**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR / REGULACIÓN LEGAL**

En lo relacionado con el tema de restitución internacional de menor en Colombia, es forzoso enunciar: (i) El convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores suscrito en la Haya el 25 de octubre de 1980 e incorporado en la normativa colombiana a través de la Ley 173 de 1994… (ii) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 aprobada por nuestra legislación mediante la Ley 880 de 2004…

**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR / / LEY 173 DE 1994 / REQUISITOS**

Conforme al artículo 1 de la Convención aprobada en la Ley 173 de 1994, el referido convenio tiene por objeto: a) asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado Contratante… Así mismo, el artículo 3 precisa que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo… 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.

**RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR / CASOS EN QUE NO PROCEDE**

… la normativa en mención ha establecido ciertos eventos en que no procede la restitución del menor que a continuación se precisan: i. En el inciso 2 del artículo 12 atrás enunciado, se señala que: La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio… ii. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, se podrá negar el regreso del niño si ello no fuere permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Ponente: **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**Sentencia SF-0013-2023**

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001311000120220053502 |
| Origen | Juzgado Primero de Familia de Pereira |
| Asunto | Restitución Internacional de menor– Sentencia de segunda instancia |
| SolicitanteMenor | Defensor de Familia, ante petición del padre G.A.S.M.A.S.C. |
| Demandado | J.C.Z. |
| Magistrado SustanciadorTema  | Carlos Mauricio García BarajasLa falta de garantía del interés superior del menor en las condiciones de retorno al país de origen configura un riesgo que es causal de exoneración de la restitución internacional. |
| Acta número | 399 de 15/08/2023[[1]](#footnote-2) |
|  |  |

**Pereira, agosto quince (15) de dos mil veintitrés (2023)**

**Objeto de la providencia**

Corresponde decidir sobre la apelación propuesta por la parte demandante contra la sentencia del Juzgado Primero de Familia de Pereira proferida el 09 de marzo de 2023[[2]](#footnote-3).

**Antecedentes**

De la relación sentimental sostenida entre el demandante G.A.S.M., de nacionalidad estadounidense, y la demandada J.C.Z. de nacionalidad colombiana, nació la menor A.S.C. el 30-11-2019 en Estados Unidos – Florida – Miami Beach.

El 22 de abril de 2022 la niña viajó con su madre a la ciudad de Pereira – Colombia. Sin embargo, llegada la fecha de regreso (13-05-2022), la infante y su progenitora no retornaron a Miami y en su lugar, se radicaron en Colombia sin el consentimiento del padre.

Una vez agotada y declarada fallida la etapa administrativa del trámite de restitución internacional de menor ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Risaralda, el progenitor de la pequeña promueve demanda[[3]](#footnote-4) ante la autoridad judicial competente con el propósito de que su hija A.S.C. regrese a su país de origen.

**Postura del demandado[[4]](#footnote-5)**

El juez de primer grado determinó que la contestación a la demanda fue extemporánea.

**Concepto del Ministerio Público**[[5]](#footnote-6)

El Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, La Familia y las Mujeres, resaltó el trámite preferente que tiene este asunto y solicitó el testimonio de Romina Bryce por su conocimiento en lo referente a la guardería a la que asistía la menor A. S. C. en Miami (Estados Unidos).

**Sentencia apelada[[6]](#footnote-7)**

Expuso la improcedencia de ordenar la restitución internacional de la niña A.S.C. a Miami solicitado por su progenitor, por cuanto se configuraba la causal exceptiva señalada en el literal “b” del artículo 13 de la Convención Internacional sobre asuntos civiles del secuestro internacional del niño debidamente aprobado por el Estado colombiano.

Para arribar a tal conclusión, la funcionaria determinó que el estudio del regreso de la niña A.S.C. a su país de origen conlleva analizar “*que el daño o peligro no debe considerarse en el lugar de retorno, sino también que se puede ocasionar por el hecho de sustraerla del lado de su madre o del entorno al cual se ha adaptado nuevamente. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, providencia del 15 de junio de 2007, radicado 00673*”.

La juzgadora sostuvo que del acervo probatorio se da por cierto que “*la señora J.C.Z. se ha ocupado de su hija brindándole todo lo necesario para su desarrollo integral y la niña la han visto muy adaptada a la vida en Colombia, asegurando que los lazos que unen a A.S.C. con su progenitora son fuertes*”.

En línea con lo anterior, refuerza su tesis al señalar que “*regresar coercitivamente la niña al lado de su padre, sería exponer la vulneración de sus derechos mínimos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. En especial, se desconocería el interés superior de ésta, quien ha generado unas buenas relaciones con su familia materna. El ambiente del hogar es ciertamente idóneo y adecuado. Tal como lo hace constar los diferentes informes de las profesionales trabajadoras sociales en el que le brinda la protección y el cuidado que requiere A(…)l*”.

**Síntesis de la apelación[[7]](#footnote-8)**

El recurrente asevera que no se configura la causal que invoca la Juez de primer nivel para negar el retorno de la menor a su país de origen, por las siguientes razones:

(…) la sentencia es una decisión (…) conforme al artículo 13 literal b del convenio de La Haya respecto a la situación internacional de menores de edad (…) no vemos porque es viable para el despacho sentir que la niña Abril al retornar a los Estados Unidos, va a tener un perjuicio irremediable (…) en sus temas emocionales, psíquicos, como lo plantea el artículo de la referida ley, en el entendido de que así mismo la niña fue sustraída desde los Estados Unidos, donde vivía con su padre, donde tenía una vida estable (…) Y en ese caso en particular, la niña también sufrió un perjuicio psíquico al ser separada de su padre. Y, no hubo ningún problema de que esperara 9 meses en Colombia, se volviera a adaptar y estuviera bien. En el estricto sentido, pienso (…) de forma muy respetuosa, que también la niña podría retornar a los Estados Unidos. Y ver cómo se adapta a este país y poder determinar si podría sentirse o no vulnerada en sus derechos. Entendemos que la niña se encuentra bien en Colombia, sí, pero no sabemos ¿cómo podría estar la niña nuevamente en los Estados Unidos? y en verdad ¿se va a dar ese perjuicio irremediable del que habla el despacho? Entonces consideramos que no apoyamos la postura del juzgado toda vez que no hay una prueba que diga que la niña se va a ver perjudicada irremediablemente si regresa a los estados Unidos dado que apenas lleva 9 meses en Colombia, ha vivido 2 años con su padre y al ser desprendida de él, también se le está siendo vulnerado derechos fundamentales.

