta providencia de romper los vínculos filiales entre padre e hijo. Lo único que se decide es lo relativo al traslado ilícito que del niño hizo su progenitor, sin que se modifique en forma alguna lo relativo a la guarda y al régimen de visitas que pactaron los padres en el exterior."

3. El 1 de septiembre de 1999, el señor Víctor Salazar Pinillos interpuso acción de tutela, en su propio nombre y en el de su hijo Julio Eduardo Salazar Henao, ante la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, contra el Juzgado Tercero de Familia de Pereira. Estima que el despacho judicial demandado incurrió en una vía de hecho al proferir la sentencia del 27 de agosto de 1999, por medio de la cual se ordenó la restitución del menor Julio Eduardo Salazar Henao a los Estados Unidos de América. Afirma que tal decisión vulneró los derechos a la libre expresión, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física, a la salud y a tener una familia, de su hijo menor.

El actor comienza por reconocer que pese a que inicialmente viajó a Colombia para permanecer durante el periodo de vacaciones con su hijo en

este país, decidió unilateralmente residenciarse en Pereira sin el consentimiento de la madre, a quien informó que no regresaría a los Estados Unidos “por la cantidad de problemas judiciales en que se había visto envuelto debido a las continuas denuncias promovidas por ella y por sus familiares”.

No obstante lo anterior, el demandante estima que la sentencia impugnada vulneró el derecho fundamental del niño a expresar libremente su opinión al no considerar que tuviera la madurez suficiente para manifestar libremente sus preferencias en el proceso de restitución.

Adicionalmente, el actor considera que dentro del proceso de la referencia, argumentando el vencimiento de la etapa probatoria, el juez dejó de practicar una prueba fundamental, como lo era el testimonio del señor Peter Giraldo Villa, quien regresaba de los Estados Unidos. Afirma que tal decisión quebranta los imperativos de justicia que deben guiar la labor del juez.

De otra parte, manifiesta que el Juzgado Tercero de Familia de la ciudad de Pereira, no valoró adecuadamente las pruebas obrantes en el proceso, puesto que de los estudios sociofamiliares realizados a los dos grupos familiares se deduce que el grupo familiar paterno brinda condiciones "ampliamente favorables" para el menor. Al respecto, expresa que el estudio realizado por el ICBF determinó que el menor "denotaba un gran acercamiento y cariño entre los componentes del grupo familiar (paterno), así como también un desarraigo del menor hacia la figura de la madre", por lo cual se recomendó que el menor continuara viviendo con su padre. Adiciona que, en el informe enviado por las autoridades de los Estados Unidos sobre la evaluación realizada a la madre simplemente se indica que "al parecer" ella es capaz de brindarle a su hijo las condiciones necesarias para su desarrollo integral, sin que se establezca con certeza la capacidad de la madre para desempeñar su rol.

Adicionalmente, señala que el Juzgado Tercero de Familia de Pereira no tuvo en cuenta el interés superior del niño, pues no se preocupó por determinar el daño que "efectivamente se le puede causar al menor tratándolo de sacar del seno de su actual familia con la que se encuentra plenamente identificado y con la cual tiene una relación de amor y seguridad física y moral."

Finalmente señala que "(c)on la decisión adoptada por la señora Juez se le está privando prácticamente de por vida el derecho de tener a su lado a su

padre, teniendo en cuenta que éste ha perdido la residencia americana, no le conceden visa para visitar ese país y en caso de ingresar de algún modo lo esperaría un nuevo encierro en un establecimiento carcelario y su posible deportación."

Con base en lo expuesto, le solicita al juez de tutela que ordene "que el menor no debe ser restituido al país de residencia de la madre biológica por encontrarse plenamente demostrado que su familia es la actual y que no se le debe despojar de su derecho constitucional a conservarla, que se pondría en peligro de alguna manera la integridad física y psíquica del menor y que la voluntad y bienestar del menor debe primar sobre cualquier derecho subjetivo de los cónyuges."

4. Por medio de auto de fecha 2 de septiembre de 1999 la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, ordenó, como medida provisional suspender la ejecución de la sentencia proferida el 27 de agosto por el Juzgado Tercero de Familia de Pereira en el proceso de restitución del menor Julio Eduardo Salazar Henao.

5. Mediante escrito del 3 de septiembre de 1999, la señora Karin Lorena Henao, a través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones del actor.

Sostiene que la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Pereira, no se puede calificar como una vía de hecho, por cuanto no existió irregularidad alguna dentro del proceso que concluyó con la decisión de restituir al menor. Por el contrario, considera que dicho fallo se fundamentó en el derecho aplicable así como en el hecho incuestionable del rapto del menor. Afirma que el juez llevó a cabo una adecuada valoración de las pruebas allegadas al proceso. Explica que si no se recibió el testimonio del señor Peter Giraldo Villa, fue porque éste se solicitó en forma extemporánea y, además, porque "por expreso mandato del ordenamiento procedimental sólo puede recibirse el testimonio de dos personas".

Señala que no existe ninguna prueba que demuestre que el padre puede brindarle mejores condiciones al menor. Por el contrario, indica que el demandante olvidó mencionar que todos los dictámenes periciales, pero particularmente el dictamen de Medicina Legal, determinó que ambos padres son aptos para ejercer esta condición, así como que "el menor se afectaba psicológicamente por la falta de su madre". Añade que fue el padre quien, hace más de dos años, apartó abruptamente a su hijo del hogar materno, con el cual se encontraba plenamente identificado.

Asevera que permitir que el menor permanezca con su padre implica negarle absolutamente el derecho a tener una relación con su hijo, pues pese a que ha venido a Colombia en repetidas oportunidades para entrevistarse con su hijo, y a pesar de que se estableció que para su bienestar, el menor debería tener contacto con su madre, el padre del niño sigue impidiendo que Karin Lorena Henao se comunice con éste. Afirma que tal comportamiento ha persistido incluso después de proferido un fallo de tutela en el que se le ordena permitir las visitas de la madre.

Adicionalmente señala que el padre de su hijo no tiene inconveniente alguno para entrar a los Estados Unidos y que ella está dispuesta a llegar a un acuerdo con él sobre todo lo referente al menor.

Finalmente, considera que conceder la tutela sería permitir que Víctor Salazar Pinillos “amparado en la ley, continúe abusando de su superioridad por haber usado la fuerza”.

6. A través de memorial fechado 6 de septiembre de 1999, la Defensora de Familia, Marina Agudelo Zapata, obrando en interés del menor, solicitó al Tribunal denegar el amparo constitucional.

Manifiesta que en el presente caso no se pretende determinar cuál de "los progenitores tiene más derecho y mejores condiciones que el otro, pues lo que se trata con el fallo de la sentencia del proceso de Restitución es de devolver al menor Julio Eduardo Salazar Henao a su lugar de origen". A su juicio, es el padre quien ha vulnerado los derechos del niño, al sustraerlo del medio donde se encontraba desde su nacimiento, y luego no permitir el acercamiento de Julio Eduardo con su progenitora. Expresa que debido a la conducta del padre, Karin Lorena Henao ha tenido que acudir a una acción de tutela "para que le permitieran ver a su hijo de una manera normal, y para lo cual esta misma sala solicitó al ICBF, vigilara dichas visitas, las cuales a pesar de la vigilancia de la entidad encargada también tuvieron sus contratiempos (...)."

Afirma que la madre ha demostrado permanente interés en llegar a un acuerdo con el padre, pero este se niega, incluso, a dejarla ver al niño.

Por otro lado, señala que Julio Eduardo Salazar Henao, no está en condiciones de rendir una declaración, puesto que luego de dos años alejado de su madre, sin comprender la razón, sería normal que "manifestará su contrariedad de estar al lado de su progenitora ya que son

muchos los sentimientos negativos que le han infundido sobre su progenitora, y como usted bien lo puede observar con el contenido mismo de esta Acción de Tutela y de las demás piezas procesales arrojadas, en las cuales se trata siempre de denigrar el comportamiento de la señora Karin Lorena Henao, por parte de la familia Salazar Pinillos."

Por último, sugiere a la Sala de Familia, ordenar que cese toda manipulación por parte de la familia paterna, "en la inculcación de aspectos negativos sobre su madre, para así evitar que el padre rompa la relación materno filial como lo ha venido haciendo". Igualmente, solicita a la Sala proteger el derecho del menor a permanecer al lado de sus progenitores "sin los consiguientes conflictos entre ellos, sometiéndolos a terapias para mejorar sus relaciones conflictivas en aras de proporcionarle al menor un ambiente de paz y armonía, para su correcto desarrollo personal e intelectual".

