

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – No se cumplen los requisitos para ordenar la restitución en este caso.

Además de que no se acreditaron todos los presupuestos establecidos en la Sentencia T – 202 de 28 de mayo de 2018 de la Corte Constitucional, hay que tener en cuenta otros que tampoco se demostraron, como son los *“relacionados con la existencia de un grave riesgo de exponer a los niños a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera los ponga en una situación intolerable, que deberá ser analizada de manera independiente para cada uno de los infantes”*.

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES – Se evidencia que con la pretendida restitución, se podría generar afectación en su desarrollo psicológico y físico.

“(…) la restitución inmediata de la mencionada infante implicaría interrumpir su periodo de lactancia, recordando que la lactancia materna es un derecho del que gozan los niños y que el Estado Colombiano protege a través de distintas normas en ámbitos como el de la salud y laboral, (...). Bajo ese punto de vista, la separación de la niña (...), la sometería a un grave riesgo en su desarrollo físico y psíquico si es sometida a una separación inmediata de su madre y actual centro de vida, configurándose y teniéndose por acreditada la excepción para ordenar el retorno inmediato a su país de origen.

(...) respecto del niño (...), ordenar la restitución inmediata a su país de origen ordenando en consecuencia, la separación no sólo de su madre sino también de su hermana, evidentemente lo somete a un grave riesgo de sufrir una afectación psicológica, lo cual en nada se relaciona con cuestiones de arraigo, sino con los lazos naturales de afecto y apego respecto de su madre y hermana que no se adquirieron desde el momento en que arribó a suelo colombiano, sino desde su nacimiento en Australia y se han desarrollado y fortalecido con el paso del tiempo”.

PERSPECTIVA DE GÉNERO – No puede ser justificante para la negativa de la restitución internacional, pero sí se puede tomar en cuenta en la toma de la decisión definitiva.

“Por otra parte, bien se advirtió que conforme al artículo 17 de la ley 173 de 1994, el hecho de que se hubiere dado una decisión sobre el derecho de guarda reconocida en el Estado requerido, no puede justificar la negativa a devolver a un niño en el marco del Convenio, pero, las autoridades judiciales del Estado requerido sí pueden tomar en cuenta los motivos de dicha decisión en la aplicación de la norma, tema que se analizará bajo una perspectiva de género”.

PERSPECTIVA DE GÉNERO – Efectos probatorios y aplicación al caso concreto.

“(…) Así, la perspectiva de género que se aplica al presente asunto tiene efectos probatorios, en el sentido de aceptar la versión rendida por la señora MNYO la que fue revelada tanto en la contestación de la demanda como en la denuncia que realizó ante autoridad administrativa con anterioridad al inicio de la presente solicitud de restitución internacional, y asimismo en su declaración de parte, en la que manifestó ser víctima de violencia verbal y psicológica por su pareja RMC, escenario de violencia que no aparece como un ambiente propicio o con las condiciones necesarias para el desarrollo físico y

psicológico de los niños LMCY y BMCY, ni para la protección de sus derechos fundamentales, los cuales sí se encuentran garantizados en Colombia conforme lo indican los diferentes informes elaborados por los funcionarios competentes adscritos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, conforme a los cuales fue la misma Defensora de Familia la que al presentar sus alegatos de conclusión solicitó que los niños no fuera restituidos a su país de origen”.



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente:

Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ

Referencia: Apelación de sentencia en
proceso de restitución
internacional de niños
Proceso No.: 2019 - 00086 - 01 (009 - 01)
Demandante: RMC
Demandada: MNYO

San Juan de Pasto, once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a emitir pronunciamiento sobre el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, frente a la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Ipiales en el marco del proceso de restitución internacional de niños, instaurado por RMC en contra de MNYO, madre de los niños BMCY y LMCY.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda, pretensiones y sustento.

a) El señor RMC interpuso demanda ante la Autoridad Central de Australia para el Convenio de La Haya, sobre los aspectos civiles de sustracción internacional de menores, que obra en formato traducido en el expediente.

b) En dicho documento, se relata que el nueve (9) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) el señor RMC en compañía de su pareja MNYO y sus hijos BMCY y LMCY, con el propósito de asistir al matrimonio del hermano del demandante en la ciudad de Santa Marta, y también visitar a la familia de la ahora demandada en la ciudad de Ipiales.

c) No obstante, para el nueve (9) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la ahora demandada le informó al solicitante que no tenía intención de regresar a Australia, lo mismo que no permitiría que sus hijos regresaran, frente a lo cual demandado manifestó en contraposición, que no consentiría que los niños permanecieran en este país más allá del veinte (20) de febrero inicialmente acordado, destacando que su residencia habitual era Australia.

d) Destacó que no existen órdenes judiciales respecto de los niños, y conforme a las normas australianas comparte los derechos de custodia de los niños junto con la madre, motivo por el cual estaba ejerciendo dichas prerrogativas en el momento en que se dio la retención ilegal de sus hijos por parte de su madre.

e) Finalmente, relató que si los niños regresan a Australia, es decir, a su antiguo hogar, no estarían expuestos a daño psicológico de ningún tipo, ya fuera físico o psicológico, ni a otro tipo de situación intolerable. Por lo demás, que en atención a la edad de los infantes,

no considera que tengan la suficiente madurez como para que sean sus deseos los que determinen donde vivir.

f) Por su parte, la Defensora de Familia, expuso en su respectivo escrito hechos similares a los narrados anteriormente, agregando que la decisión de la señora MNYO de radicarse en Colombia y no retornar a Australia, obedeció a las problemáticas al interior del núcleo familiar.

g) Además, realizó una exposición del trámite que al presente asunto se dio por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Defensoría de Familia, donde la señora demandada fue persuadida para lograr el retorno voluntario de sus hijos, sin que se lograra tal cometido. Igualmente, en el respectivo documento se relacionaron los resultados de la valoración sociofamiliar, valoración psicológica y valoración nutricional, realizados por profesionales en dichas materias respecto de los niños.

h) Por los hechos descritos, la parte demandante solicitó las siguientes pretensiones:

- Que se ordene el retorno de los citados niños, quienes dice se encuentran en el municipio de Ipiales junto con su madre, a su país de origen y residencia habitual.
- Que se notifique dicha decisión al señor RMC en Australia, lo mismo que a través de la Subdirección de Adopciones, Sede Nacional – ICBF en Bogotá D.C, en su condición de autoridad competente.

