

En su etapa judicial, la competencia para esta clase de demandas es exclusiva del juez de familia, al tiempo que la fase administrativa le corresponde al ICBF.

La Ley 1098 del 2006 adecuó este tipo de trámites internos

Restitución internacional de menores, ¿están primando los derechos de los niños?

ABOGADO ANDRÉS BONILLA TORRÁS
Abogado Especializado
Torrás Abogados
c.bonilla@torras.co

La globalización ha generado, cada vez con más frecuencia, que los menores sean trasladados de sus países de origen y establezcan domicilio en otro lugar diferente al de su nacionalidad.

Colombia se hizo parte de las convenciones internacionales que regulan el desarrollo de los derechos de los menores, especialmente las relacionadas con la retención ilícita de estos, las cuales prevén procedimientos de urgencia para buscar que las sentencias en dichos procesos sean oportunas. El Código de la Infancia y la Adolescencia previó, por ejemplo, que los fallos fueran proferidos en un término máximo de dos meses al recibo de la demanda (L. 1098/06, art. 119, par.)

Empero, la realidad es bien distinta. La congestión judicial, los rigormismos procesales, la confusión legislativa y el desconocimiento del alcance de las convenciones suscritas por nuestro país han llevado a que, en la práctica, estos procesos demanden un plazo mayor. Esta duración procesal genera un arraigo del menor, derivado de las nuevas condiciones de vida surgidas de la retención ilícita y, por ende, desfigura y desobedece las convenciones sobre restitución internacional de niños; las cuales buscan que el menor sea restituido inmediatamente a su domicilio habitual y que sea el juez de ese lugar quien determine los asuntos propios de su guarda, custodia, visitas o alimentos.

Tanto el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ambas suscritas por Colombia, buscan asegurar el pronto retorno de los menores a su domicilio habitual cuando han sido retenidos o trasladados ilícitamente a otro país por uno de sus padres.



FOTO: iStock

Evolución interna del procedimiento

Aunque las convenciones hablan del "secuestro internacional de menores", estos términos no tienen una connotación criminal, sino que se refieren a aspectos puramente civiles, lo que hace que, conforme a la Ley 1098 del 2006, los trámites sean de conocimiento del juez de familia, quien, si comprueba el traslado o retención ilícitos, debe ordenar la restitución del menor para que sean las autoridades del país de residencia habitual las que se pronuncien sobre su custodia o reglamenten sus visitas.

Inicialmente, tanto la competencia para conocer de estos trámites como la naturaleza del proceso fueron unas de las grandes barreras para su ejecución oportuna, ya que no estaba definido cuál era su juez natural. En principio, el conocimiento y trámite de las solicitudes de restitución era del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que se atribuía funciones jurisdiccionales que no le correspondían, como fue resuelto en la Sentencia T-357 del 2002, por la cual la Corte Constitucional ordenó a la Dirección General del ICBF remitir el expediente de restitución internacional a los juzgados civiles del circuito para que, bajo la modalidad del entonces existente proceso ordinario y

la doble instancia, impulsaran el trámite de la restitución, lo cual venía con el "procedimiento de urgencia" al que se refieren ambas convenciones internacionales.

Como la Corte Constitucional instó al Congreso de la República, al ICBF y al Consejo Superior de la Judicatura a promover una ley que adecuara los trámites internos al objeto de los tratados internacionales, fue promulgada la citada Ley 1098 del 2006, en donde se asignó el conocimiento de este tipo de acciones a los jueces de familia, mediante el procedimiento verbal sumario (el de los menores tiempos conforme a la regulación procesal de esa época), dadas las condiciones especiales de estos casos, en que es imperiosa su celeridad para garantizar los derechos de los niños.

En la actualidad, el Código General del Proceso define claramente que la competencia para este tipo de demandas es exclusiva del juez de familia en su etapa judicial (CGP, art. 22) y la fase administrativa es de competencia del ICBF, como autoridad central, al que deberá informarse acerca de los hechos que dieron lugar al traslado o retención ilícitos para que adopte las decisiones concernientes a la ubicación del menor y la notificación al otro Estado contratante.

Enterada la autoridad central de los hechos, esta adelantará un

trámite administrativo de conciliación, encaminado a obtener el retorno voluntario del menor al país de su domicilio habitual. De no lograrlo, tendrá que adelantarse un proceso judicial contra quien ejerce la retención o traslado ilegal para obtener sentencia del juez de familia que ordene la restitución inmediata.

Según lo previsto en el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, aprobado por la Ley 173 de 1994, cuando las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido hayan sido notificadas del traslado ilícito, no podrán hacer ningún pronunciamiento de fondo sobre la guarda del menor hasta tanto se pruebe que no se dan las condiciones para el retorno a su domicilio de origen. Esta prohibición resulta inaplicada con mucha frecuencia, generando decisiones disímiles respecto del mismo menor, pues mientras un juez resuelve sobre la custodia, otro puede estar ordenando la restitución internacional.

Excepciones a la orden de restitución

La legislación internacional prevé que no habrá lugar a la restitución en los siguientes casos:

1. Cuando se demuestre que quien eleva la solicitud de restitución no ejerció efectivamente el derecho de guarda al momento de la retención o traslado ilícitos.
2. Cuando se pruebe que el menor puede encontrarse en una situación de peligro físico o síquico a su regreso al país de residencia habitual.
3. Cuando ha alcanzado una edad y madurez que permitan tener en cuenta su opinión para la oposición a su regreso.

Sobre estas excepciones, la Corte Suprema de Justicia ha hecho las siguientes precisiones:

(i) El daño o peligro no debe considerarse solo en el retorno del menor a su residencia habitual, sino que también puede ocasionarse por la sustracción del entorno del padre/madre cuando se ha adaptado nuevamente (Rad. 673/00, jun. 7).

(ii) El peligro también puede ser psicológico cuando los maltra-

tos son propiciados por el infractor a otro miembro de la familia (Rad. 1395/17, jul. 17).

Procedimiento inapropiado y violación al carácter de urgencia

En algunas ocasiones, estas acciones se confunden con una demanda de custodia, pues el juzgador, en vez de limitarse a establecer la ilicitud de la retención o traslado del menor y ordenar su inmediata restitución, trata de dirimir la controversia sobre cuál de los padres debe ejercer el cuidado de este, extendiendo el debate innecesariamente y desnaturalizando el carácter de urgencia que tiene el proceso.

Cuando se da un tiempo excesivo para proferir sentencia, se afectan los derechos de los niños y de sus padres y se impide que sea el juez del domicilio habitual el que resuelva los aspectos de fondo de la custodia y las visitas. También se prolonga irracionalmente la estancia del menor retenido en el lugar de residencia del infractor, haciendo que por ese arraigo se decida mantenerlo en el país del retenedor, no obstante probarse la ilicitud del traslado.

Por esta razón, el Consejo Superior de la Judicatura debería dar una mayor capacitación a los operadores judiciales en este tema tan álgido, para prevenir las violaciones de las leyes nacionales y los incumplimientos de los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

Abogamos, entonces, porque los procesos de restitución internacional de menores se tramiten realmente por un procedimiento de urgencia, dentro de los dos meses que indica el Código de la Infancia y la Adolescencia, y que se encaminen exclusivamente a determinar si el traslado o la retención fue ilícito o no y si procede la reintegración a su domicilio habitual, para que sea el juez de ese lugar quien decida sobre los aspectos de fondo relacionados con la garantía de los derechos de guarda y de visitas del menor.

Sección patrocinada.
Las opiniones aquí publicadas son responsabilidad exclusiva de la firma Torrás Abogados.