**Trámite en segunda instancia**

La alzada propuesta por la parte actora fue admitida el 05 de mayo de 2023[[8]](#footnote-9) y oportunamente el apelante presentó escrito de sustentación[[9]](#footnote-10), donde reiteró y profundizó los reparos inicialmente formulados.

Por el contrario, el recurso de apelación elevado por la parte pasiva se inadmitió mediante auto de la misma fecha, “en razón a que carece de interés para recurrir el fallo de primera instancia porque la decisión atacada no le causa agravio”.

Seguidamente, en el término de traslado del escrito de sustentación de la alzada realizado por la parte actora, la contraparte señaló que se configura la causal que invoca la juez de primer nivel para no disponer la restitución de la menor en razón a que “se encontró probado que la madre de la menor siempre se ha encargado de ella y la satisfacción de todas sus necesidades básicas, de esto da cuenta el informe psicosocial rendido por la trabajadora social del despacho que dan cuenta del óptimo e inmejorable situación que rodean la vida de la menor (…), lo cual además fue corroborado por los testigos escuchados, quedando inadmisible la restitución por atentar abiertamente contra los derechos fundamentales de la menor, que a todas luces es la prioridad dentro de este proceso”.

Así mismo, aseveró el extremo pasivo que “de los testimonios escuchados e incluso de los interrogatorios de parte se dio cuenta de las circunstancias en que vivían tanto la menor A.S.C como su madre, ni siquiera mínimamente el Señor G.A.S.M dejó entre ver qué bienestar o cuidado ofrecería a la menor estando en territorio americano, por el contrario de su testimonio se evidenció que vive solo en los Estados Unidos en donde no cuenta con familia extensa”.

Igualmente, la parte no recurrente expuso que “el padre no ejercía el derecho de guarda de manera efectiva, máxime cuando el mismo Señor G.A.S.M aporta la prueba de que al momento de que la menor A.S.C saliera de los Estados Unidos el cómo padre no tenía legalmente reconocido este derecho de guarda toda vez que es solo hasta el día 06 del mes de junio de 2022 le fue reconocido de manera judicial, esto se encuentra probado tanto en prueba documental aportada por el padre de la menor como con la ratificación de el mismo G.A.S.M. en su interrogatorio de parte rendido ante el Juzgado Primero de Familia de Pereira, quedando así más que claro y muy preciso que el padre solo hasta el día 06 de junio de 2022 le fue otorgado el derecho de guarda respecto de su menor hija (…)”. Y atendiendo este último razonamiento solicita a esta instancia pronunciarse “en lo que respecta a la ausencia del derecho de custodia” de G.A.S.M.

**Consideraciones**

**1.-** Esta Sala es competente para pronunciarse sobre la apelación propuesta contra la sentencia de primera instancia, y a ello se procede al encontrarse reunidos los presupuestos procesales para proferir decisión de fondo y no observarse alguna irregularidad que genere la nulidad de lo actuado (artículo 22 numeral 23 en concordancia con el artículo 32 numeral 1 C.G.P)

**2.-** De otro lado, hay legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva. La petición judicial de restitución internacional la realizó el Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (autoridad central), ante el fracaso de la etapa administrativa (Artículos 112 y 137 Código de Infancia y Adolescencia) que se inició a petición de la autoridad central de los Estados Unidos de Norteamérica, ante actuación del padre de la menor, señor G.A.S.M. Así obra en el registro civil de nacimiento de la niña, aportado con la demanda[[10]](#footnote-11).

Sobre el punto de la legitimación para activar el mecanismo de la restitución internacional, precisa la Sala que ella no recae exclusivamente en el padre o la madre titular de la patria potestad; por el contrario, y en un concepto más amplio propio de la protección especial que se otorga en el instrumento internacional al menor de edad, la legitimación recae también en guardadores o quienes tengan la custodia o tenencia del menor, calificación que debe hacerse de acuerdo a la legislación de residencia habitual del menor[[11]](#footnote-12).

Por pasiva se trajo a la madre de la menor, a quien se atribuyen los hechos expuestos en la solicitud.

El Ministerio Público fue citado en interés de la hija menor de la pareja (Art. 46 CGP).

**3.-** Conforme al artículo 320 del C.G.P., el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, y la competencia se restringe solamente a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por este, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio (Art. 328 Ib.), como por ejemplo las relacionadas con presupuestos procesales, la legitimación en la causa, las nulidades absolutas, las prestaciones o restituciones mutuas, las costas procesales, entre otras. Lo anterior sin olvidar que, en asuntos de familia, el juez también está autorizado para fallar ultra y extra petita (artículo 281 parágrafo 1º, CGP)

**4.-** En lo relacionado con el tema de restitución internacional de menor en Colombia, es forzoso enunciar:

**(i)** El convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores suscrito en la Haya el 25 de octubre de 1980 e incorporado en la normativa colombiana a través de la Ley 173 de 1994, reglamentación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-402 de 1995.

**(ii)** La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 aprobada por nuestra legislación mediante la Ley 880 de 2004, normativa que a su vez fue declarada exequible por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-912 de 2004.

Sobre estos convenios la jurisprudencia ha precisado que “tanto el Convenio de La Haya de 1980 como la Convención Interamericana de 1989, regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de dieciséis (16) años, establecen las condiciones para su restitución y contemplan la designación de una Autoridad Central en cada Estado contratante, encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por cada convenio[[12]](#footnote-13)”.

Así mismo, el artículo 112 del Código de infancia y adolescencia reitera la aplicación de estos convenios y precisa que se tendrá como autoridad central “el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. No obstante, al verificarse que el instrumento internacional suscrito por los dos países[[13]](#footnote-14) involucrados en el caso objeto de análisis es el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niño, esta providencia se centrará en el estudio de esta convención[[14]](#footnote-15).

Conforme al artículo 1 de la Convención aprobada en la Ley 173 de 1994[[15]](#footnote-16), el referido convenio tiene por objeto: a) asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado Contratante; b) hacer respetar efectivamente en los otros Estados Contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado Contratante.

Así mismo, el artículo 3 precisa que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso;

b) Que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido.

El derecho de guarda señalado en el inciso a) podrá resultar en especial por ministerio de la ley de pleno derecho o de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor en virtud de la legislación de dicho Estado.

Por otra parte, el artículo 12 del referido convenio señala:

Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3o. y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contractante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato.