7. La Procuradora Judicial de Familia, Beatriz López de Valencia, por medio escrito del 6 de septiembre de 1999, intervino en el proceso para defender los derechos del menor.

Indica que el padre vulneró el acuerdo sobre custodia compartida y ha obstaculizado las visitas de la madre a su hijo, sin siquiera tener en cuenta los sacrificios que ello implica para la progenitora. Considera que no puede premiarse al padre con la custodia del hijo que se ha logrado impidiendo arbitrariamente que la madre ejerza sus derechos. En este sentido afirma que el padre no puede considerarse digno de ejercer los derechos que con su proceder ha conculcado.

Finalmente, considera que la sentencia del Despacho Judicial Demandado debe mantenerse, y que dicha decisión "no privará al menor de su derecho a conservar su familia ni el contacto con ambos padres, pues la señora Henao ha manifestado su intención de traer anualmente a su hijo para que pueda visitar a su padre, durante todas sus vacaciones escolares."

3. Sentencias objeto de revisión

3.1. Por sentencia del 8 de septiembre de 1999, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, negó el amparo constitucional solicitado.

En primer lugar, el fallador precisa que por tratarse de una tutela contra providencia de carácter judicial, la acción sólo está llamada a prosperar si

se comprueba que el funcionario que la profirió incurrió en arbitrariedades susceptibles de ser calificadas como “vías de hecho”. Señala que en el proceso cuestionado, la decisión judicial no fue arbitraria o caprichosa, por cuanto tuvo como fundamento lo dispuesto en el Convenio Internacional de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. En este sentido anota lo siguiente:

"no se trataba de dirimir una controversia ordinaria por la guarda o custodia de un hijo, en la que fuera imprescindible tomarle al mismo declaraciones sobre su voluntad ni tener abundantes elementos de juicio sobre las conveniencias o no del reintegro del menor al sitio de su residencia, o las ventajas de su permanencia en el domicilio en el que actualmente se halla y a cargo de quien lo está. A criterio de la Sala, por encima de estas contingencias se encontraba el hecho de que se trata del cumplimiento a cabalidad de un tratado internacional(...).

(...)

No se ha demostrado en el proceso en que se expidió el fallo que se pretende aniquilar con esta tutela, que el regreso del menor al lugar de residencia al que se le ha impedido volver, le pudiere ocasionar trastorno de alguna naturaleza, de manera que no hay pruebas que la juez que conoció de aquél hubiera soslayado o desconocido, o que al omitir examinarlas, condujeran a deducir que incurrió en las aludidas vías de hecho".

Por otra parte, indica la Sala que, según las pruebas aportadas al proceso, tanto el padre como la madre están en capacidad de hacerse cargo del menor, por lo cual no existe razón alguna para negarle el retorno al niño a su residencia habitual. Estima que, de acuerdo con la opinión de la Defensoría de Familia interviniente, la declaración del menor no era indispensable para tomar la decisión, porque el niño no está en capacidad de dar un consentimiento maduro acerca de su porvenir. Agrega que "(n)o es posible ignorar que la situación en que el niño se ha visto envuelto y las influencias que recibe, y las dificultades que se han opuesto a la madre para relacionarse con él, de lo que da cuenta otra tutela que sobre el mismo asunto conoció esta Corporación, no hacen factible que pueda dar un parecer libre, espontáneo y exento de interferencias e influencias interesadas, que por haberse ignorado por el juzgado, dieran lugar a que en

sus deducciones hubiere pisado los terrenos de la arbitrariedad o el despotismo."

Así mismo, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, manifiesta que el señor Victor Salazar Pinillos, de conformidad con el referido tratado internacional, cuenta con los medios necesarios para obtener la regulación de la custodia y visitas de acuerdo con las leyes del Estado de residencia del menor, "derecho que no perdería ni por las hipótesis que expone acerca de que no podría volver a los Estados Unidos".

3.2. El fallo fue impugnado por el actor, quien estima que tanto el Juzgado Tercero de Familia como la Sala de Familia del Tribunal Superior de Pereira, se limitaron a estudiar si era viable o no dar aplicación al Acuerdo Internacional de la Haya sobre los aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, dejando de practicar pruebas tendentes a demostrar el daño que se le puede causar al menor si éste es enviado de regreso a los Estados Unidos.

El demandante reitera su petición respecto a que se escuche al menor y de esta manera se le permita ejercer su derecho a expresar libremente su opinión. Agrega que dicho testimonio es indispensable para tomar una decisión en beneficio del niño, independientemente de los intereses de la madre o el padre. En igual forma, solicita nuevamente que se ordene la práctica de algunos testimonios, que por circunstancias extraordinarias, como es el hecho de que los declarantes no se encontraban en el país, no se pudieron solicitar durante el trámite del proceso ante la jurisdicción de familia. Así mismo, requiere que se tenga en cuenta la prueba obrante en el proceso de divorcio ante los tribunales estadounidenses en relación con la calidad de persona que es Karin Lorena Henao.

3.3 Encontrándose el expediente en la Corte Suprema de Justicia para la decisión de la impugnación, se recibieron dos escritos del demandante, en los que reitera los argumentos ya expuestos. Adicionalmente, se anexó al expediente una solicitud de la Defensoría Delegada para la Protección del Menor en la cual solicita que, en caso de ser confirmado el fallo impugnado, "se disponga que, en aras del bienestar del menor Julio Eduardo Salazar -Henao, el cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero del Familia sea precedido de una adecuada preparación del citado menor, para que no se produzca una abrupta alteración del medio en el cual actualmente se desarrolla, (...). "

3.4. La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 21 de octubre de 1999, confirmó la decisión proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

A juicio de la Sala, la acción de tutela resulta improcedente "pues so pretexto de que se violan los derechos fundamentales de un niño, se aspira a dejar sin efectos la decisión de un juez que en ejercicio de su competencia y surtido el trámite respectivo, dirimió el conflicto suscitado por la residencia de ese menor, ordenando que sea restituido al país del cual se le sustrajo del cuidado de quien estaba legitimado para conservarlo, y quiere que se sustituya tal determinación como si esta fuera una instancia funcional de ese asunto."

Señala que el juez de tutela debe limitarse a verificar si el funcionario incurrió en una vía de hecho con la respectiva actuación o decisión. Estima que en el desarrollo del proceso de restitución del menor, el juez competente adoptó decisiones que no se muestran como abiertamente ilegales o producto del capricho o la arbitrariedad.

Considera que lo que el demandante pretende por medio del presente amparo constitucional es generar una nueva instancia para debatir el asunto, puesto que la oportunidad para solicitar pruebas ya había vencido. Respecto a la petición de que sea escuchada la opinión del menor, afirma que "nadie solicitó en tiempo su declaración y la juez en la sentencia estimó que eventualmente no era aceptable su oposición a la restitución dados sus escasos 6 años de edad y las circunstancias particulares del caso, de donde se sigue que las consideraciones al respecto son infranqueables y en todo caso, el menor fue sometido a un análisis que sirvió de base al dictamen de psicología forense que determinó que "el alejamiento de la madre podrá causar problemas psicológicos al pequeño".

Por último, sobre la petición elevada por la Defensora Delegada para los derechos del Niñez, - referente a que se disponga de una adecuada preparación del menor previa a su restitución -, considera que tales aspectos del litigio solo pueden ser conocidos y resueltos por el juez competente y, en consecuencia, dicha solicitud debe formularse directamente a ese funcionario.

3.5 La presente tutela fue seleccionada para su revisión, correspondiendo su conocimiento a la Sala Tercera de Revisión.

En escrito recibido por la Sala, el 16 de marzo de 2000, la Defensora de Familia, Marina Agudelo Zapata, obrando en interés del menor, reitera los argumentos expuestos ante los jueces de instancia. Adicionalmente, manifiesta que en la actualidad se desconoce el lugar en el que se encuentra el menor y que desde que se profirió la sentencia de restitución, el progenitor ha "impedido cualquier acercamiento personal o telefónico de la Karin Lorena Henao con su pequeño hijo". Finalmente, sostiene que existe fuerte preocupación por la actual situación del menor y, por tal razón, solicita a la Sala que "se obligue al padre a presentar al niño para una valoración médica y psicológica ante el ICBF, del lugar donde se encuentre" y, en caso de confirmarse el fallo de tutela, se ordene la entrega del menor al ICBF con el fin de "evitar que nuevamente su progenitor evada el fallo. "

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. El 1 de septiembre de 1999, el señor Víctor Salazar Pinillos interpuso acción de tutela, en su propio nombre y en el de su hijo Julio Eduardo Salazar Henao, contra el Juzgado Tercero de Familia de Pereira. A su juicio, el despacho judicial demandado incurrió en una vía de hecho judicial y vulneró los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y a tener una familia del menor (C.P., artículo 44), al ordenar su restitución a los Estados Unidos de América.