2.Trámite de Primera Instancia

a) La demanda fue admitida el veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Ipiales.

b) Así, una vez notificada la demandada, a través de su apoderada judicial dio contestación a la misma indicando:

- Que el propósito inicial de ella y del padre de sus hijos, era en principio, pasar unas vacaciones en Colombia, pero que también lo era concretar los planes que tenían para trasladarse de manera indefinida a este país, situación que era conocida por el demandante desde el inicio del viaje.
- Que la decisión de la demandante de no regresar con sus hijos a Australia la tomó desde antes de viajar, pero no de manera arbitraria, sino por los problemas de índole familiar entre los que se destacan la falta de apoyo físico y emocional del padre para con sus hijos desde la misma gestación, el maltrato que recibía del señor RMC y su hermano, siendo víctimas de trato desigual al interior de la familia australiana.
- En cuanto atañe a la violencia intrafamiliar, describió la existencia de antecedentes de maltrato que el demandante le infringía en reiteradas ocasiones, ante lo cual tuvo que acudir a la respectiva autoridad australiana y recientemente, a la llegada al territorio nacional, tuvo que interponer una denuncia ante la Comisaría de Familia de Ipiales, entidad que se dice, resolvió de manera preventiva entregar la custodia provisional de los niños a la madre, señalando entonces que ésta no era compartida, todo al interior del proceso que cursa bajo el radicado No. 219 – 82, con el objetivo de fijar cuota de alimentos y régimen de visitas.
- Respecto de lo anterior, refirió que no era cierto que los niños en territorio extranjero, no estarían sujetos a riesgo alguno, pues éste es cierto y fundado en los antecedentes de violencia intrafamiliar, máxime si se tiene en cuenta que el padre no cuenta con tiempo para velar por su cuidado, pues pretende que sean cuidados en guarderías o por los abuelos paternos, quienes son personas de avanzada edad. Lo anterior, sumado al hecho que el padre del demandante debe permanecer bajo tratamiento

médico, que le genera como efecto adverso la ira e irritabilidad repentina.

- Resaltó que no era cierto que la residencia habitual de los niños se ubicara en territorio australiano, puesto que dicho atributo es compartido en Colombia, en donde han permanecido por periodos de tres meses consecutivos en varias ocasiones, agregando que también tienen la nacionalidad colombiana.
- Que la demandante se ha sentido desprotegida emocional y físicamente por parte de su pareja y familia, siendo ella la única responsable de garantizar el crecimiento de sus hijos en condiciones de afecto y seguridad.
- Que los hechos narrados hacen inviable la posibilidad de sostener una residencia conjunta y que la permanencia de los niños en territorio colombiano está dotada de licitud, que se realizó con la finalidad de proteger los derechos de los niños y evitarles un grave perjuicio de retornar a Australia, sumado al hecho de que los niños tienen nacionalidad colombiana.
- Además, que no era cierto que el padre de los niños hubiera establecido una fecha límite para el regreso a Australia, pues él mismo participó de la escogencia del plantel educativo, matrícula y adquisición de los elementos educativos respecto de BMCY, y en cuanto a Lucía, se dice que manifestó su expresa intención de que permanezca con su madre.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones de mérito que denominó: *“ausencia de derecho para reclamar la restitución”, “consentimiento tácito del padre de BMCY sobre la permanencia del niño en territorio colombiano y expreso respecto de LMCY”, “excepción a la presunción de custodia compartida”, “integración de los menores su nuevo ambiente”, “grave riesgo de que la restitución de los menores que los exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga a los menores en situación intolerable”, “satisfacción del interés superior del niño”, “inexistencia de ocultamiento de los menores*

al padre”, “inexistencia de retención ilícita de los niños BMCY y LMCY” y “declaratoria de otras excepciones o la innominada”.

c) Corrido el traslado de las excepciones de mérito propuestas, la parte demandante guardó silencio conforme puede verse a folio 356 del C. Principal 1 y folio 1 del cuaderno principal 2.

d) Luego, en auto del veintidós (22) de julio de dos mil diecinueve (2019), se abrió a pruebas el trámite decretando por tales las que fueron aportadas y solicitadas oportunamente por las partes, fijando fecha para la audiencia de la que habla el artículo 392 del C. G. del P., la cual se llevó a cabo entre los días veintisiete (27) y veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) y cuatro (4) de diciembre del mismo año.

3. La sentencia objeto de apelación

a) El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Ipiales profirió sentencia de primera instancia en la que adoptó las siguientes determinaciones: **i)** *“Sin lugar a ordenar en la presente sentencia el regreso o restitución de los niños BMCY y LMCY, a Australia a su lugar de residencia habitual antes de ser trasladados a Colombia y luego ser retenidos por su progenitora en Ipiales, Nariño, Colombia”;* **ii)** Sin lugar a condenar en costas. Y **iii)** Declaró finalizado el trámite de primera instancia.

b) En consideración de lo anteriormente descrito, el apoderado judicial de la parte actora presentó su recurso de alzada por escrito, en donde enunció sus reparos concretos tal como puede verse a folios 265 a 269 del cuaderno principal.