No obstante, la normativa en mención ha establecido ciertos eventos en que no procede la restitución del menor que a continuación se precisan:

1. En el inciso 2 del artículo 12 atrás enunciado, se señala que: La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio. Cuando la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido tuviere motivos para creer que el niño ha sido llevado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de regreso del niño.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, se podrá negar el regreso del niño si ello no fuere permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Así mismo, el artículo 13 establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

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.

Expuesto lo anterior, esta Colegiatura procede a resolver los reparos a la decisión de primer grado.

**6. De los reparos**

**6.1.-**. Los reparos del recurrente se orientan en alegar la ausencia de los presupuestos que configuran la causal exonerativa de la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional del niño prevista en el artículo 13 literal “b”. Para lograr tal propósito, el recurrente invoca la ausencia de pruebas que acrediten la existencia de un “grave peligro” por el retorno de la menor A.S.C. a su país de origen en razón a que no se demostró en el plenario que la restitución solicitada exponga a la niña a un peligro físico, psíquico o la someta en una situación intolerable. Por el contrario, sostiene que el traslado abrupto e ilegal a que fue sometida la menor por parte de su madre a Colombia configura “violencia sicológica” al ser separada de su padre.

Por orden metodológico, corresponde a esta Colegiatura analizar en primer lugar si el traslado y posterior retención de la menor al país fue ilícito conforme a los parámetros establecidos en el Convenio de la Haya de 1980 aprobado en la Ley 173 de 1994.

Para ello, es dable detenerse en determinar si el actor antes de ocurrir aquel traslado ejercía el derecho de guarda sobre la menor tal como lo estipula el artículo 3, y lo define el 5, ambos del Convenio de la Haya de 1981, aprobado en la Ley 173 de 1994.

Para ese efecto es útil poner de presente que los artículos 3 y 5 mencionados, tal y como lo señaló la Corte Constitucional al realizar el control de constitucionalidad del convenio internacional (Sentencia C-402 de 1995), se encuentran relacionados directamente “*con el artículo catorce, el cual permite que las autoridades del Estado a donde fue trasladado el menor otorguen validez a las decisiones judiciales o administrativas "reconocidas de manera formal o no" en el Estado de residencia habitual del menor. De esta forma se evita el tener que recurrir al exequatur o a prueba alguna del derecho de guarda y, en consecuencia, el Estado donde se encuentra ilícitamente retenido el menor podrá ordenar el regreso inmediato de éste si, a su juicio, se configura la ilicitud*”.

Realizadas la anterior precisión, dentro de las pruebas que reposan en el expediente se observa lo siguiente:

* La solicitud de “orden de recogida y entrega de una niña basada en la extracción ilegal de la madre de la menor de la jurisdicción[[16]](#footnote-17)” elevada por la parte actora. En ella se lee que si bien la paternidad por parte del demandante no se ha establecido legalmente (numeral 5º), el padre se encuentra inscrito en el certificado de nacimiento de la niña, añadido a este documento como prueba A.
* Así obra precisamente en ese documento, certificado de nacimiento, cuyo ejemplar debidamente traducido permite leer que aparece el nombre del reclamante como padre, y fue otorgado al día siguiente del nacimiento de la menor.[[17]](#footnote-18)
* “Orden sobre la moción del demandante para una orden de recogida de emergencia[[18]](#footnote-19)” donde indica que a G.A.S.M. “se le ha adjudicado ser el padre legal de la menor A.S.C como Demandante/Padre y que se encuentra enlistado en el certificado de nacimiento de la niña [D.E. # 26], y ya ha firmado el reconocimiento voluntario de paternidad bajo penalidad de perjurio según el Estatuto de la Florida 742.10”.
* En esa misma decisión judicial, adoptada por el Juzgado de distrito del undécimo distrito judicial al servicio del Condado de Miami-Dade Florida el 7 de julio de 2022, se valoró la declaración del padre y de la directora de la guardería de la menor, así como la evidencia documental aportada, de donde se concluyó que “el padre no compartía la intención de cambiar el lugar habitual de residencia de la menor”, y que esta, “hasta que la madre viajara con ella a Colombia, vivía con el padre y la madre en el mismo hogar, una unidad familiar. Los contactos repetidos del padre con la menor, y el hecho de que la menor viviera con el padre desde su nacimiento, son méritos de los “derechos para el ejercicio de la custodia”, tal y como se propone por la Convención de la Haya”.

Concluyó, “por preponderancia de la evidencia que la menor ha sido retenida ilegalmente en Colombia”, por lo que concedió orden para recogida de emergencia, ordenó que la menor fuera devuelta a los Estados Unidos, y prohibió a la madre “relocalizar a la niña fuera del Condado de Miami Dade, Florida, mientras esté pendiente la adjudicación de los temas relacionados con la acción de paternidad pendiente”.

* La convivencia en la misma casa de ambos padres con la menor es hecho pacífico en este trámite, según se infiere de sus propias declaraciones recaudadas en este asunto, en primera instancia.

Así lo relató insistentemente el padre reclamante, quien explicó que si bien desde la edad de un año de vida de la niña dejaron de ser pareja, sí siguieron ocupando la misma vivienda en torno a los cuidados de la niña; y la madre cuando señaló que la niña convivía básicamente con él (refiriéndose al padre) y “conmigo”, a veces con la ayuda de niñera, y dejó entre ver además cómo el padre, incluso, intervenía en la toma de decisión relevantes para la menor, como su escolarización (matricularla en la guardería) y asistencia al servicio de salud (odontología) – Minuto 1:19:18 Archivo 57ActaAudienciaRdo.2022-00535 fir, video 2-; participaba en la asunción de gastos de la menor (los gastos los asumían los dos, excepto en pandemia donde ella tuvo que quedarse al cuidado de la niña y el asumió toda la erogación económica - Minuto 2:02:31 Archivo 57ActaAudienciaRdo.2022-00535 fir, video 2); y él hacía parte del portafolio de información que se presentó al colegio en Miami para la matrícula de la menor, teniendo incluso permiso de retirarla del colegio (Minuto 2:30:00 Archivo 57ActaAudienciaRdo.2022-00535 fir, video 2).

Las anteriores pruebas permiten concluir, a juicio de la Sala, que el padre de la menor sí ejercía un derecho de custodia sobre ella, en los términos del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de la Haya, pues más allá de que aparezca su nombre como tal en el registro de nacimiento, lo cierto es que vivió con la niña, intervino en su cuidado personal (al margen de las críticas que se haga al mismo, como adelante se verá, lo que en todo caso no desmerece de la situación), y posteriormente logró determinar su paternidad conforme a la legislación aplicable en el Estado de Florida, al tratarse de una menor hija de padres no casados.