El actor afirma que la decisión impugnada es violatoria de los derechos de su hijo en la medida en que la juez (1) dejó de practicar pruebas fundamentales para adoptar la correspondiente decisión, con fundamento en criterios meramente formales que no se compadecen con los imperativos de justicia que proclama la Constitución; (2) omitió escuchar la opinión del menor sobre sus preferencias; (3) valoró equivocadamente las pruebas existentes en las que consta que él puede ofrecerle al menor condiciones de vida muy superiores a las que puede ofrecer la madre; y (4) desconoció el interés superior del niño, al ordenar su restitución a los Estados Unidos sin tener en cuenta que él puede brindarle mejores condiciones de vida si permaneciera en Pereira; que la orden de restitución implica separarlo súbitamente de un hogar con él que se encuentra plenamente identificado; y que, en la práctica, no volverá a ver a su hijo, dado que no quiere ni puede regresar a los Estados Unidos.

La madre del menor se opuso a las pretensiones del actor. Considera que la juez que ordenó la restitución del menor a su lugar de origen no incurrió en irregularidad alguna, pues se limitó a aplicar lo dispuesto en el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños. Manifiesta que no era obligación del juez practicar las pruebas solicitadas luego de vencido el periodo probatorio y que, adicionalmente, tales pruebas no eran necesarias para adoptar la correspondiente decisión. De otra parte, señala que no existe indicio alguno que permita afirmar que el hogar del padre es mejor para la crianza del menor que el hogar de la madre. Finalmente, indica que permitir que su hijo permanezca en Colombia es premiar a quien abuso de su poder reteniendo al menor sin tener derecho a ello y privarla definitivamente del derecho a tener una relación con su hijo.

Tanto la Defensora de Familia como la Procuradora Judicial de Familia, intervinieron en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda. En su criterio la Juez Tercera de Familia de Pereira no incurrió en vía de hecho alguna, pues su decisión no hace otra cosa que ajustarse al derecho vigente que ordena la restitución del menor cuando ha sido arbitrariamente separado de uno de los padres sin el consentimiento del otro. Indican que, dadas las circunstancias del caso, el menor de 6 años no está en condiciones de rendir una declaración libre y espontánea sobre sus reales preferencias. Coinciden en señalar que, mientras el padre ha impedido reiteradamente que la madre tenga algún acercamiento con el menor, ésta ha demostrado serias intenciones de permitir que su hijo pueda tener una relación adecuada con su padre. Finalmente, sostienen que lo mejor para el menor es regresar al hogar de su madre de dónde fue arbitrariamente arrebatado.

Sentencias objeto de revisión

2. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, negó el amparo constitucional solicitado. A su juicio, la decisión judicial no fue arbitraria o caprichosa, por cuanto tuvo como fundamento lo dispuesto en el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños. Afirma que el referido proceso no tenía como objeto determinar la guarda o custodia del menor, sino definir si era o no procedente su restitución a los Estados Unidos. Dado que se demostró que la madre tenía la custodia compartida del menor; que éste fue separado de ella arbitrariamente; que el retorno del menor a su país de origen no implica riesgo o peligro; el juez no tenía alternativa distinta a

la de ordenar la restitución, como en efecto lo hizo. Sin embargo, estima que las pruebas que obran en el expediente permiten sostener que tanto la madre como el padre están en capacidad de ofrecerle al menor una adecuada educación y crianza. En su criterio, no era obligatorio escuchar en sede judicial al menor para poder adoptar la correspondiente decisión.

3. La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión proferida en primera instancia. A su juicio la tutela resulta improcedente, pues no es posible sostener que la decisión judicial impugnada constituya una vía de hecho. En su criterio, existen suficientes razones para considerar improcedente la declaración del menor así como para no practicar el testimonio extemporáneamente solicitado. Advierte que en el proceso obran suficientes pruebas para adoptar la decisión impugnada, una de las cuales es la declaración y evaluación del menor ante los peritos de psicología forense. Respecto a una solicitud formulada por la Defensoría del Pueblo referente a que se disponga de una adecuada preparación del menor previo a su restitución, el fallador señala que dichos aspectos del litigio sólo pueden ser conocidos y resueltos por el juez competente y, en consecuencia, dicha solicitud debe formularse directamente a ese funcionario.

El problema a resolver

4. Compete a la Corte decidir si la sentencia impugnada constituye una vía de hecho judicial. Para resolver la cuestión planteada, resulta necesario determinar (1) si era indispensable escuchar directamente, en sede judicial, la opinión del menor; (2) si constituye vía de hecho dejar de practicar un testimonio solicitado extemporáneamente cuando el solicitante lo considera de fundamental importancia para la adopción de la correspondiente decisión; (3) si el juez, al valorar las pruebas obrantes en el proceso, incurrió en una vía de hecho judicial y desconoció el interés superior del menor. La Corte analizara las cuestiones mencionadas.

Presunta vía de hecho por omitir escuchar directamente al menor en el proceso de restitución

5. Se pregunta la Corte si incurre en una vía de hecho el juez que deja de escuchar la opinión de un menor de seis (6) años sobre el lugar en el que prefiere vivir, en el curso de un proceso de restitución a su país habitual de residencia, cuando ha sido retenido ilícitamente, durante dos años, por uno

de los padres, en otro Estado y, en consecuencia, ha sido separado del otro padre sin consentimiento de éste y sin comprender plenamente la razón que justifica este distanciamiento.

6. La Corte ha indicado que sólo puede ser revocada mediante la acción de tutela la decisión judicial que constituya una vía de hecho siempre que la misma lesione los derechos fundamentales de la parte actora. Esta Corporación ha señalado que se configura una vía de hecho judicial en alguna de las siguientes cuatro hipótesis¹: (1) cuando se trata de una decisión que se aparta de manera radical del derecho vigente o se funda en una disposición evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) siempre que resulte evidente que el funcionario judicial carecía absolutamente de apoyo probatorio para proferir la correspondiente decisión (defecto fáctico); (3) cuando el juez o el fiscal que profirió la decisión carecía de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) cuando el funcionario judicial actuó completamente al margen del procedimiento establecido (defecto procedimental). A juicio de la Corporación, *“esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”*.²

7. Para definir si la decisión de ordenar la restitución del menor de 6 años a su lugar habitual de residencia, sin escuchar directamente en sede judicial sus preferencias, constituye una vía de hecho, resulta indispensable detenerse brevemente en el estudio de los antecedentes del caso y de las normas que regulan el proceso judicial de restitución.

8. Como fue detalladamente expuesto en los antecedentes, pese a que los dos padres tenían la custodia compartida del menor en los Estados Unidos, Victor Salazar decidió permanecer en Colombia con su hijo, en contra de la voluntad de la madre. El mismo día que conoció la decisión del señor Salazar, Karin Lorena Henao formuló la correspondiente denuncia ante el Departamento de Policía de Norcross, Georgia. Poco después, la oficina de Asuntos de Menores del Departamento de Estado de los Estados Unidos, informó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) sobre la solicitud de la Señora Karin Lorena Henao, y le solicitó que procediera a aplicar el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, aprobado por Colombia mediante la Ley 173 de

¹ Cfr. Sentencia T-008/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

² Sentencia T-231/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

1994³ y, en consecuencia, se iniciara el proceso de restitución del menor a su país de origen. Agotado el trámite interno para lograr un acuerdo directo entre los padres sin que ello fuera posible, la Defensora de Familia, actuando en nombre y representación de los intereses del menor Julio Eduardo Salazar Henao, promovió ante la jurisdicción de familia proceso de restitución del menor, en contra del señor Víctor Salazar Pinillos, con fundamento en lo dispuesto en el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, aprobado por Colombia mediante la Ley 173 de 1994.

En sentencia del 27 de agosto de 1999, el Juez Tercero de Familia de Pereira, con fundamento en el precitado Convenio, ordenó la restitución inmediata del menor Julio Eduardo Salazar Henao al Estado de Georgia, en los Estados Unidos de Norteamérica.