4. Trámite de segunda instancia

a) A través del auto del pasado seis (6) de octubre de dos mil veinte (2020) se solicitó al juzgado de primer grado que remitiera con destino a esta Sala, los archivos correspondientes a las audiencias llevadas a cabo al interior del presente asunto, a través de la herramienta Onedrive habilitada para el e-mail institucional. Solicitud que fue respondida a través de correo electrónico del día veintidós (22) del mismo mes y año.

b) Igualmente, el mismo seis (6) de octubre de dos mil veinte (2020) en auto separado, se adecuó el presente trámite a lo establecido por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se admitió en el efecto suspensivo el recurso de apelación, y se corrió el respectivo término para sustentar la alzada.

c) Vencido el traslado, Secretaría de la Sala dio cuenta de que el apelante no había procedido a la respectiva sustentación, motivo por el cual, a través de providencia de veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020) se declaró desierto el recurso.

d) En contra de la anterior determinación, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición, mismo que fuera resuelto de manera favorable a través del auto de seis (6) de noviembre de dos mil veinte (2020), ordenándose en consecuencia, correr nuevamente el respectivo traslado para la sustentación del recurso de apelación.

e) Es de destacar que dentro de la respectiva oportunidad, el Procurador Delegado en asuntos de Familia y el Defensor de Familia se pronunciaron respecto del recurso de reposición interpuesto.

f) Luego, surtido el traslado, Secretaría dio cuenta de que el señor Procurador 20 Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y las Mujeres, emitió su concepto

solicitando a este Tribunal la confirmación de la sentencia de primera instancia.

g) Igualmente, dentro de la respectiva oportunidad, el apoderado judicial de la parte solicitante, presentó la sustentación del recurso de apelación que admite el siguiente resumen:

- La decisión tomada por el A quo en el proceso de la referencia partió del simple supuesto de que el menor ha estado más tiempo con su madre en la ciudad de Ipiales, que con su padre en la ciudad de Melbourne, señala en su decisión que dicha circunstancia pone en un riesgo psicológico grave a los menores si son restituidos al lado de su padre sin analizar el acervo probatorio.

- Que no es factible deducir un riesgo grave para los menores al ser regresados a Australia, con base la posible afectación psicológica que haya podido sufrir la madre respecto a su relación marital con el padre, pues no hay evidencia que permita inferir que el solicitante representa un peligro para la integridad física y emocional de los niños.

- Que el juzgado no tomó de forma imparcial el testimonio presentado por la parte demandante, realizando preguntas referentes a la condición climática en Australia sin que exista un objetivo claro del porqué de los interrogantes, lo cual debió ser corroborado por un perito experto en ese tema, ya que la testigo claramente no lo es.

- Frente al informe presentado por el perito psiquiatra Gerardo Uribe, más que la afectación de la psique de la madre por su mala relación marital con el padre, lo que se debió probar es la afectación de la psique de los niños, y si en verdad existe un riesgo para los mismos al autorizar su regreso al país de origen.

- Que el convenio de la Haya sobre restitución internacional de menores, debidamente ratificado por Colombia mediante la ley 173 de 1994 consagra que los jueces deben observar si efectivamente existe o no un riesgo para los niños al regresar al país de su origen; para el caso presente, no se evidencia tal circunstancia y no se entiende como el juez llega a esa conclusión si en el proceso no existe una evidencia lo suficientemente certera.

- Tampoco existe claridad probatoria dentro del proceso que pueda llevar a pensar que realmente ha existido un acoplamiento absoluto en su nuevo arraigo que es la ciudad de Ipiales (N) que impida a los dos niños regresar a Australia.

- Que el solicitante reside en Australia y ha demostrado de forma contundente, que puede ofrecer a los menores una calidad de vida que su madre no les podría ofrecer en la ciudad de Ipiales.

h) Dentro del término de traslado, la apoderada de la parte demandante se pronunció frente a la sustentación del recurso de apelación, tal como puede leerse en los respectivos archivos allegados a través de correo electrónico.

i) Surtido como se avizora todo el trámite de segunda instancia, se procederá a resolver la apelación que nos ocupa con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Procede entonces la Sala a decidir sobre la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la parte demandante, contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Ipiales, debiendo precisar el problema jurídico, señalando que el debate gira en torno a un cuestionamiento: ¿se cumplen en el

presente asunto las condiciones necesarias para ordenar la restitución internacional de los niños BMCY y LMCY a su país de origen, en la forma en que lo solicitó su padre RMC?

Antes de proceder a resolver de fondo la cuestión planteada, se hace necesario realizar unas precisiones relacionadas con las normas que regulan el caso planteado, además de los pronunciamientos jurisprudenciales que se han desarrollado al respecto, tanto por la Corte Constitucional como por la Corte Suprema de Justicia.

En primer lugar, debe ponerse de relieve que el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 173 del veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual se aprobó dicho instrumento multilateral.

Así, en el mencionado convenio aprobado a través de la mencionada ley, se establece específicamente en su artículo tercero que el traslado o no regreso de un niño será considerado como ilícito en los eventos en que se configuren los siguientes supuestos de hecho:

- “a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso.*
- b) Que este derecho era ejercido de manera efectiva, sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido”.*

En la norma citada, se aclara que el derecho de guarda señalado en el inciso a) podrá resultar en especial por ministerio de la ley de pleno derecho o de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor en virtud de la legislación de dicho estado.

Al respecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el Concepto 84 del veintiuno (21) de julio de dos mil diecisiete (2017), explicó que la Ley 173 de 1994, mediante la cual se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico interno, el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito el 25 de octubre de 1980, hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales que procuran la restitución inmediata del menor de edad al lugar de su residencia habitual, cuando ha sido **trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares.**

Ahora, ya es el artículo 12 de la norma bajo análisis, la que impera que cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido que precisa el artículo 3° antes citado, **y que hubiere transcurrido un periodo de un año por lo menos** a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda, ante la autoridad administrativa o judicial del Estado contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso. Igualmente, de manera literal se ordena:

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

Como puede verse, en el inciso transcrito ya se encuentran excepciones al deber de ordenar el regreso del niño o niña de que se trate, las que más adelante en el artículo 13 ibídem, se amplían de la siguiente forma:

*“No obstante las disposiciones del artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa **no estará obligada** a ordenar el regreso del niño cuando **la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare:***

a) Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en

el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso;

b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social”.

Ahora, del aparte normativo transcrito, resulta de relevancia para el *sub examine*, que además de las excepciones al deber de ordenar la restitución internacional, el artículo 13 establece que aquellos motivos o supuestos de hecho que las configuran, deben ser demostrados por la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso, carga de la prueba.