Además, obtuvo una orden para la recogida de emergencia de la menor, luego de que se comprobara por el Juzgado de Distrito del Undécimo Distrito Judicial al Servicio del Condado De Miami-Dade Florida, que esta había sido retenida “ilegalmente” en Colombia. Se recuerda que, en este preciso asunto, para el reconocimiento de esta decisión extranjera no se requiere a algún procedimiento específico adicional, como por ejemplo el exequatur, como arriba se indicó – Art. 14 de la convención -. Además, la parte demandada no desvirtuó la calificación que se hizo de dicho desplazamiento desde la demanda, y que se acogió en la sentencia de primera instancia, en la medida en que desconoció la carga procesal que tenía a su cargo de contestarla en forma oportuna. Se advierte también que, conforme al texto de la decisión judicial extranjera ya mencionada, la madre fue citada para comparecer a ese trámite, pero guardó silencio, desperdiciando así la oportunidad que se le concedió de ser oída y controvertir las pruebas que se aportaron en su contra.

Es importante ilustrar los conceptos de custodia y cuidado personal explicados por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC2717-2021, que acá se cita como criterio auxiliar de la actividad judicial, así:

El artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia, refiere que la custodia y el cuidado personal es, de un lado, un derecho de los niños, niñas y adolescentes, pero, de otro, una obligación permanente y solidaria de sus padres o de quienes convivan con ellos.

 El “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, en la acepción aquí aplicable, refiere por custodia la “1. f. Acción y efecto de custodiar” y define este último verbo como “1. tr. Guardar algo con cuidado y vigilancia”. Asimismo, significa la acción de cuidar, en el “1. tr. Poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo” 9. Este contexto de significación resulta útil para precisar que la custodia de los niños niñas y adolescentes, va ligada inescindiblemente a la responsabilidad parental de asumir su cuidado personal, entendido éste como el deber de los progenitores o de las personas que conviven con ellos, de actuar con diligencia y atención en la satisfacción permanente y oportuna de sus derechos, en aras de garantizar su desarrollo integral.

Se concluye, entonces, que con la no devolución de la menor al país de origen se desconoció el derecho de guarda que ejercía el reclamante, conclusión que no puede entenderse desvirtuada por la existencia de un acuerdo previo de los padres de radicar a la menor en este país, como lo alegó la demandada, porque el mismo carece de demostración.

 Así, procedía calificar la retención de ilícita, conforme al artículo 3 del Convenio de la Haya de 1981 aprobado en la Ley 173 de 1994, como se hizo en la sentencia apelada.

**6.2.** Definido lo anterior, corresponde ahora sí resolver como problema jurídico si, de acuerdo con el acervo probatorio, se configuran los presupuestos de exoneración previstos en el referido Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional del niño, tal y como se concluyó en el fallo apelado.

La respuesta al anterior cuestionamiento será positiva, como pasa a explicarse, y bajo ese derrotero se abre paso a la resolución de la alzada.

Sea lo primero decir que, si bien el proceso de restitución internacional de menores de edad, ha sido calificado como “un proceso de naturaleza cautelar, en el cual, al juez de la causa le corresponde valorar unas situaciones taxativamente descritas[[19]](#footnote-20)” en el referido Convenio e ilustradas en la Sentencia T-202 de 2018[[20]](#footnote-21), lo cierto, es que esta misma providencia ha sostenido que el estudio de este tipo de proceso debe garantizar en su máxima expresión el interés superior del menor en la medida en que “el criterio inspirador del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, es el resguardo del interés superior del niño”.

De este modo, la jurisprudencia ha venido aclarando que la restitución del menor no opera de manera automática, en su lugar, exige a las autoridades administrativas y judiciales revisar que, las condiciones del retorno garanticen plenamente el interés superior del menor con las características propias que le ha otorgado el Tribunal Constitucional a este principio:

Al respecto, ha dicho que este es concreto, en la medida que solo puede determinarse atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, por lo que no cabe definirlo a partir de reglas abstractas de aplicación mecánica; es relacional, por cuanto afirmar que a los derechos de los niños se les debe otorgar una “consideración primordial”, o que estos “prevalecen”, implica necesariamente que este principio adquiere relevancia en situaciones en las que estos derechos entran en tensión con los derechos de otra persona o grupo de personas y resulta entonces necesario realizar una ponderación; no es excluyente, ya que afirmar que los derechos de los niños deben prevalecer, es distinto a sostener que estos son absolutos y priman de manera inexorable en todos los casos de colisión de derechos; es autónomo, en la medida en que el criterio determinante para establecer el interés superior del niño es la situación específica del niño, incluso cuando dicho interés pueda ir en contradicción con los intereses o las preferencias de los padres, familiares o un tercero; y es obligatorio para todos, en la medida que vincula a todas las autoridades del Estado, así como también, a la familia del niño y a la sociedad en general (Sentencia T-202 de 2018).

Bajo estos lineamientos la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha emitido algunos pronunciamientos encaminados a revisar las consecuencias en el desarrollo físico, emocional y sicológico del menor que se derivan de la orden de restitución del menor al país solicitante del pequeño o pequeña.

Sobre este tópico esa Corporación en la sentencia STC4727-2019[[21]](#footnote-22), atenúa la interpretación que hace la providencia T-202 de 2018 de la Corte Constitucional en lo relacionado con el estudio de las condiciones de adaptabilidad en el lugar a que fue traslado ilegalmente el menor; ya que flexibiliza su estudio pese a que la solicitud de restitución se eleve dentro del plazo de que habla el artículo 12 arriba referido. Al respecto, recuérdese que la sentencia T-202 de 2018 es contundente en afirmar que estas particularidades son materia de estudio únicamente si la referida petición se hizo cuando ha expirado dicho plazo[[22]](#footnote-23).

Esa Corporación en la providencia en mención ratifica que la Sala, “aún en asuntos donde la solicitud y la demanda de restitución internacional se presentaron dentro del plazo establecido en el artículo 12 de la Convención de la Haya, ha estimado necesario verificar si la orden que se reclama se encuentra en consonancia con el interés superior del niño objeto del trámite[[23]](#footnote-24)”. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la citada providencia en aplicación del principio del interés superior del pequeño, advierte que en el caso objeto de estudio la solicitud se elevó oportunamente, pero, la duración del proceso de restitución se prolongó en el tiempo, circunstancia que conlleva a que se estudiara “la adaptación del menor a su nuevo entorno familiar[[24]](#footnote-25)” para evaluar las consecuencias que implica la restitución del menor en su desarrollo emocional y sicológico.