9. Al estudiar la constitucionalidad del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, la Corte entendió que se trataba de un instrumento que hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales, “que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, 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. Con ello se busca proteger los intereses del menor sobre cualesquier otros, dando aplicación al principio del derecho internacional que consagra la prevalencia de los derechos de los niños.”⁴

En efecto, el artículo 1º del Convenio, señala que este tiene por objeto, (1) asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante; y, (2) hacer respetar efectivamente los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado contratante.

A su turno, el artículo 3º dispone que el traslado o no retorno de un menor será considerado como ilícito cuando ha existido una violación del derecho de guarda asignado a otra persona en el Estado en el cual el niño residía habitualmente⁵, siempre que este derecho fuera ejercido, de manera

³ Tanto la Ley 173 de 1994 como el correspondiente tratado fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-402/95 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

⁴ Sentencia C-402/95 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

⁵ Según el artículo 14 del Convenio, con el fin de determinar la existencia de un traslado o retención ilícitos en el sentido del artículo 3, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido podrá tener en cuenta la legislación y las decisiones judiciales o administrativas adoptadas en el Estado donde el niño

efectiva, en el momento del traslado o no regreso. Verificada esta hipótesis, el funcionario judicial o administrativo competente del Estado requerido, deberá ordenar la restitución inmediata del menor.

Sin embargo, el artículo 13 del Convenio establece que la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiera a su regreso, probare (1) que quien cuidaba al menor no ejercía efectivamente el derecho de guarda o custodia o que ha consentido en el traslado o no regreso del menor ; (2) que la restitución implica un grave riesgo para el menor, pues estará sometido a un peligro físico o psíquico o será “colocado” en una situación intolerable; (3) cuando el menor se opone a su regreso y ha alcanzado una edad y madurez “en dónde mostrarse que es conveniente tener en cuenta esta opinión”.

Finalmente, el artículo 16 indica que, después de haber sido informadas del traslado ilícito de un niño o de su no regreso en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante al cual hubiere sido trasladado o retenido el menor, no podrán resolver sobre el fondo del derecho de guarda o custodia, salvo que hubiere sido probado que no se reúnen las condiciones del Convenio para el 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.

10. A juicio de la Corte Constitucional, el referido tratado, “guarda plena concordancia con los principios constitucionales y los preceptos de la Carta Política que establecen la protección especial del menor y la primacía de sus derechos.”⁶. Al respecto, esta Corporación indicó que el citado tratado internacional desarrolla lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta, “pues se encamina a garantizar que todo menor residente en un país miembro del Convenio reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico, así los intereses particulares de los padres en una situación de disolución de la familia queden relegados ante el interés superior y prevalente de los menores.”⁷

11. En casos como el presente, la labor del juez es la de definir si ha existido un traslado o una retención ilícita de un menor en contra de la voluntad de quien al momento del traslado o la retención, ejercía la custodia plena o compartida. Si ello fuera demostrado y no se presentara

residiere habitualmente, sin tener que recurrir a los procedimientos específicos que, de otro modo, serían aplicables.

⁶ Sentencia C-402/95 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

⁷ sentencia C-402/95 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

ninguna de las causales del artículo 13 del convenio, el juez deberá ordenar la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual. El proceso de restitución del menor no tiene la finalidad de definir el derecho de guarda o custodia, lo que deberá ser debatido en el país de origen.

12. El artículo 13 del Convenio es la única disposición que se refiere a la participación del menor en el proceso judicial de restitución. Como fue manifestado, la citada disposición establece que el juez no estará obligado a ordenar la restitución, *si el menor se opone a su regreso, y ha alcanzado una edad y madurez “en dónde mostrare que es conveniente tener en cuenta está opinión”*. En otras palabras, la opinión del menor puede ser decisiva para definir la controversia, siempre que el juez considere que tiene suficiente edad y madurez para decidir una cuestión que habrá definir por entero su destino. En consecuencia, el Convenio no hace imperativa la intervención directa del menor en sede judicial. Muy por el contrario, la norma estudiada le confiere al funcionario judicial competente la facultad de discernir, de manera razonable, en qué circunstancias resulta fundamental escuchar y tener en cuenta la opinión del menor a la hora de definir tan delicada materia.

13. Ahora bien, la Corte ha entendido que los artículos 2, 29, 44 y 45 de la Constitución aseguran el derecho de los menores y, en particular de los menores adultos, a defender sus derechos e intereses en los procesos judiciales en los que tengan intereses legítimos⁸. Sin embargo dicha intervención no tiene, necesariamente, que ser ejercida directamente por el menor. A este respecto, la Corte tiene establecido que la participación judicial del menor puede realizarse directamente o a través de quien legítimamente pueda representar sus intereses. Sobre esta cuestión, resulta pertinente recordar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹, señala:

"Artículo 12:

1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

⁸ Cfr. entre otras, la sentencia T-587/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁹ Incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directa o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". (Subraya fuera del texto original)

En suma, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de defensa del menor, garantizan la participación del niño en las decisiones que puedan afectarlo. No obstante, tal participación puede ejercerse bien directamente, cuando la edad y madurez del niño así lo aconsejen, ora a través de apoderado judicial o de quien pueda defender sus derechos e intereses de manera idónea.

A este respecto, la Corte ha indicado que la participación directa del menor, es procedente cuando el juez tiene suficientes razones para entender que la opinión que habrá de expresar es libre y espontánea, que se encuentra exenta de vicios en su consentimiento y que, pese a ser menor de edad, el sujeto tiene plena capacidad para comprender y aceptar los efectos que puedan derivarse de la correspondiente decisión¹⁰.

La participación indirecta o mediante representante, procede cuando es irrelevante la opinión subjetiva del menor, dado que se trata de asuntos que no son *disponibles* o *negociables*; o, cuando el juez tiene suficientes razones para considerar que el niño no tiene la edad y la madurez adecuada para formular un juicio autónomo sobre sus reales preferencias o para ejercer una defensa idónea de sus derechos; y siempre que la decisión que deba ser adoptada pueda tener efectos importantes sobre los derechos e intereses del menor y no exista certeza sobre la capacidad del sujeto para comprender y aceptar plenamente dichos efectos¹¹.

14. El actor considera que el juez demandado tenía la obligación de escuchar la opinión del menor. No obstante, no existe en el expediente prueba alguna que demuestre que tal declaración fue oportunamente solicitada.

15. Sin embargo, con independencia de la cuestión anterior, el juez de la causa, en estricta aplicación del Convenio Internacional antes mencionado, entendió que en un proceso de restitución - que no de guarda o custodia - la opinión del menor sólo era relevante en los términos del

¹⁰ Cfr. T-442/94 (MP Antonio Barrera Carbonell); Sobre la capacidad del menor para intervenir en la adopción de las decisiones que pueden afectar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias SU -642/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); SU- 337/99 (Alejandro Martínez Caballero).

¹¹ *Ibidem*.

artículo 13 del Convenio. Como fue expuesto, el citado artículo indica que la opinión del menor sólo resulta relevante cuando se oponga a la restitución, siempre que tenga la edad y madurez suficiente como para comprender y aceptar plenamente los efectos de una decisión de tal naturaleza. A este respecto, el juez, en la decisión impugnada, consideró que no se encontraba probada circunstancia alguna que permitiera concluir que el traslado ocasionara un daño al menor o que éste se opusiera a su regreso. Sin embargo, respecto a este último punto, indicó que si el menor se opusiese "tampoco se aceptaría su decisión, dada la edad con que contaba para cuando se produjo el traslado ilegal (4 años) y la que ahora tiene (6 años), ninguna de las cuales lo hace apto para tomar una determinación trascendental en su vida."

A su turno, la Defensora de Familia consideró que el niño Julio Eduardo Salazar Henao, no está en condiciones de rendir una declaración, puesto que luego de dos años de alejado de su madre, sin entender la razón, sería normal que "manifestará su contrariedad de estar al lado de su progenitora ya que son muchos los sentimientos negativos que le han infundido sobre su progenitora, y como usted bien lo puede observar con el contenido mismo de esta Acción de Tutela y de las demás piezas procesales arrimadas, en las cuales se trata siempre de denigrar el comportamiento de la señora Karin Lorena Henao, por parte de la familia Salazar Pinillos."

De otra parte, advierte la Corte que, pese a que el juez no solicitó el testimonio del niño, sus intereses se encontraban adecuadamente representados. De una parte la Defensora de Familia actuó permanentemente a su nombre y representación. De otro lado, los abogados de cada uno de los padres decían representar los intereses del niño.