Así, teniendo claros: *i)* los eventos en que existe desplazamiento o retención ilícita, *ii)* que es deber de la autoridad nacional ordenar la restitución, *iii)* que existen excepciones a dicha obligación y *iv)* quiénes tienen la carga de probar sus supuestos de hecho, conviene en este momento invocar el fallo proferido por la Corte Constitucional T – 202 de 2018 en donde se advirtió respecto de la solicitud de restitución internacional:

“es importante resaltar que este tipo de decisiones no tienen por objeto dilucidar cuál de los progenitores se considera o resulta más apto para ejercer la guarda o tenencia del menor. La finalidad de estas actuaciones, corresponde al otorgamiento de soluciones enfocadas en restablecer el statu quo del menor sustraído o retenido ilícitamente. Dicho objetivo, no constituye un impedimento para que los padres discutan las cuestiones inherentes a la custodia por las vías procesales pertinentes, claro está, siempre que estos asuntos se debatan ante las autoridades que ejerzan jurisdicción en el lugar donde el menor tenía su residencia habitual con anterioridad al acto de

desplazamiento o retención ilícita. Téngase en cuenta, que el artículo 19 del Convenio de La Haya de 1980 prescribe que, “[u]na decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia”¹.

Bajo esa perspectiva, desde ya se anuncia que, dentro del presente asunto, no pueden escucharse, ser de recibo o analizarse, argumentos o alegaciones que tengan como objetivo demostrar la mejor aptitud de la madre o el padre de los niños, respecto del otro, puesto que el trámite de restitución internacional, tiene una finalidad específica, de ahí que no haya lugar al análisis del reproche expuesto en el escrito de apelación relacionado con estos temas.

Ahora, lo anterior, no significa que cuestiones como la custodia u otras inherentes a ella, no puedan discutirse y por ende queden en un limbo sin lugar a determinarse, puesto que se aclara, dichos tópicos pueden y deben debatirse ante las autoridades que ejerzan jurisdicción en el lugar donde tenían su residencia habitual con anterioridad al acto de desplazamiento o retención ilícita, mediando solicitud de parte.

Para que lo anterior no dé lugar a posibles confusiones, se aclara que la competencia para determinar la restitución internacional de niños, niñas infantes o adolescentes, es decir, para tomar la decisión sobre el regreso o no del niño al país de su residencia habitual, radica en la autoridad administrativa o judicial competente del Estado al cual el niño fue trasladado o en el cual fue retenido indebidamente, para el caso, Colombia. Mientras que, la discusión sobre otros temas relacionados con la custodia y otros inherentes a ella, deben ser debatidos ante las autoridades que ejerzan jurisdicción en el lugar donde tenían su residencia habitual con anterioridad al acto de desplazamiento o retención ilícita.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T – 202 de 28 de mayo de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

Ahora, en el fallo constitucional citado, se establecen los presupuestos que deben considerarse al momento de resolver una solicitud de restitución internacional, así:

*“Para que se configure la retención ilegal de un menor de edad al interior de la jurisdicción de alguno de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades administrativas o judiciales, conforme a la competencia asignada por la legislación de cada país, deberán acreditar los siguientes presupuestos: (i) que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad (art. 4); (ii) que exista un ejercicio individual o compartido del derecho de custodia sobre el menor de edad (art. 3); (iii) que la residencia habitual del menor retenido sea la del país requirente (art. 4); (iv) que el menor retenido se encuentre efectivamente en el país requerido (art. 1); (v) que la Autoridad Central del país donde se encuentra el menor retenido agote la etapa de restitución voluntaria (art. 10); (vi) que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del año siguiente a la retención (art. 12); y; (vii) que no se configure ninguna de las causales de excepción previstas en el Convenio (art. 13). Adicional a lo anterior, y solo en el evento en el que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del término de un (1) año siguiente al momento de la retención ilegal, deberá descartarse que el menor se ha integrado a su nuevo medio social y familiar (inc. 2, art. 12). **La concurrencia de los anteriores requisitos, exigen a las autoridades encargadas de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, decretar la restitución internacional del menor y ordenar su retorno al lugar de residencia habitual**².*

En consecuencia, se analizará cada uno de ellos conforme a las cuestiones particulares del *sub examine*, tal como se expondrá a continuación:

(i) Que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad:

De la revisión del material probatorio, se encuentra que este requisito está debidamente acreditado a través de los respectivos registros

² Ibídem.

civiles de nacimiento³, según los cuales, el niño BMCY nació el tres (3) de abril de dos mil quince (2015), quien a la fecha de interposición de la solicitud tenía un poco más de 4 años de edad, mientras que su hermana, la niña LMCY, nacida el dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) tenía apenas 9 meses de edad.

(ii) que exista un ejercicio individual o compartido del derecho de custodia sobre el menor de edad:

Frente a este punto, resulta que, conforme a lo relatado por el padre y la madre de los niños, dicho núcleo familiar se desplazó voluntariamente desde Melbourne Australia, lugar de residencia habitual de la pareja y de nacimiento de los niños, hasta Colombia, con el fin de cumplir unos compromisos familiares, viaje que se hizo el nueve (9) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Así, **con anterioridad a dicha fecha**, no existen, no fueron relacionadas o por lo menos no obran en el plenario, decisiones judiciales relacionadas con la limitación al ejercicio compartido de la custodia sobre los niños BMCY y LMCY, ejercido por sus padres MNYO y RMC.

Por lo tanto, se presume conforme a las normas nacionales y extranjeras debidamente traducidas e incorporadas legalmente al plenario, que antes del nueve (9) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), MNYO y RMC ejercían de manera compartida el derecho de custodia sobre los niños BMCY y LMCY.

Sobre este punto se aclara que, en la contestación a la solicitud de restitución internacional, la apoderada judicial de MNYO mencionó que existía una orden de custodia provisional a su favor, como resultado de un trámite adelantado por violencia intrafamiliar ante la

³ Fls. 2 y 3 del Cuaderno Principal 1.

Comisaría de Familia de la Ciudad de Ipiales, cuya denuncia data del (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Así, dentro del mencionado trámite, el funcionario ordenó: “De conformidad con la ley 1257 de 2008, numeral 3°, prohibir al señor RMC **esconder, trasladar de la residencia e incluso salir del país con los menores** (sic) BMCY y LMCY”⁴, tema sobre el cual se profundizará más adelante.