Así mismo, en cuanto a los efectos que se pueden derivar del traslado del menor a su lugar de origen es dable citar la sentencia T-1100102030002007-00673-00[[25]](#footnote-26) del 15-06-2007 de esa misma Corporación igualmente enunciada por la Juez de primera instancia:

“3.- Con todo, aceptando en gracia de discusión que el padre de los menores, conjuntamente con su progenitora, ejercía efectivamente la guarda, lo que aunado a la sustracción de sus hijos del lugar de residencia habitual a otro país, configuraba la ilicitud, se observa que el Tribunal soslayó, incurriendo en yerros calificados, esta vez sí con incidencia en el plano constitucional, el análisis probatorio sobre si el regreso de los menores aseguraba la integridad física y psíquica de los mismos, o no iban a ser sometidos a una situación de intolerancia, entendiendo, por supuesto, que el daño o peligro no debe considerarse en el lugar de retorno, sino que también se puede ocasionar por el hecho de sustraerlo del lado de su madre o del entorno al cual se han adaptado nuevamente”.

En línea con lo anterior esta autoridad colegiada en la sentencia STC9528-2017 del 05-07-2017 precisa que la pretensión de restitución se debe ponderar con la conveniencia que ello implica en el menor[[26]](#footnote-27), de la siguiente manera:

Es evidente entonces que, dentro del plenario el ad-quem recriminado relevó y dio mayor importancia a la retención ilícita de XX por parte de la madre, lo que significaba el reintegro inmediato de la misma a su país de origen, descuidando a criterio de la Sala la valoración integral de las acreditaciones aportadas y recaudadas, omitiendo además ponderar, en su afán de priorizar el cumplimiento del Convenio de la Haya, el interés superior de la menor quien en la actualidad goza de un desarrollo estable y armónico para su edad.

Y en similar sentidose ha movido la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Si bien es cierto que la menor se encuentra en Colombia sin la autorización de su padre, también lo es que el cambio de entorno puede llegar a generar una serie de reacciones en ella, más aún teniendo en cuenta que dichos cambios no pueden ser asimilados ni comprendidos por los niños, debido a su inmadurez psicológica y su evidente estado de vulnerabilidad.

Por lo anterior, el Convenio de La Haya y la Convención de Montevideo le dan una especial prelación al interés superior del menor, supeditando el retorno de ellos a la no afectación o eminente presencia de un riesgo grave físico o psíquico.

No es entonces el paso del tiempo la razón por la cual se deba desconocer el Convenio Sobre Restitución Internacional de Menores, ni la justificación para que los padres que trasladan o retienen ilegalmente a sus hijos legalicen y regularicen su situación, vulnerando los derechos de los niños, pero sí es el riesgo físico o psíquico a que se puede ver expuesta la menor una causal de excepción que debe ser tenida en cuenta, al tenor de lo previsto en el artículo 13 del Convenio Sobre Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de menores de La Haya, relativo a la hipótesis en que resulta legítima la oposición a la restitución”[[27]](#footnote-28)

**6.3.-** De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, corresponde a esta Colegiatura, la valoración de las pruebas que se recaudaron al interior al proceso de la siguiente manera:

**6.3.1.** Las declaraciones de parte rendidas por los padres de la coinciden en aseverar que, con antelación al viaje a Colombia realizado el 22 de abril de 2022, la pareja estaba en proceso de separación y la progenitora y la niña retiraron sus pertenencias del apartamento que habitaban junto con el padre de la menor, actuaciones que fueron consentidas y avaladas por este. Así mismo, se encuentra demostrado que pese al distanciamiento físico de los padres de la infante, ambos concertaron que la menor quedaría a cargo de su madre. Sin embargo, para el momento en que la niña y su madre salieron de Miami ellas no contaban con un lugar propio para habitar.

El demandante en su declaración afirma que luego de que J.C.Z. y la menor A.S.C. sacaron sus cosas del apartamento que habitaban, la madre decidió que tanto ella como la niña se instalarían en la casa de una amiga. Igualmente, el actor indicó que le ofreció ayuda económica. Por el contrario, la madre de la menor afirma que en Miami no contaba con un lugar para vivir, no tenía una buena situación económica y el padre de la pequeña no le ofreció ayuda.

De las versiones rendidas por las partes se infiere con claridad la deteriorada relación que sostienen, lo cual repercute en el bienestar y estabilidad de la menor A.S.C., en especial, en torno a sus cuidados y manutención, ya que, de las referidas declaraciones se desprende que durante la convivencia de la pareja el padre asumía en mayor proporción la atención económica que requería la niña y la madre garantizaba los cuidados de la pequeña en mayor parte. Sin embargo, con la separación de los padres de la menor, tales roles no quedaron claramente establecidos.

De impartirse la orden de restitución de la menor en favor del padre, es claro, que el lugar de habitación sería el domicilio de su progenitor, en la medida de que la madre ha sido enfática en señalar que no cuenta con los recursos para vivir con la niña en Miami. Sin embargo, emerge el interrogante ¿en qué condiciones el padre brindaría a la pequeña atención física, psicológica, afectiva, intelectual y ética en ese país?

De la declaración del demandante no emerge con mediana claridad qué actuaciones impartiría en torno al cuidado de A.S.C. Al respecto, solo se tiene que en caso de asumir la crianza de la menor se apoyaría en sus familiares y la antigua guardería de la infante, según la pregunta que le hiciera la defensora de familia:

(…) ¿cómo serían las condiciones de vida de la niña allá? ¿Cómo sería el diario vivir de la niña? ¿qué ha planeado usted?