Adicionalmente, no sobra recordar que si bien el niño no fue escuchado directamente en sede judicial, su opinión si fue conocida por el juez de la causa a través de la declaración que rindió ante los peritos de Medicina Legal. Según la mencionada declaración : "(...) Karin vive en Estados Unidos, trabajando, es bonita, jugamos football, basketball, rompecabezas, cuando se va a ir llora por mí porque se quiere quedar conmigo, soy hombre y los hombres no lloran ... ya no me acuerdo ... me iría con ella pero con mi papá también".

16. Dado que lo que se definía en el proceso mencionado era la restitución del menor y no el derecho de guarda o de custodia, la decisión de no escuchar directamente la opinión del niño de seis años - que ha

permanecido por más de dos años en el hogar paterno; lejos de su madre y en contra de la voluntad de ésta; sin conocer la razón que explica tal distanciamiento; y sin que exista siquiera algún indicio sobre posible violencia o maltrato por parte de la madre - parece razonable. En otras palabras, en las circunstancias que se describen en detalle en los antecedentes, no puede ser calificada de arbitraria la consideración judicial según la cual el menor Julio Eduardo Salazar Henao no ha alcanzado una edad y madurez que permita tener en cuenta su opinión para efectos de definir si se ordena o no su traslado a los Estados Unidos.

Como es evidente, se trata de la adopción de una decisión determinante para el futuro del menor y, sin embargo, no parece que éste tenga plena capacidad para comprender y aceptar plenamente los efectos que la misma puede tener. Adicionalmente, los intereses del niño estuvieron representados tanto por la Defensora de Familia, como por los apoderados de las partes. Finalmente, el menor tuvo oportunidad de expresarse libremente ante el psicólogo forense de Medicina Legal.

En este punto, coincide la Corte con los jueces de tutela de primera y segunda instancia, para quienes la decisión del Juez demandado no devela un acto de arbitrariedad que resulte ajeno al ordenamiento jurídico vigente.

Presunta vía de hecho por el rechazo de una prueba

17. El actor señala que el juez demandado dejó de practicar una prueba fundamental para definir la cuestión litigiosa, como lo era el testimonio del señor Peter Giraldo Villa, quien regresaba de los Estados Unidos, argumentando el vencimiento de la etapa probatoria. Afirma que tal decisión viola los imperativos de justicia que deben guiar la labor del juez.

18. Como lo ha establecido la Corte, “para que el control de la actuación judicial que rechaza, omite o dilata la práctica de pruebas pueda ser ejercido a través de la acción de tutela, se requiere, en primer término, que se trate de una auténtica vía de hecho. Adicionalmente, resulta necesario que la actuación controvertida comprometa efectivamente el derecho fundamental a la defensa y que no exista otro medio judicial para ventilarla, salvo en el evento en el cual se pretenda evitar la consumación de un perjuicio”¹². En desarrollo del aserto anterior, la Corte sostuvo que la simple existencia de una decisión que rechaza las pruebas solicitadas,

¹² Sentencia T-324/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

no constituye razón suficiente para conceder el amparo constitucional¹³. La acción de tutela sólo puede proceder cuando el funcionario judicial ha negado la practica de pruebas *absoluta y ostensiblemente imprescindibles para la defensa*¹⁴.

19. En el presente caso, la prueba rechazada fue solicitada extemporáneamente. En consecuencia, mal puede afirmarse que la decisión judicial que niega la mencionada prueba constituya una vía de hecho.

No obstante, puede ocurrir que el testimonio solicitado fuera absoluta y ostensiblemente imprescindible para la defensa de los derechos del padre y que la solicitud hubiera sido extemporánea, simplemente, porque se encontraba fundada en hechos nuevos, ocurridos una vez concluida la etapa probatoria. En estos eventos, nada obsta para que proceda la acción de tutela siempre que la providencia que rechaza la prueba sea arbitraria.

Según el demandante, el testimonio del señor Peter Giraldo Villa, fue solicitado extemporáneamente dado que sólo al momento de la solicitud se conoció que el testigo llegaría de los Estados Unidos, lugar dónde reside habitualmente. Afirma que la prueba es fundamental para demostrar que en alguna oportunidad la madre del menor tuvo relaciones sexuales con un hombre en la casa del testigo, sin reparar en que allí se encontraba el hijo menor de aquel.

En virtud de lo anterior, resulta necesario establecer si los hechos que el demandante buscaba probar eran absoluta y ostensiblemente imprescindibles para la defensa judicial de sus intereses.

20. Como ha sido expuesto, el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, establece que el funcionario judicial o administrativo competente debe ordenar la restitución del menor al Estado en el cual tenía su residencia habitual, siempre que se demuestre lo siguiente: (1) que el menor hubiera tenido su residencia habitual en un Estado contratante; (2) que el menor no hubiere cumplido los 16 años; (3) que hubiere sido trasladado a otro Estado contratante o permaneciere retenido en este, sin el consentimiento de quien, al momento del traslado, gozaba del derecho de guarda o de custodia de manera plena o compartida; (4) que el regreso del niño a su

¹³ Sentencia T-324/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁴ Sentencia T-324/96 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz). En el mismo sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-329/96 (MP José Gregorio Hernández Galindo); C-609/96 (MP Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz); T-654/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

lugar de residencia habitual no implique para este un grave riesgo o no lo coloque en una situación intolerable; (5) que el menor no se oponga al regreso, siempre que tenga la edad y madurez suficiente para que su opinión deba ser tenida en cuenta.

21. Como fue expuesto detalladamente en los antecedentes de esta providencia, los hechos probados en el presente proceso son los siguientes:

21.1 Julio Eduardo Salazar Henao es hijo de los señores Víctor Salazar Pinillos, de nacionalidad colombiana, y Karin Lorena Henao Toro, ciudadana estadounidense. La pareja contrajo matrimonio el 22 de enero de 1992 y fijó su residencia en el Estado de Georgia, Estados Unidos, lugar donde nació Julio Eduardo el 25 de junio de 1993.

21.2 En septiembre de 1996, el Tribunal superior del Condado de Gwinett, Estado de Georgia, decretó el divorcio definitivo de la pareja. La respectiva decisión judicial incorporó integralmente un acuerdo suscrito algunos meses antes por los padres, denominado, “plan de padres” en el que se indica que la custodia de Julio Eduardo sería compartida. Adicionalmente se acordó “no hacer planes o arreglos que interfieran con el tiempo del otro padre con Julio sin acuerdo expreso, por escrito, del otro padre”. Sobre el periodo de vacaciones se estableció que “cada padre tendrá derecho a tener a Julio por una semana dos veces al año”. Tanto Víctor Salazar Pinillos como Karin Lorena Henao Toro, se comprometieron a respetar el derecho del otro padre a desarrollar su relación con el menor y a analizar conjuntamente cualquier desacuerdo. Según el mencionado acuerdo, las disputas que eventualmente pudieran surgir serían resueltas por una “tercera parte objetiva”. Sin embargo, las partes acordaron someterse a la decisión del padre cuando no quieran contratar los servicios de una tercera persona. Al respecto, el acuerdo mencionado señala “*Entendemos que el padre ofrecerá a la madre amplia y razonable oportunidad para presentar su punto de vista. Cuando esto ocurra, entendemos que el padre tomará la decisión y la presentará por escrito para evitar errores de comunicación o malos entendidos*”.

21.3 El 1 de septiembre de 1997 el señor Victor Salazar Pinillos recogió al niño en la casa de su madre, para traerlo a Colombia durante el periodo de vacaciones. Sin embargo, el 11 de septiembre del mismo año, llamó a la madre para informarle que se encontraba en Colombia y que no regresaría al menor a los Estados Unidos. El mismo día, la señora Karin Lorena Henao reportó ante el Departamento de Policía de Norcross, Estado de

Georgia, el rapto de su hijo Julio Eduardo Salazar, por parte de su progenitor.

21.4 Previos los trámites de rigor y ante la imposibilidad de que el padre accediera voluntariamente a la restitución del menor, la Defensora de Familia, actuando en nombre y representación de los intereses del menor Julio Eduardo Salazar Henao, promovió ante la jurisdicción de familia proceso de restitución del menor, en contra del señor Víctor Salazar Pinillos.