(iii) que la residencia habitual del menor retenido sea la del país requirente:

En este punto, vale mencionar que por residencia habitual se entiende como el lugar donde el niño, niña, infante o adolescente tiene su centro de vida, para el caso, está demostrado, conforme a los respectivos registros civiles de nacimiento, que los niños BMCY y LMCY nacieron en Melbourne Australia, sin embargo, en atención a sus edades se precisa realizar algunas consideraciones respecto de cada uno de ellos, incluso de su núcleo familiar.

En la solicitud presentada por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, Centro Zonal Ipiales, se manifestó en el hecho primero que en el año 2013 la señora MNYO resolvió viajar a Australia con el fin de estudiar el idioma inglés, lugar donde conoció a RMC con quien mantuvo una relación de noviazgo por cuatro meses, al cabo de los cuales decidieron cohabitar desde el año 2014.

En el hecho dos, se mencionó que fruto de la relación antes descrita, nacieron en Melbourne los niños BMCY y LMCY. En el hecho número tres, se mencionó que en diciembre de 2018, los padres de los niños junto con ellos, decidieron viajar a Colombia al matrimonio del Sr. Sam Clarke, hermano del requirente, no obstante, dadas las problemáticas al interior del mencionado núcleo familiar, la señora

⁴ Fl. 259 – C. Principal 1.

MNYO decidió radicarse en Colombia junto con sus hijos y no retornar a Australia.

Así, al momento de dar contestación por la apoderada judicial de la solicitada, los mencionados hechos enumerados del uno al tres, fueron aceptados como ciertos, de donde es válido entender que se han confesado a través de apoderado judicial conforme lo establece el artículo 193 del Código General del Proceso.

De lo anterior, resulta válido entender que la residencia habitual de la pareja desde del año 2014 hasta el mes de diciembre de 2018 fue la ciudad de Melbourne Australia, lugar de nacimiento u origen de los niños BMCY y LMCY, quienes, según sus edades, hasta la última de las fechas en mención, llevaban viviendo en dicho país, 3 años y 7 meses el primero y apenas 3 meses la segunda.

Bajo ese entendido, en el presente asunto, el concepto de residencia habitual resulta ambiguo, no es absoluto, puesto que, si bien se podría tener claridad de aquel atributo respecto de los padres de los niños, que residieron como pareja en Australia por aproximadamente cuatro años y BMCY sólo un poco más de tres años, pero la niña LMCY un tiempo de apenas tres meses, de donde no podría establecerse con total certeza que los infantes tenían su “*centro de vida*” en el país Australiano.

(iv) Que el menor retenido se encuentre efectivamente en el país requerido:

Frente al cumplimiento de este requisito sí resulta obvio determinar que los niños varias veces mencionados se encuentran en Colombia, específicamente en la ciudad de Ipiales, todo por cuanto así se acepta en la contestación de la demanda, y sobre el tema, los informes y demás documentos aportados por la Defensora de Familia

relacionados con la etapa administrativa del trámite, se indica que ellos residen con su madre en la XXX, e incluso, respecto del niño BMCY se tiene certificaciones de que estudia en el Jardín Infantil “G C” ubicado en el mencionado casco urbano⁵.

(v) Que la Autoridad Central del país donde se encuentra el menor retenido agote la etapa de restitución voluntaria:

De acuerdo con la ley 173 de 1994 se establece que la autoridad central de la que habla el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Y en efecto, de acuerdo con los documentos legajados a folios 165 a 207 del Cuaderno Principal 1, se tiene copia de todo el trámite administrativo y extraprocesal a favor de los mencionados niños, el cual tuvo inicio el diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019) y finalizó el día treinta y uno (31) del mismo mes y año.

Como resultado de dicho trámite está certificado que no existió acuerdo entre los padres de los niños, respecto de su restitución internacional, motivo por el cual se expidió la constancia de no acuerdo, dándose paso a la etapa judicial del proceso.

(vi) Que la solicitud de restitución de los niños se haya presentado dentro del año siguiente a la retención:

Conforme con lo dicho hasta aquí, se encuentra demostrado que la retención de los niños en la ciudad de Ipiales se dio a partir del veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019), mientras que el inicio de las acciones administrativas y la respectiva solicitud de restitución internacional se adelantó el diecisiete (17) de mayo del mismo año, de

⁵ Fls. 322, 323 y 326 – Cuaderno Principal 1.

donde está acreditado el cumplimiento del requisito bajo análisis, en un tiempo menor a tres meses.

(vii) Que no se configure ninguna de las causales de excepción previstas en el Convenio:

En este punto, se precisa el análisis de varios tópicos relacionados con lo dicho en precedencia.

Así, en primer lugar, al momento de analizar el requisito de la residencia habitual de los niños en el país requirente, se dijo que por la corta edad que ostentaban los varias veces mencionados infantes, BMCY y LMCY, no se podía precisar con una certeza absoluta que su centro de vida se ubicara en el país australiano, sobre todo, porque la niña apenas contaba con tres meses de edad a su llegada a Colombia, razón por la cual dicho presupuesto no se encontraba completamente acreditado.

Ahora, en segundo lugar, cuando se analizó el requisito de existencia de un ejercicio individual o compartido del derecho de custodia sobre los niños, se consideró que, con anterioridad al nueve (9) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), no obraban en el plenario decisiones judiciales relacionadas con la limitación al ejercicio compartido entre los padres del mencionado derecho sobre BMCY y LMCY. Por lo tanto, se presumía conforme a las normas nacionales y extranjeras que antes de dicha fecha, MNYO y RMC ejercían de manera compartida la prerrogativa de custodia sobre sus hijos.

Sin embargo, obsérvese que la norma internacional incorporada al ordenamiento jurídico colombiano, habla entre sus presupuestos de un desplazamiento o retención ilegal de los niños en determinado país.

Así, respecto del desplazamiento desde Australia a Colombia, no puede hablarse de ilegalidad, puesto que este se hizo bajo la anuencia y autorización de ambos padres, conforme se relacionó en la respectiva solicitud de restitución y en la contestación a la misma.