El encargado sería yo completamente vendría a su vida, que siempre ha tenido, vendría a su área donde nació, vendría a su escuela, vendría a sus comunidades a la misma vía privilegiada. Yo me encargaba antes me encargo de todo. Ahora presencial y monetaria de las dos. Aquí mi mamá viene para acá también, ellos me ayudan mucho, siempre está la familia aquí, ellos vienen y van eh, ella va a estar en su escuela en la que siempre ha estado… aquí todas estas áreas yo trabajo, pero mi trabajo es muy flexible. Yo escojo los turnos cuando quiero trabajar y cuando no. Y, siempre voy a estar disponible para mi hija. Como lo he estado hasta el día de hoy. Las condiciones de aquí van a ser excelente como siempre ha sido y no le ha faltado nada… ni cariño ni mi soporte.[[28]](#footnote-29)

Sin embargo, pese a que el actor invoca su familia como apoyo para realizar los cuidados de la menor, así como la flexibilidad de su horario laboral para tener la disposición necesaria de estar cerca de la niña, tales aseveraciones no se encuentran probadas, máxime cuando el núcleo familiar del demandante, ni siquiera intervino en este asunto para reafirmar la tesis que plantea el padre de la menor y el actor no aportó relacionada con su jornada laboral, y que el uso de su tiempo libre se dedicara al cuidado la pequeña.

Y en cuanto a la asistencia a la guardería en Miami, no hay certeza de que la niña cuente con cupo tal como se expuso en la declaración de la directora de la guardería.

Usted diría que es muy difícil ingresar a ese centro a su preescolar. ¿Cómo es el ingreso?

R: Depende de la época del año, o sea, por ejemplo, originalmente abril y en iniciar el año escolar en agosto del 2021. Ahí, en ese momento los padres… la mamá me dijo que no iban a poder por algo del trabajo del papa. Y me pidió que por favor le guarde el cupo para enero. En ese momento le dije que no podía garantizarlo, pero justo se me salió un niño, pues vivimos en una zona que la gente se muda mucho. un niño salió y yo pude abrirle el cupo abril, dado que la mamá había estado con o sea, con mucho interés para tratar de … una vez que se inscribió tenía el cupo y bueno, cuando se fue, por eso es que yo estaba en comunicación con la mamá, que yo tenía que tener garantizados si iba a seguir para el siguiente año escolar, porque si los cupos son muy limitados y ella estaba ocupándome un espacio. Y ahí es cuando ya la mamá me dijo, no. No va a volver puede tomar el cupo de ella. Pero si esto no lo hace con tiempo, se consiguen cupos como tipo marzo abril si 1 lo hace muy encima del comienzo del año escolar, es muy difícil conseguir cupo sea actualmente, por ejemplo yo tengo listas de esperas de personas que todavía quisieran entrar al colegio estando en marzo para poder terminar el año escolar de aquí a junio.[[29]](#footnote-30)

**6.3.2** De los recursos técnicos o científicos que reposan en el expediente se tienen los informes[[30]](#footnote-31) sobre la valoración socio familiar realizados por:

**6.3.2.1** La trabajadora social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[[31]](#footnote-32) aportado por el mismo demandante, da cuenta de que las condiciones del lugar y el núcleo familiar donde actualmente reside la niña garantizan plenamente los derechos fundamentales de la menor de la siguiente manera:

De acuerdo a la verificación de derechos a la niña “XXX” se evidencia que pertenece a una familia extensa línea materna hace 8 meses, compuesta por la madre y abuelos quienes apoyan en su cuidado, en cuanto a las relaciones a nivel familiares se identifican cercanas y cordiales la relación entre los progenitores es distante y hostil debido al cambio de residencia de la niña, se observa cercanía emocional de la niña hacia la progenitora, sensación de seguridad y respaldo a su lado.

Frente al estado de cumplimiento de los derechos fundamentales se evidencia que el medio ambiente garantiza el goce efectivo, en cuanto a seguridad social se conoce que está afiliada como beneficiaria de la progenitora a la EPS Sura y prepagada; frente al derecho a la integridad personal se observó en el momento de la visita se identifica un poco de congestión nasal, por lo cual se recomienda solicitar cita con pediatría, cuenta con adecuado estado de salud, esquema de vacunas tiene pendiente la aplicación de las vacunas de tuberculosis y refuerzo en influenza y control de crecimiento y desarrollo acorde con a la edad teniendo cita para el 15/12/2022, sin signos de maltrato infantil (físico o descuido), castigo, humillación o negligencia; en educación desde su llegada ha estado escolarizada en el Jardín La gran aventura por dos meses y desde agosto en el Colegio Liceo Inglés en el grado kínder 2 en jornada única; en recreación se conoce que el medio familiar realizan actividades al interior de la vivienda y parques de la ciudad; a la identidad se evidencia que cuenta con reconocimiento civil colombiano.

En cuanto al derecho a la vida, calidad y ambiente sano, cuenta con una alimentación nutritiva y equilibrada, de acceso a los servicios de salud, vestuario adecuado, espacios de recreación familiar, la vivienda tipo apartamento es de propiedad de la madre donde residen hace 8 meses brindando seguridad y tranquilidad, dotada de todos los servicios públicos que ofrece el municipio. A.S.C, cuenta con habitación propia equipada en cama, juguetes, televisor y closet, las condiciones económicas son estable (sic) brindándole al medio familiar lo necesario para satisfacer las necesidades básicas”

**6.3.2.2** Así mismo,del informe presentado por la trabajadora social del Juzgado de primer grado[[32]](#footnote-33),no controvertido por el aquí apelante**,** alusivo a las condiciones sociales, familiares, económicas y de todo orden que rodean a los progenitores de la menor, se tiene:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Informe  | J.C.Z. | G.A.S.M. |
| Composición familiar | Este compuesto por los abuelos maternos, la menor y su madre. Además, tienen una colaboradora interna a cargo de las tareas domésticas y “del cuidado de la niña en momentos en que la progenitora no está en casa”. | Vive sólo desde la fecha en que la señora J.C.Z. y la hija común A.S.C. viajaron a Colombia; no tiene pareja sentimental. Cuenta con sus padres que residen en Puerto Rico, donde ha tenido la oportunidad de llevar a su hija A.S.C.  |
| Condiciones económicas | Los gastos del hogar son asumidos por los abuelos maternos y la progenitora. La madre demandada promovió demanda de fijación de cuota alimentaria contra G.A.S.M.  | Su manutención la cubre a cabalidad con los ingresos de su profesión.  |
| Condiciones Habitacionales | El inmueble que ocupa con su familia es propiedad de ella, pero no está a su nombre (…) las condiciones de conservación, orden e higiene son buenas | Reside en un apartamento rentado (…) las condiciones de conservación, orden e higiene son buenas |

Del referido informe se verifica que las circunstancias económicas y habitacionales las cumplen a cabalidad los padres de la menor (la madre en Colombia y el padre en Miami), y en cuanto a las condiciones familiares, se observa que a la madre la apoyan los abuelos maternos a diferencia del padre que vive solo ya que sus progenitores viven en otro Estado. Sin embargo, del informe no hay certeza en cuanto al manejo de la jornada laboral del padre y de posible dedicación de tiempo a la menor, se reitera, pues a pesar de que el demandante refiere que tiene flexibilidad de horario, circunstancia que fue avalada por la madre de la niña cuando rindió el interrogatorio, no existen parámetros claros de cómo sería destinada su atención al cuidado y crianza de la menor.