21.5 Pese a que fueron practicadas múltiples pruebas, no existe en el expediente un sólo indicio que permita pensar que el reintegro del menor a su lugar de residencia habitual apareje grave peligro para él o lo coloque en una situación intolerable. Por el contrario, la totalidad de las pruebas practicadas, tanto en Colombia como en los Estados Unidos, permiten afirmar que, *la señora KARIN LORENA HENAO TORO y el señor VICTOR SALAZAR PINILLOS son personas aptas para desempeñar la función de padres*¹⁵

En suma, las pruebas que obran en el expediente demuestran que, existiendo custodia compartida, el padre del menor lo retuvo, en contra de la voluntad de la madre, en un Estado distinto de aquel en el cual tenía su residencia habitual, y que el regreso del menor a su país de origen no le reporta riesgo o peligro alguno. En virtud de lo anterior, el juez de la causa encontró probadas las circunstancias de hecho necesarias para ordenar el reintegro del menor a su lugar de residencia habitual.

22. Ahora bien, en criterio de la Corte, el hecho que el actor pretendía probar con la prueba solicitada y rechazada, no hubiera podido desvirtuar ninguna de las circunstancias probadas en el expediente y suficientes para ordenar la restitución del menor a su lugar habitual de residencia.

Ciertamente, la orden de restitución no depende de que el juez considere que el padre que retuvo ilegalmente a su hijo tiene un comportamiento moral *más adecuado* que el padre que solicita el regreso del menor. Para que el funcionario competente pudiera abstenerse de ordenar la restitución, sería necesario demostrar que el comportamiento de quien solicita el retorno es de tal gravedad que supone un riesgo cierto para la integridad física o síquica del niño o que lo colocaría en una situación intolerable. No basta entonces con afirmar que, en alguna oportunidad,

¹⁵ Conclusión de la evaluación realizada por el Psicólogo Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la ciudad de Pereira, el 11 de agosto de 1999 (Fol. 425).

quien solicita la restitución incurrió en un comportamiento que puede ser moralmente reprochable por quien retiene al menor.

Las consideraciones anteriores permiten concluir que la prueba extemporáneamente solicitada por el padre, encaminada a demostrar que, en alguna oportunidad, el comportamiento íntimo de la señora Salazar con su nueva pareja no se ajustó a determinados cánones morales, no resulta en absoluto indispensable para resolver la cuestión sometida a decisión judicial. Incluso si lo que afirma el actor fuera cierto, ello no implica necesariamente que el reintegro del menor al hogar materno apareje un grave riesgo para él o que lo coloque en una situación intolerable. Si el padre considera que el comportamiento descrito es reprobable y que puede implicar un “mal ejemplo” para su hijo, tiene la posibilidad de acudir a las autoridades de Georgia para solicitar el replanteamiento de los términos del “Plan de Padres”, pero no es el proceso de reintegro la oportunidad adecuada para formular tal alegato.

A este respecto, no sobra recordar que, como fue previamente señalado, el juez que decide el reintegro no tiene competencia para definir asuntos relacionados con la custodia. Esta es una cuestión que sólo puede ser resuelta en el Estado de residencia habitual del menor, salvo que el juez competente decida que el reintegro no es procedente (art. 16 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores).

En consecuencia, mal puede calificarse como vía de hecho judicial la decisión del juez de rechazar la práctica de una prueba que no sólo fue extemporáneamente solicitada, sino que no parece necesaria para resolver la cuestión de fondo planteada en el proceso de reintegro del menor a su lugar de residencia habitual.

Primacía del interés superior del menor

23. Afirma el actor que la Juez Tercera de Familia de Pereira, al ordenar la restitución de su hijo a los Estados Unidos, valoró inadecuadamente las pruebas obrantes en el proceso y desconoció el interés superior del niño. Para fundamentar su aserto afirma, en primer lugar, que las pruebas practicadas no permiten sostener que la madre sea la persona idónea para cuidar a su hijo y, sin embargo, si llevan a concluir que el padre tiene plena capacidad para garantizar que el menor tendrá un desarrollo armónico e integral. En segundo lugar, señala que separar al niño del

hogar paterno, con el que se encuentra plenamente identificado y con el cual “tiene una relación de amor y de seguridad física y moral”, puede causarle un gran daño. En este mismo sentido, indica que el juez “ni siquiera se ha detenido a examinar qué tipo de daño se le puede causar debido a la barrera del idioma, puesto que el menor no habla inglés”. Finalmente, el actor alega que la decisión impugnada priva al menor de tener cualquier relación futura con él dado que no puede ni quiere regresar a los Estados Unidos.

24. Como ha sido tantas veces reiterado, la juez demandada no tenía competencia para definir cuál de los dos padres ofrecía mejores condiciones para la crianza y educación del menor Julio Eduardo Salazar Henao. En efecto, para proferir la orden de restitución, basta que se demuestre que el regreso del niño a su lugar habitual de residencia no apareja ningún riesgo para su integridad física o psíquica y que no lo habrá de colocar en una situación intolerable. No obstante, el juez solicitó una serie de pruebas en virtud de las cuales se demostró que si bien pueden existir algunas dudas sobre la plena idoneidad de los padres para ofrecerle al menor una óptima educación¹⁶, lo cierto es que ninguno de los dos parece representar un riesgo para el menor y, por el contrario, cada uno de ellos parece tener capacidad de ofrecerle condiciones suficientes de estabilidad física y emocional. Justamente, por esta última razón el tutor de padres en los Estados Unidos recomendó en 1996, la custodia compartida, y el dictamen de psicología forense en Colombia, señaló que tanto Victor Salazar como Karin Lorena Henao, son personas aptas para ejercer la función de padres.

25. Resulta claro que el alegato del padre a lo largo de todo el proceso de restitución y de tutela, está realmente encaminado a lograr la custodia del niño. Lo que verdaderamente subyace a este argumento, es la solicitud al Juez para que deje de aplicar el tratado internacional tantas veces

¹⁶ Así por ejemplo, las pruebas practicadas permitieron establecer, entre otras cosas, que el 15 de julio de 1997, el señor Victor Salazar fue declarado culpable de la contravención de “asalto sexual” por el Tribunal Estatal del Condado de Gwinnett, Georgia. Adicionalmente, según la declaración de la señora Henao, el señor Victor Salazar es una persona violenta y agresiva. De otra parte, nada positivo puede predicarse de quien arrebató a un hijo del lugar de residencia habitual en contra de la voluntad del otro padre y lo somete al angustiante y complicado proceso del que se ha dado cuenta en la presente decisión. Sin embargo, de otro lado, el reporte del tutor de padres que, en 1996, tuvo a su cargo el proceso que culminó con el llamado “Plan de Padres”, afirma que si bien los dos progenitores son aptos para la custodia del menor, el padre es una persona más abierta al diálogo mientras la madre tiende a perturbarse con mayor facilidad y a mentir para lesionar la imagen del padre. Adicionalmente, señala que la madre no parece adoptar de manera autónoma sus propias decisiones y que usualmente aparece insegura y consulta con sus familiares antes de tomar una decisión. Así mismo, el señor Salazar indica que su regreso de los Estados Unidos se debió a la injusta persecución por parte de su ex esposa y algunos familiares de ésta, la que tuvo como resultado más de diez órdenes de arresto por causas injustificadas.

mencionado y profiera una decisión sobre la custodia del niño, otorgándole prelación al padre, por consulta ésta opción el mejor interés del niño.

26. El Convenio de la Haya protege el derecho fundamental de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo. Como lo ha establecido la Corte, el derecho de padres e hijos a mantener una relación directa y permanente es un derecho fundamental¹⁷ que, adicionalmente, se encuentra reconocido en aquella parte del derecho internacional denominado *Ius Cogens*¹⁸. En consecuencia, toda disposición que le sea contraria debe ser considerada nula. Sin embargo, las respectivas disposiciones internacionales admiten como única excepción a este derecho, la protección del interés superior del niño.

En efecto, de una parte la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Ley 12 de 1991), consagra el derecho del menor a tener relaciones personales y directas con los padres. Sin embargo, establece como excepción a este derecho la protección del *interés superior del menor*. Según el artículo 9º de la precitada Convención,

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

En el mismo sentido, el artículo 13 del Convenio de la Haya, indica que el funcionario competente para definir el regreso del niño a su lugar de residencia habitual puede abstenerse de ordenar la restitución cuando ello represente un riesgo para el menor.

27. Ahora bien, el demandante entiende que, en el presente caso, debe restringirse el derecho de la madre, en nombre del interés superior del menor.

¹⁷ Cfr T-290/93 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

¹⁸ Sentencia SU-195/98 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). Sobre el *Ius Cogens* ver la sentencia C-008/93 (MP Ciro Angarita Barón).