Ahora, respecto de la retención ilegal, se tiene que el señor RMC no estaba de acuerdo con la residencia de sus hijos en territorio colombiano, lo cual lo ha puesto de presente en las distintas etapas de este trámite, ya sea tanto en la administrativa como en la judicial, retornando sólo a su país de origen antes del veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Sin embargo, en el plenario aparece la copia del proceso No. 21982 por violencia intrafamiliar, adelantado por MNYO el cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019), en cuya denuncia puede leerse:

“El papá de mis hijos quien es australiano y con quien convivo por 4 años en Australia, me agrede de tiempo atrás con palabras e insultos, y decidimos viajar a Colombia con nuestros hijos al matrimonio del hermano; nuestra relación de pareja ha venido muy deteriorada, pero lo que me ha mantenido con él son nuestros hijos, ya que él me amenaza con quitármelos, en este momento me encuentro en Ipiales, mi ciudad natal, mis hijos son nacionalizados colombianos y quiero hacer estas denuncias con el fin de que se protejan mis derechos y los de mis hijos, no quiero volver a Australia, tengo mucho miedo, ya que siempre estuve sola por allá con mis hijos, dependiendo económicamente de él. Además, quiero poner en su conocimiento que en Australia mi pareja tiene un reporte por violencia intrafamiliar, cuando estuve en estado de embarazo tuve depresión preparto, ya que estuve sola y muy triste”.

Ante dicha solicitud, el Comisario de Familia de la Alcaldía Municipal de Ipiales, el mismo cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019) dispuso entre otras cosas, *“ORDENAR de conformidad con la ley 1257 de 2008, numeral 3°, prohibir al señor RMC esconder, trasladar de la*

residencia e incluso salir del país con los menores (sic) BMCY y LMCY”⁶.

Como consecuencia, Migración Colombia a través del Coordinador de Puestos de Control Migratorio, refirió que, para dar cumplimiento a la orden de restricción de salida del país, debían cumplirse una serie de requisitos, señalando que:

“Se debe verificar exhaustivamente que los menores (sic) ostenten la nacionalidad colombiana o que, en el caso de ser extranjeros, tengan el estatus migratorio de residentes permanentes. En el evento que ninguna de estas condiciones se cumpla, la normatividad establecida en la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, no les podrá ser aplicada y recibirán el tratamiento como extranjeros, lo que implica que no son de recibo los impedimentos de salida que radiquen, incluso padres colombianos, sobre menores extranjeros visitantes en territorio colombiano”.

Frente a dicha solicitud, el Comisario de Familia de la Ciudad de Ipiales remitió el dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019) como respuesta, una serie de documentos, entre los cuales se encontraban los respectivos registros civiles de nacimiento de los niños varias veces mencionados, quienes se registraron en Colombia por solicitud de sus padres conforme puede observarse a folios 2 y 3 del expediente.

Respecto de dicho registro, de acuerdo a la Circular Única de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se establece:

“para inscribir el registro civil de nacimiento colombiano de una persona nacida en el exterior, es requisito que por lo menos uno de sus padres, esté debidamente identificado como colombiano, tal y como lo establece el Decreto 356 de 2017, en una de las disposiciones adoptadas:

Artículo 2.2.6.12.3.2. Inscripción en el Registro Civil de nacimiento de una persona nacida en el extranjero hija de padres o madre colombiano: Cuando el nacimiento hubiere ocurrido en el

⁶ Fl. 259 – C. Principal 1.

extranjero, es indispensable que al menos uno de los padres se encuentre debidamente identificado como nacional colombiano de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 43 de 1993, de lo contrario, no podrá inferirse el cumplimiento de lo establecido en el numeral 3 del artículo 44 del Decreto ley 1260 de 1970.

Es importante precisar que la finalidad de la norma mencionada, es que la persona que solicite la inscripción en el registro civil de nacimiento colombiano, tenga el derecho a la nacionalidad por nacimiento, cumpliendo el requisito esencial surgido desde la Constitución Política de Colombia: Ser hijo de padre o madre colombiano”.

En ese orden de ideas, existe al interior del proceso una orden administrativa proferida por el Comisario de Familia del Municipio de Ipiales, según la cual se impuso como medida preventiva la prohibición de salida del país de los niños BMCY y LMCY, acto que goza de presunción de legalidad, decretado como prueba legalmente aportada conforme al auto de veintidós (22) de julio de dos mil diecinueve (2019) y que en el plenario no fue desconocido o desvirtuado por las partes, ni siquiera en el recurso de apelación.

Ahora, el artículo 16 del convenio que regula el presente trámite, establece:

*“**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 a donde el niño hubiere sido trasladado o retenido **no podrán resolver sobre el fondo** del derecho de guarda sino hasta que hubiere sido probado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para un regreso del niño o hasta que no haya transcurrido un periodo prudencial sin que haya sido presentada una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”*

Como puede verse, la decisión del Comisario de Familia se profirió **antes** de iniciarse el procedimiento de restitución internacional del que habla el Convenio, pues la medida provisional de protección fue emitida el cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019), mientras que la solicitud que ahora nos ocupa se formuló el diecisiete (17) de

mayo de ese año, y en cualquier caso, por ser precisamente provisional, no resolvió de fondo la cuestión del derecho a la guarda.

Ahora, el artículo 17 de la misma norma referida anteriormente, señala que *el sólo hecho de que se hubiere dado una decisión o fuere susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa a devolver a un niño en el marco del presente Convenio, **pero las autoridades judiciales y administrativas del Estado requerido podrán tomar en cuenta los motivos de esta decisión en la aplicación del presente convenio***”.

Bajo ese orden de ideas, se tiene claro que el proceso de restitución internacional de niños, niñas, infantes y adolescentes se rige bajo el cumplimiento de unos principios fundamentales, cuales son: garantía del desarrollo integral, garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, protección frente a riesgos prohibidos, provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo y necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales, todo ello en aras de garantizar los derechos de los niños involucrados en este litigio.

Por lo anterior, en fallo de tutela emitido por la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 18 de febrero de 2015, se señaló que resultaba una obligación verificar la satisfacción de dichos principios, máxime cuando se estaba tratando de niños de tierna edad⁷, como lo es el caso de BMCY y LMCY. En la mencionada providencia, la Alta Corporación al momento de resolver la cuestión en sede constitucional respecto de un asunto de ribetes fácticos similares al *sub examine*, explicó:

*“(...) [L]a autoridad judicial o administrativa del Estado requerido **no está obligada** a ordenar la restitución del menor si la*

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC1524-2015 de 18 de febrero de 2015. M.P. Margarita Cabello Blanco.

persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: “a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o” “b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

“La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

“Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor (...)”