Es dable aclarar que en el proceso que aquí se tramita no es objeto de análisis los derechos de custodia y de visita de los progenitores, ya que es materia de estudio de otro tipo de trámite. Sin embargo, tal circunstancia, no releva a la autoridad judicial de verificar las condiciones de la niña en caso de retornar a Miami, tal como se ha expuesto con antelación.

**6.3.3** Respecto a los testimonios de oficio recepcionados, la apelante señala que “los abuelos maternos van a querer que su nieta se quede con ellos, dado que siempre ha vivido en los Estados Unidos y ahora la pueden tener cerca”, sin embargo, tal manifestación no alcanza a desvirtuar esta prueba.

Respecto a la forma de apreciar la declaración de los integrantes del núcleo familiar la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en sentencia SC18595-2016**[[33]](#footnote-34):**

Cabe precisar que la ley procesal no establece ninguna presunción de sospecha contra el testigo por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas, sino que deja tal valoración “al concepto del juez”; criterio que -como se explicó líneas arriba- debe estar soportado en la coherencia de la declaración y en su correspondencia con el contexto de significado.

(…)

Las reglas de la experiencia derivadas de nuestro contexto social indican que, por lo general, los miembros del núcleo familiar y las amistades cercanas a la pareja, son las personas más idóneas para declarar acerca de las condiciones en que se dio la convivencia de los compañeros, pues nadie mejor que ellos perciben o presencian las vicisitudes que surgen en el seno de la unión marital. Y entre los miembros de la parentela, son las madres de los compañeros, precisamente, las que más acostumbran estar pendientes del diario vivir de sus hijos, siendo frecuentes sus visitas al hogar de la pareja, sus llamadas telefónicas y, en fin, sus métodos de búsqueda de información acerca de las intimidades de la relación”.

En el presente asunto se tiene que la declaración de la abuela materna de la niña es descriptiva y coherente, y no se ventilaron argumentos razonables para quitarle valor probatorio o calificarla de sospechosa. Y en relación con el testimonio del abuelo paterno, tampoco se perciben elementos subjetivos que afecten su credibilidad.

La abuela materna de A.S.C. es ilustrativa en cuanto al término de mes y medio que convivió con la pareja en Miami, para ayudar a su hija en la atención de la bebé, luego del parto. Al respecto, la testigo describe con propiedad los comportamientos de desatención del demandante con la niña, al afirmar:

“le puedo relatar lo que vi mientras estuve con ellos. ¿Qué fue? Fui como a los 3 o cuatro días de estar en el parto ya después de que estuvo en el parto, pues como mucha displicencia de él y él estuvo en el parto, pero no fue mucho lo que…le paró bola, cierto, pero. ...La miró y bueno. Como cualquier bebé, entonces … ya nos fuimos para la casa y eran en el cuarto... ni siquiera la cogió. Ni siquiera la escogió para decir, ay mi niña no, no la no. Medio la miró y nada más. Ya nos fuimos para la casa y en la casa pocon… porque él es de pocas palabras. Y él no se interesó en ir a mirar su niña. ¿Qué le puedo contar? Y a los dos días él quería que ella saliera con él a la calle con dos días de estar…. de haber parido a su hija y es incómodo para ella porque no pudo amamantar porque ya él quería estar en la calle. En cuanto a eso. ¿Y en la casa no? Ni fu, ni fa, él se mantenía en ese entonces viendo …como jugando parques, en el celular, en la televisión y así sucedió prácticamente el tiempo que yo estuve allá y que la cogiera él la cogía y no le dan mucho lo que le dijo que le tenía que decir, sino que era con la niña cargadita recién nacida y el jugando su ajedrez”[[34]](#footnote-35)

Igualmente, del referido testimonio hace un relato de la situación económica de la madre de la menor al no contar con la ayuda económica del demandante en Miami:

¿Sabía usted (…) que iba a venir aquí a Colombia con la niña o llegó de sorpresa? ¿Cómo fue la situación?

Sí, yo sí sabía, porque ella me estaba dando indicios que ella se quería ver a Colombia, que ella no estaba bien. ¿Por qué? Pues él no le estaba dando ni un solo peso. Entonces ella no tenía nada que hacer con su niña sola y que no le ayudaba en nada en nada. Entonces, ella se vino … ella no tenía … como mantenerse … en Estados Unidos.

Por otra parte, los abuelos maternos de la menor exponen que el cuidado y formación de la niña está a cargo de la progenitora.

Y en lo relacionado con el testimonio de Romina Bryce, directora del preescolar “Baby Star” al que asistía la niña A.S.C. en Florida-Miami antes de establecerse en Colombia, se verifica que el pago del servicio se hacía con cargo a la tarjeta de crédito del padre, ambos padres recogían a la niña y la madre gestionó el trámite de vinculación y desafiliación de la menor con la guardería.

Es así como, de los testimonios recibidos y los informes atrás enunciados se verifica que la madre ha sido la persona que ha tenido a cargo el cuidado, formación y atención de las necesidades primarias de la niña de manera adecuada en Colombia y con ello, emerge el interrogante acerca de ¿qué manera serían llevadas a cabo por parte del padre estas labores cuando el mismo no cumplió con la carga de demostrarlas al interior del proceso?

**6.4** En línea con la jurisprudencia arriba citada y que se sigue en este pronunciamiento, como criterio auxiliar de la actividad judicial, no debe olvidarse que A.S.C. tiene 3 años, condición que la hace vulnerable y palmariamente dependiente de sus padres y obliga a las autoridades judiciales colombianas a verificar si la solicitud de retorno elevada por el padre ha garantizado los presupuestos trazados por la jurisprudencia para garantizar el interés superior de la menor en circunstancias particulares como los aquí descritas[[35]](#footnote-36), y en caso, de no encontrase acreditadas se infiere que su retorno al país de origen es un riesgo que desconoce palmariamente este principio.