Cómo lo ha establecido 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 bueno o *mejor* para el niño. Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: (1) en primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; (4) finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo.¹⁹

28. A juicio de la Corte, en el presente caso no se dan los elementos antes establecidos para que pueda justificarse la separación de la madre y el hijo en nombre del *interés superior del menor*. Por el contrario, considera la Corte que, en el caso que ocupa la atención de esta Corporación, el actor quiere romper los vínculos entre la madre y el hijo fundado, exclusivamente, en sus propias preferencias. En efecto, el señor Salazar ha tenido una serie de problemas con la madre del menor que lo han llevado a concluir que debe regresar a Colombia y que el mejor lugar para la residencia de su hijo, es el hogar paterno. Sin embargo, dicho juicio se funda en su mero criterio subjetivo, pues no ha aportado una sola prueba que demuestre que la relación entre la madre y el hijo pueda reportarle a éste un perjuicio de tal magnitud que, en nombre del interés del menor, justifique la ruptura del vínculo con la madre.

Como lo ha reiterado la Corte, las disputas entre los padres y el juicio subjetivo de cada uno de ellos sobre lo que resulta mejor para su hijo, no es argumento suficiente para que uno de ellos pueda interrumpir el derecho del otro, y de su propio hijo, a sostener relaciones personales y contacto directo. A este respecto, resulta fundamental citar un aparte de la jurisprudencia de esta Corporación:

¹⁹ Sentencia T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-587/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

“De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores.

(...)

Esta Corte quiere subrayar con énfasis que los derechos de los hijos no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores, independientemente de quién los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos. Aunque sea éste un fenómeno de diaria ocurrencia cuyas nefastas repercusiones padece la sociedad colombiana, ha de decirse que, en el plano de lo racional, los mayores no gozan de autoridad ni de legitimidad para imponer a los menores el fardo de sus propias desavenencias.

Considera la Corte que todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos. A juicio de esta Corporación, el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores así como el que crea entre ellos barreras y distancias -físicas o morales- obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune ante el Derecho.”²⁰

En consecuencia, incluso si resultara cierto que el señor Salazar fue objeto de una injusta persecución por parte de la señora Henao y que la misma le causó graves traumatismos, lo anterior no es razón suficiente para raptar al menor y privarle del derecho a mantener relaciones personales y contacto directo de manera regular con su madre. Lo que se imponía en este caso era la utilización de los instrumentos de defensa adecuados para evitar la presunta persecución así como el intento por restablecer el respeto mutuo

²⁰ Sentencia T-290/93 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

que es fundamental para que el niño pueda desarrollarse de forma verdaderamente armónica e integral.

29. Afirma el padre que el juez desconoció el interés superior del menor al ordenar su reintegro a los Estados Unidos, pues tal decisión apareja la separación definitiva de su familia paterna con la cual se encuentra plenamente identificado y “tiene una relación de amor y de seguridad física y moral”. Finalmente añade que el regreso del menor a su lugar de origen implica la separación definitiva entre padre e hijo, dado que él no quiere ni puede regresar a los Estados Unidos.

No desconoce la Corte que separar a un niño, de forma súbita, de uno de sus padres, cuando ha vivido durante un periodo considerable con éste, constituye un daño de enorme trascendencia para la estabilidad emocional del menor. Justamente por ese motivo, resulta absolutamente reprochable la conducta del señor Victor Salazar Henao quien, de manera completamente arbitraria y sin reparar en el daño que estaba generando, decidió separar al menor de su madre, sin permitirle siquiera la libre comunicación telefónica. Si el señor Salazar tenía problemas legales en los Estados Unidos o si verdaderamente era objeto de una persecución injusta por parte de la señora Karin Lorena Henao, es una cuestión que la Corte no puede definir. Lo que si resulta indiscutible es que cualquiera hubiera sido la circunstancia en la que se encontraba, su responsabilidad como padre era la de utilizar los mecanismos legales de defensa que le ofrece el sistema estadounidense, antes de proceder a raptar a su hijo y someterlo a tan cruel y doloroso proceso. Si el padre hubiera tenido en cuenta el verdadero interés superior de su hijo y reparado por un momento en el daño que este lamentable episodio iba a generar al menor, hubiera dejado a un lado sus propios intereses y, probablemente, hubiera podido llegar a un acuerdo razonable con la señora Henao, o en su lugar se habría empeñado en solicitar el derecho a la custodia plena del menor, utilizando los medios de defensa que estaban a su alcance para impedir que continuara la persecución de la que afirma ha sido objeto y solicitar la consecuente reparación del daño.

Como fue manifestado con anterioridad, la Corte entiende que los padres tienen la obligación de soportar y resolver, como adultos, sus propias disputas, sin inmiscuir en ellas a los niños. La utilización de los menores como medio de venganza, como trofeos u objetos de su exclusiva pertenencia, es una violación flagrante de los más elementales deberes familiares y una cruda manifestación del más radical egoísmo que, de ninguna manera, puede ser protegido por la Constitución.

Ahora bien, no obstante lo anterior, reitera la Corte que la separación del hogar paterno puede implicar un trastorno emocional fuerte para el menor. Sin embargo, mantenerlo alejado del hogar materno, en el cual vivió durante los primeros cuatro años de su vida, sometido a una forzosa separación de su progenitora, la que incluye, incluso, la imposibilidad de contacto telefónico, también produce sobre el menor un daño de enorme trascendencia. Como se indica en el informe de psicología forense, tantas veces mencionado, el menor “siente afecto hacia la madre, dadas las condiciones que lo han rodeado se evidencia una conducta de desapego hacia ella, lo cual es susceptible de mejorarse si se dan acercamientos graduales y de buena calidad, la ausencia de la madre tiende a ser percibida con el transcurrir del tiempo como un sentimiento de abandono, lo cual puede generar sentimientos de depresión, inseguridad, búsqueda de “algo” que nunca tuvo, etc.”. Posteriormente añade, “percibe a la madre ausente de la concepción que él tiene de la que es su familia, esto lo afecta en el sentido de que podría introyectar sentimientos de abandono, lo cual puede alterar la vida adulta, mostrándose como una persona depresiva y/o irritable, insegura, con dificultades para establecer vínculos afectivos estables(...).”

Todo lo anterior, con independencia del derecho fundamental que existe, tanto en cabeza del hijo como de la madre, de mantener relaciones personales y contacto directo, el que se vería evidentemente frustrado si el menor permanece en Colombia. Como ha quedado establecido, el padre ha intentado impedir, con mucho éxito, que la señora Henao tenga cualquier tipo de contacto con su hijo.²¹

No resulta acertado entonces afirmar que el Convenio de la Haya debe inaplicarse en nombre del interés superior del menor. En efecto, no ordenar el regreso del menor tendría, a corto, mediano y largo plazo, efectos tanto o más perjudiciales que aquellos que puedan desprenderse de la precitada orden.

30. Incluso, contra lo que ha sostenido el señor Salazar, si el niño regresa a su lugar de residencia habitual, nada obsta para que el padre pueda acompañarlo y solicitar ante las autoridades competentes de ese país, la custodia del menor. En efecto, las normas internacionales aplicables tanto en Colombia como en Estados Unidos, a casos como el que estudia la

²¹ Así quedó demostrado en el juicio que dio lugar al fallo de tutela proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Pereira, el 16 de junio de 1999, en el cual se le ordenó a Víctor Salazar Pinillos la obligación de no obstaculizar la relación entre madre e hijo y se ofició al ICBF para que vigilara las condiciones en que las visitas han de realizarse en procura de la armonía y la libertad de las mismas.

Corte, protegen el derecho del padre a mantener una relación personal y permanente con su hijo.

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 1º de diciembre de 1948, consagra el derecho universal de los hombres y mujeres a formar una familia y a disfrutar de iguales derechos, incluso, en caso de disolución del matrimonio (art. 16, numeral 1º).

En desarrollo de este principio, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1999, establece el deber de los Estados partes de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos. Adicionalmente, el apartado tercero de la misma disposición establece la obligación para los Estados partes, de respetar "el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

En consecuencia, los numerales 1º y 2º del artículo 10 de la mencionada Convención, consagran el deber de los Estados parte de garantizar el derecho de los padres que viven en un territorio distinto del de su respectiva jurisdicción, a mantener relaciones personales y contacto directo. Al respecto, las citadas normas establecen:

"Artículo 10.

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

(...)

2. El niño cuyos padres residan en estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país...".

Finalmente, en desarrollo de lo anterior y en especial, del artículo 11 de la precitada Convención - según el cual los Estados Partes se comprometieron a adoptar las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el exterior -, fue adoptada la Convención de la Haya, tantas veces mencionada, cuyas normas protegen, incluso, los derechos del padre que ha incurrido en la conducta que la misma Convención proscribe.