Para el caso, si bien el fallador *A quo* no es explícito en cuál de las excepciones establecidas en la ley 173 de 1994 se fundamentó la negativa de la pretensión de restitución, en varios de los apartes puede leerse que de accederse a ella, se colocaría a los niños ante un evidente riesgo de sufrir una afectación física o psíquica, atendiendo la corta edad de la niña LMCY quien era una bebé aún en periodo de lactancia y su separación de la madre ocasionaría graves perjuicios en su desarrollo en ambos aspectos, lo cual también podía predicarse de su hermano, ante una eventualidad de ser separado de manera violenta e intempestiva de su progenitora y su hermana, considerando además respecto de BMCY, que había creado lazos con su familia materna, además de una amistad con un compañerito en el colegio donde se desarrolla académicamente.

Ahora, en varios de los apartes del fallo de primera instancia, pueden leerse argumentos que hacen relación al desarraigo como fundamento de la negación de las pretensiones, destacándose por ejemplo los siguientes extractos:

“no se encuentra adecuado para el desarrollo personal de los niños, tampoco resultaría acorde con la dignidad humana de los mismos niños, someterlos a un regreso inmediato o prioritario en el tiempo, al lugar que tenían su residencia en Australia; pues así se los estaría sometiendo a una separación abrupta del medio donde vienen viviendo con su progenitora y familiares maternos, respecto de quienes incluso, de la declaración de la señora MNYO y de los testigos que se han referido al tema, se sabe o desprende que los niños han formado lazos afectivos especiales.

(...)

No se encuentra que en el presente caso ante las condiciones que rodean a los dos niños, incluido su edad, sea viable ordenar un traslado inmediato o con prioridad a Australia (...), mismo traslado que entonces implicaría un desarraigo violento de su entorno familiar y social, cuyo traslado atenta contra la dignidad de los niños y es entendible que ante ese tipo de traslado se les presenta a los niños un grave riesgo de someterlos a un peligro psíquico”

Dicha argumentación, fue la que reprochó el apoderado alzado al momento de sustentar su recurso, por cuanto no podía considerarse para tomar tal decisión, el tiempo que había transcurrido durante el curso del proceso administrativo y judicial.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido muy clara en especificar:

“Conviene señalar de forma preliminar que la integración al nuevo medio familiar, o excepción de arraigo, no debe entenderse como un plazo de prescripción o caducidad respecto del tiempo con el cual cuenta el progenitor accionante para iniciar el pedido de restitución. Considerar lo anterior, representaría una errónea interpretación del articulado normativo, pues para poder solicitar la restitución de un menor de edad no se requiere cosa diferente a que este cuente con menos de dieciséis años y que el pedido provenga de persona legitimada desde un Estado parte del Convenio donde el menor tenía su residencia habitual.

*Sin embargo, el análisis **de la excepción de arraigo se encuentra constreñido al cumplimiento de una condición de orden temporal. En caso de no haber transcurrido el plazo de un año estipulado en el artículo 12 del Convenio**, quien pretenda invocarla, no cuenta con la posibilidad de hacerlo, y en consecuencia, la autoridad competente no está llamada a analizar la posible integración del menor a su nuevo entorno”⁸.*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T – 202 de 28 de mayo de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

Bajo ese entendido, en el presente caso no transcurrió el término del año que se ha señalado y se analizó en precedencia, pues como se advirtió, apenas transcurrieron unos pocos meses entre la retención de los niños en territorio colombiano y la interposición de la solicitud de restitución internacional, de donde asistiría razón al alzado, cuando consideró que dichos argumentos relacionados con el arraigo no serían de recibo.

Sin embargo, no son solo dichos aspectos relacionados con la integración a su nuevo medio social y familiar, los que determinan la imposibilidad de retorno inmediato de los niños al país que los requiere, sino otros, relacionados con la existencia de un grave riesgo de exponer a los niños a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera los ponga en una situación intolerable, que deberá ser analizada de manera independiente para cada uno de los infantes.

En primer lugar, ya se advirtió que por la edad de la niña LMCY no podía considerarse que su centro de vida se encontrara en territorio australiano, en atención a que en dicho país únicamente permaneció durante sus primeros tres meses de existencia, transcurriendo el resto de su desarrollo físico y psicológico en territorio colombiano, teniendo durante todo el tiempo a su madre, y demás familiares maternos como su hogar habitual.

Además, la restitución inmediata de la mencionada infante implicaría interrumpir su periodo de lactancia, recordando que la lactancia materna es un derecho del que gozan los niños y que el Estado Colombiano protege a través de distintas normas en ámbitos como el de la salud y laboral, todo ello atendiendo compromisos internacionales a fin de garantizar los derechos de las mujeres y los niños durante el periodo de gestación y de lactancia, cumpliéndose así con la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su

artículo 25 señala: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

Bajo ese punto de vista, la separación de la niña LMCY, la sometería a un grave riesgo en su desarrollo físico y psíquico si es sometida a una separación inmediata de su madre y actual centro de vida, configurándose y teniéndose por acreditada la excepción para ordenar el retorno inmediato a su país de origen.

Ahora, respecto del niño BMCY, ordenar la restitución inmediata a su país de origen ordenando en consecuencia, la separación no sólo de su madre sino también de su hermana, evidentemente lo somete a un grave riesgo de sufrir una afectación psicológica, **lo cual en nada se relaciona con cuestiones de arraigo**, sino con los lazos naturales de afecto y apego respecto de su madre y hermana que no se adquirieron desde el momento en que arribó a suelo colombiano, sino desde su nacimiento en Australia y se han desarrollado y fortalecido con el paso del tiempo.

Por otra parte, bien se advirtió que conforme al artículo 17 de la ley 173 de 1994, el hecho de que se hubiere dado una decisión sobre el derecho de guarda reconocida en el Estado requerido, no puede justificar la negativa a devolver a un niño en el marco del Convenio, pero, las autoridades judiciales del Estado requerido sí pueden tomar en cuenta los motivos de dicha decisión en la aplicación de la norma, tema que se analizará bajo una perspectiva de género.