En el presente asunto está demostrado que la menor se siente segura y tiene lazos fuertes con su madre y se encuentra en buenas condiciones en Colombia. Igualmente, está demostrado que la menor se ha distanciado de su padre como consecuencia del traslado ilícito a que fue sometida por parte de su progenitora. No obstante, pese a la última situación, esta no es suficiente para ordenar la restitución de la niña a Miami, ya que tiene prevalencia el interés de la menor frente al interés de su padre y ello exige revisar las condiciones que se derivan del retorno de la niña.

Al tener en cuenta la edad de la infante y que el padre solo acreditó contar con las condiciones económicas y habitacionales, ya que no aseguró garantizar a la pequeña atención física, psicológica, afectiva, intelectual y ética en el país foráneo, a criterio de esta Corporación no se garantiza el interés superior de la menor en su retorno a Miami y por consiguiente, dicho traslado configura un riesgo o amenaza en contra de la niña que da lugar a que se configure la causal exceptiva de aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional del niño prevista en el artículo 13 literal “b”.

Por otro lado, si bien uno de los argumentos del apelante está orientados a que se lleve a cabo el traslado de la menor a Miami y luego se analice los efectos que tal desplazamiento puede desencadenar en la niña, lo cierto, es que tal apreciación somete a la menor a un riesgo frente a la incertidumbre de las condiciones que la puedan rodear al momento de retornar a su país de origen, que no está obligada a soportar.

Finalmente, en lo relacionado con el “grave riesgo psicológico” que ocasionó la madre a su hija por sustraerla de su vida cotidiana en Miami según el apelante, el mismo no se encuentra demostrado según los informes que obran en el expediente. En todo caso, no es la razón que soportó la decisión apelada, para negar la restitución.

El reparo, en consecuencia, **no prospera.**

**7.-** Colofón de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia y ante la ausencia de prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, 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 la sentencia apelada, de fecha y procedencia ya señaladas.

**Segundo:** Costas a cargo de la parte recurrente, y a favor de la demandada. Las agencias en derecho se fijarán en auto posterior.

**Tercero**: Realizado lo anterior, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Discusión iniciada en sesión del 24/07/2023. [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 57 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Archivo 01 Ibid [↑](#footnote-ref-4)
4. Archivo 12 y 14 Ib. [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivo 09 Ib. [↑](#footnote-ref-6)
6. Archivo 57 Ib Grabación 3 a partir del minuto 2:49 a 3:02 [↑](#footnote-ref-7)
7. Archivo 57 ibid grabación 3 minuto 3:02:55 a 3:04:01 [↑](#footnote-ref-8)
8. Archivo 07 cuaderno 2 instancia [↑](#footnote-ref-9)
9. Archivos 08 y 09 Ib. [↑](#footnote-ref-10)
10. Archivo 01 pág. 32-35 cuaderno 1 instancia. [↑](#footnote-ref-11)
11. Señala la doctrina sobre la calificación de los derechos de guarda y visita: “Estas calificaciones son únicamente para aplicar la convención y no modifican la legislación interna sobre guarda, custodia o derecho de visita. En efecto, en algunas legislaciones la guarda comprende las tutelas y curatelas y solo es eficaz cuando se ha extinguido la patria potestad. Sin embargo, la asimilación de la guarda a la custodia amplía en beneficio del menor la convención y, desde luego, no modifica la legislación interna del Estado respectivo”. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Tercera edición. 1993. Librería Jurídicas Wilches. Páginas 527 y 528. [↑](#footnote-ref-12)
12. C.const. T-202/18, M.P. Carlos BERNAL PULIDO. [↑](#footnote-ref-13)
13. [en línea] [Consultado el 01 de junio de 2023] Disponible en: <http://www.legalsl.com/es/sustraccion-internacional-de-menores-convenio-la-haya.htm> y <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html> [↑](#footnote-ref-14)
14. C.const. T-202/18, M.P. Carlos BERNAL PULIDO. [↑](#footnote-ref-15)
15. “Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980”. [↑](#footnote-ref-16)
16. Archivo 02 Anexo 1, páginas 10 a 13. Cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-17)
17. Archivo 02 Anexo 1, páginas 14 y 15. Cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-18)
18. Archivo 02 Anexo 1, página 58, y páginas 1 y 2 del archivo siguiente. Cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-19)
19. CSJ civil. STC4727-2019, M.P. Ariel SALAZAR RAMÍREZ, Radicación n.° 11001-02-03-000-2018-04078-00. [↑](#footnote-ref-20)
20. “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”. [↑](#footnote-ref-21)
21. CSJ civil. STC4727-2019, M.P. Ariel SALAZAR RAMÍREZ, Radicación n.° 11001-02-03-000-2018-04078-00. [↑](#footnote-ref-22)
22. “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”. [↑](#footnote-ref-23)
23. CSJ civil. STC4727-2019, M.P. Ariel SALAZAR RAMÍREZ, Radicación n.° 11001-02-03-000-2018-04078-00. [↑](#footnote-ref-24)
24. Ibid. [↑](#footnote-ref-25)
25. CSJ civil. 15 de junio 2007. M.P. Jaime Alberto ARRUBLA PAUCAR, Radicación n.°T-1100102030002007-00673-00 [↑](#footnote-ref-26)
26. CSJ civil. STC9528-2017, M.P. Margarita CABELLO BLANCO, Radicación n.° T 1100102030002017-01395-00 [↑](#footnote-ref-27)
27. Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 2018. [↑](#footnote-ref-28)
28. Archivo 57 link 2 Minuto 56:09 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-29)
29. Archivo 53 link 3 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-30)
30. De acuerdo con lo trazado por esta colegiatura en la sentencia SC-0001-2023, se indicó allí: “Dos cosas deben resaltarse: por un lado, tiene sentado esta Colegiatura, desde la sentencia SC-0020-2022, que el informe de necropsia expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en ejercicio de sus funciones, no se erige en un dictamen pericial que deban regirse por las reglas del artículo 226 del CGP, sino que se queda en el plano de los informes y puede ser valorado, en cuanto no se haya controvertido. Así fue reiterado en la sentencia SC-0039-2022 por esta Sala. Y, por el otro, que ese documento no hace más que ratificar, como lo dice el recurrente, que la manera de muerte de Édgar Efraín Chamorro Checa fue “violenta-suicidio”. [↑](#footnote-ref-31)
31. Archivo 01 pág. 27-31 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-32)
32. Archivo 34 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-33)
33. CSJ civil. SC18595-2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Radicación n.° 73001-31-10-002-2009-00427-01 [↑](#footnote-ref-34)
34. Archivo 57 link 3 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-35)
35. “(i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.(Sentencia T-689 de 2012) [↑](#footnote-ref-36)