De una parte, el artículo 19 del tratado, establece que “(u)na decisión acerca del regreso del niño dada en el marco del Convenio no afectará el derecho de guarda en cuanto al fondo.” En consecuencia, el hecho de que el menor tenga que regresar a los Estados Unidos no significa que quede invalidado el derecho del padre a mantener relaciones personales y contacto directo en el caso de que él decida acompañar a su hijo a ese país.

De otro lado, el artículo 21 de la misma Convención, le garantiza al padre que no tiene la custodia o que vive en un lugar diferente de aquel en el cual reside el menor, el derecho de visita. Según el Convenio, en estos casos, “se podrá dirigir una solicitud relativa a la organización o protección del ejercicio de un derecho de visita a la Autoridad central de un Estado Contratante en la misma forma que una solicitud para el regreso del niño.”

La misma norma establece el deber de las autoridades centrales del Estado en el cual reside el menor, de someterse a las “obligaciones de cooperación señaladas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de cualquier condición al cual estaría sometido el ejercicio de este derecho y para que en toda la medida de lo posible sean eliminados los obstáculos que pudieren oponerse a ello.”

Adicionalmente, el artículo 25 de la precitada Convención, señala que “los nacionales de un Estado Contratante y las personas que residieren habitualmente en dicho Estado tendrán derecho, para todo lo que tiene que ver con la aplicación del Convenio, a la asistencia judicial y jurídica en cualquier otro Estado Contratante en las mismas condiciones que si ellos mismos fueren nacionales de ese otro Estado o residieren habitualmente en él.”

Por último no sobra indicar que el mencionado tratado tiene exclusivamente efectos civiles. En consecuencia, una decisión acerca del regreso del niño dada en el marco del Convenio no compromete la

responsabilidad penal del padre o de la persona que hubiere sido obligada a restituir al menor. Al respecto esta Corte indicó:

“En primer término, es necesario aclarar 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”²²

En suma, el argumento según el cual la orden de reintegro implica que el padre no podrá volver a tener contacto con su hijo no parece ajustarse a la normatividad internacional aplicable al caso. Cosa distinta es que el señor Salazar no quiera regresar a los Estados Unidos, lo que no constituye razón suficiente para privar a la madre y al niño de su derecho fundamental a no ser separados.

Consideraciones finales sobre el proceso de entrega

31. El Juzgado Tercero de Familia de Pereira, ordenó la restitución inmediata del menor Julio Eduardo Salazar Henao al Estado de Georgia, en los Estados Unidos de Norteamérica.

No obstante, la Defensoría Delegada para la Protección del Menor intervino para solicitar que en caso de ser confirmado el fallo, "se disponga que, en aras del bienestar del menor Julio Eduardo Salazar -Henao, el cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero del Familia sea precedido de una adecuada preparación del citado menor, para que no se produzca una abrupta alteración del medio en el cual actualmente se desarrolla, (...). "

La sentencia de tutela de segunda instancia consideró que tales aspectos del litigio solo pueden ser conocidos y resueltos por el juez natural y, en consecuencia, entendió que dicha solicitud debía formularse directamente a tal funcionario.

32. Ciertamente, asuntos como el planteado por la Defensoría del Pueblo, deben ser resueltos, en principio, por el juez competente para definir la restitución. Sin embargo, en el presente caso la sentencia fue proferida sin

²² Sentencia C-402/95 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

hacer alusión alguna a tales cuestiones. La Juez Tercera se limitó a ordenar la entrega inmediata del niño, sin considerar que, dado el tiempo que el menor ha vivido con la familia paterna (2 años), sin tener contacto permanente con la madre y escuchando constantemente opiniones y comentarios desobligantes contra ésta, parecería razonable establecer condiciones mínimas para evitar que una separación abrupta o traumática pueda generar un perjuicio notable en cabeza del menor.

En las circunstancias descritas, nada obsta para que el juez constitucional intervenga, con el fin de proteger el interés superior del niño durante el trámite de ejecución de la respectiva sentencia. En efecto, en este caso no se trataría de una decisión que revoque o modifique la sentencia objeto de la acción de tutela, sino de una medida transitoria para evitar que en el trámite de la restitución, se vulneren los derechos fundamentales del menor.

33. En el presente caso, todo parece indicar que el padre busca, a toda costa, anteponer sus propios intereses a los del niño. En efecto, según informó a esta Corte la Defensora de Familia, en este momento se desconoce el paradero del señor Víctor Salazar y de su hijo, lo que hace pensar a la citada funcionaria, que puede tratarse de un ocultamiento ilícito del niño por parte de su padre. Si lo anterior fuera cierto, sería necesario rescatar al menor, a través de un operativo policial, lo que sin duda aumentaría el daño que éste, injustamente, ha debido soportar.

Ahora bien, puede ocurrir que tal ocultamiento sea simplemente aparente, o que una vez conocido el fallo el padre comprenda la gravedad de su conducta y el enorme daño que puede causar a su hijo de persistir en ella. Si y sólo si esta última fuera la circunstancia, en aras de proteger los derechos fundamentales del menor, la Corte considera que la solicitud de la Defensoría del Pueblo resulta procedente, en los términos siguientes.

Si el padre se presentare voluntariamente durante los cinco días siguientes a la notificación de este fallo, y manifestare su voluntad de participar en un proceso de preparación del menor para evitarle un daño mayor al que ya ha tenido que soportar, siempre que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar lo considere prudente, podrá permitirse que el menor permanezca en el hogar paterno, mientras se produce la restitución. No obstante, si a juicio de los funcionarios competentes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la permanencia del menor en el hogar paterno apareja alguna amenaza contra su integridad física o moral; o puede tener como resultado un intento por evadir lo dispuesto en el

presente fallo; o si el padre se niega a recibir adecuada intervención psicosocial; se deberá ordenar el traslado del menor a un hogar sustituto, mientras se produce la entrega a la madre.

En todo caso, el niño deberá ser trasladado al hogar sustituto, si el padre no se presenta voluntariamente dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta providencia, y resulta necesario proceder a su búsqueda y a la recuperación del menor por la vía coactiva.

Una vez notificado el presente fallo, el funcionario competente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, deberá comunicarse de inmediato con la señora Karin Lorena Henao y con su apoderada dentro del proceso de restitución, para informarles sobre lo decidido y definir todas las cuestiones relevantes para proceder a la restitución, de tal suerte que la misma se produzca con el menor traumatismo posible para el niño.

El Instituto de Bienestar Familiar deberá asumir la protección inmediata y temporal del menor, mientras se realiza la restitución. El niño deberá ser entregado directamente a la madre, a más tardar dentro de los 8 días siguientes a su llegada al país, salvo que antes del vencimiento del mencionado plazo, los padres lleguen a un acuerdo diferente.

Mientras se efectúa la entrega del menor a su madre, el grupo familiar y, en especial, el niño, deberá someterse a una intervención psicosocial coordinada y dirigida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de forma tal que la restitución sea precedida de una adecuada preparación que permita reducir el impacto de una abrupta alteración del medio en el cual actualmente se desarrolla el menor.

El anterior proceso deberá tener permanente seguimiento y acompañamiento de los funcionarios de la Defensoría del Pueblo asignados al caso.

III. D E C I S I O N

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

RESUELVE

Primero.- **CONFIRMAR** la sentencia de 21 de octubre de 1999, proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia y en consecuencia, **NEGAR** la tutela interpuesta por Víctor Salazar Pinillos.

Segundo.- **ORDENAR** la CANCELACIÓN de la medida provisional decretada por esta Corporación, de suspensión del cumplimiento de la sentencia de restitución proferida por el Juzgado Tercero de Familia de la Ciudad de Pereira, el día 27 de agosto de 1999.

Tercero.- A fin de proteger los derechos fundamentales del niño Julio Eduardo Salazar Henao, **ORDENAR** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional Risaralda, y a la Defensoría Delegada para los Derechos del Niño, la Mujer y el Anciano, que asuman inmediatamente las labores de protección y vigilancia que les compete conforme a lo dispuesto en el fundamento jurídico 33 de esta decisión.

Cuarto.- Por Secretaría, líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de esta providencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional Risaralda y a la Defensoría Delegada para los Derechos del Niño, la Mujer y el Anciano, para que procedan de inmediato a dar cumplimiento a lo dispuesto en el fundamento jurídico 33 de la presente decisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

MARTHA V. SACHICA MENDEZ
Secretaria General