Al respecto, se recuerda que la medida provisional adoptada por el Comisario de Familia, en relación con la prohibición al señor RMC de sacar a los niños del país, se profirió como resultado de una denuncia en contra de él por violencia intrafamiliar de la cual la señora MNYO era víctima tanto en territorio australiano como colombiano, relatando como se transcribió líneas atrás, que el maltrato era de naturaleza

verbal y psicológico, además de las amenazas de quitarle a sus hijos, agravado por cuanto ella dependía económicamente de él.

De la violencia psicológica se ha dicho por parte de la Corte Constitucional que a menudo, se produce al interior del hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima, siendo esta agresión, una de las formas de violencia más sutil e invisibilizada que tiene fuertes implicaciones individuales, sociales y sobre todo **familiares**⁹.

Por lo anterior, que era obligación de la Rama Judicial del Poder Público, aplicar una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta.

Para el caso, aparece a folio 314 del cuaderno principal 1 el concepto psicológico elaborado por el psicólogo Gerardo Uribe Ramírez, quien refiere que la paciente MNYO presentaba una serie de síntomas traducidos en cefalea, tensión emocional, tensión muscular, miedo permanente, dificultad en el sueño, problemas de apetito, sudoración, ensoñaciones o procesos oníricos difíciles con ensoñaciones o con pesadillas que le impiden estar tranquila, taquicardia, sudoración, parestesias en manos y brazos y otra serie de síntomas asociados a un trastorno de ansiedad de tipo crisis de angustia.

Relata el profesional:

“En la historia clínica de la paciente encontramos que a lo largo de la relación que estableció con su pareja desde el año 2014 hasta la fecha, vivió y sufrió lo que se conoce como violencia intrafamiliar, violencia de tipo psicológico y de tipo situacional, la violencia psicológica establecida en términos de burlas, rechazos, subestimaciones, sobrenombres, comparaciones, en estado de

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T – 338 de 1998. M. P.

embarazo cuando aumentó de peso, comparaciones diciéndole que parecía una vaca y expresiones peyorativas que lo que hicieron fue minar su seguridad personal o su autoestima, llevándola al punto de dependencia emocional, miedo y un apego patológico, producto del maltrato psicológico al que fue expuesta durante mucho tiempo”.

Bajo ese entendido, considerando la vulnerabilidad psicológica en la que se encuentra la madre de los niños, atendiendo a que la carga de la prueba de las excepciones a la orden de restitución, se encuentra sobre ella como parte opositora, es posible entender que, bajo la perspectiva de género, una víctima de violencia intrafamiliar en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil, de familia, o ante las comisarías de familia¹⁰.

Ahora, con lo anterior no se desconoce que en este tipo de procesos de restitución internacional, **no** se encuentran en disputa los derechos de la madre como lo dijo el apelante, sino la de sus hijos, bajo el cumplimiento y verificación de principios como la garantía del desarrollo integral, garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, protección frente a riesgos prohibidos, provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo.

Así, la perspectiva de género que se aplica al presente asunto tiene efectos probatorios, en el sentido de aceptar la versión rendida por la señora MNYO la que fue revelada tanto en la contestación de la demanda como en la denuncia que realizó ante autoridad administrativa con anterioridad al inicio de la presente solicitud de restitución internacional, y asimismo en su declaración de parte, en la que manifestó ser víctima de violencia verbal y psicológica por su pareja RMC, escenario de violencia que no aparece como un ambiente propicio o con las condiciones necesarias para el desarrollo físico y psicológico de los niños LMCY y BMCY, ni para la protección de sus derechos fundamentales, los cuales sí se encuentran garantizados en

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T – 338 de 22 de agosto de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia conforme lo indican los diferentes informes elaborados por los funcionarios competentes adscritos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, conforme a los cuales fue la misma Defensora de Familia la que al presentar sus alegatos de conclusión solicitó que los niños no fuera restituidos a su país de origen.

Por lo demás, también se establece como excepción a la obligación de restitución internacional, si se comprueba que el propio niño se opone a la restitución, cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Para el caso, el informe de valoración psicológica de veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecinueve (2019) adjunto a la solicitud presentada por la Defensora de Familia, da cuenta de que el niño BMCY, pese a su ciclo de vida, da a conocer cuál es su sentir y querer en dicho momento, especificando sus ideas de permanencia y que reitera de manera continua sus anhelos de convivencia en el lugar actual, y que si bien su capacidad para tomar una determinación en tal sentido aún es insuficiente no es inexistente.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido:

*“Los niños tienen voz propia **y como tal, deben ser escuchados y sus intereses visibilizados.** El derecho de un niño a ser escuchado, además del plano procesal, **tiene una especial connotación en el ámbito familiar y social,** dado que la mayoría de las decisiones que, representándolos, toman los padres, tienen consecuencias directas en sus opciones vitales, y resulta apenas acertado que, **atendiendo al nivel de sus habilidades comunicativas y su desarrollo,** los progenitores tomen en serio la opinión, las necesidades, la rutina y el interés de sus menores hijos para decidir sobre sus vidas, desde luego aclarando que se tratan de referentes significativos, que no unívocos”.*

Así, se encuentra que la opinión de permanencia en su actual sitio de habitación expresada por el niño BMCY, no es precisamente la razón de mayor peso que da lugar a la confirmación de la providencia apelada, pues ello se fundamenta en tópicos como los analizados de

manera previa en este fallo. Sin embargo, su voz que ha sido escuchada dentro del proceso a través del respectivo profesional adscrito a la autoridad central y atendiendo criterios jurisprudenciales, no puede ser totalmente ignorada, por el contrario, se toma como un referente significativo dentro del plenario para sumarse a las demás razones que impiden la orden de restitución internacional.

Descartados así todos los reproches que fueron enfilados en contra de la sentencia de primera instancia por el apoderado de los demandantes, se mantiene incólume la decisión, razón por la cual será confirmada en su integridad.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera negativa a la parte que lo interpuso, se haría necesario imponerle condena en costas de segunda instancia, sin embargo, en este tipo de asuntos no son procedentes.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de Ipiales al interior del presente asunto.

SEGUNDO. SIN LUGAR A CONDENAR en costas de segunda instancia.

TERCERO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE