

REPUBLICA DE COLOMBIA
 TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
 SALA CIVIL FAMILIA
 NOTIFICACION POR ESTADOS
 Art .295 C.G.P

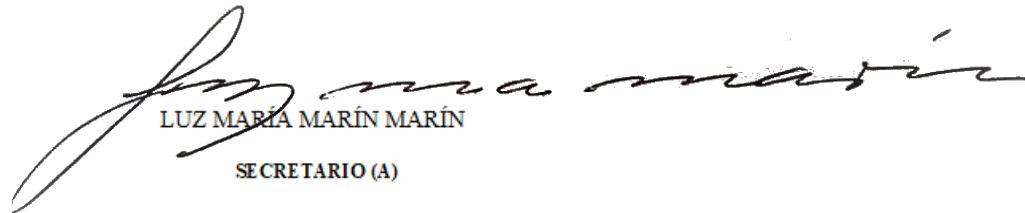


Nro .de Estado 0107

Fecha 30/JUNIO/2021
 Estado:

Página: 1

Nro Expediente	Clase de Proceso	Demandante	Demandado	Observacion de Actuación	Fecha Auto	Cuad	FOLIO	Magistrado
05440318400120210004001	Verbal Sumario	COMISARIA DE FAMILIA DE EL PEÑOL	DANIEL VON KARDN	Sentencia confirmada CONFIRMA SENTENCIA APELADA. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 30 DE JUNIO DE 2021. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia/100	28/06/2021			TATIANA VILLADA OSORIO
05686318400120200006301	Verbal	DEVIS HIMERIO MEDINA MEDINA	MARIA ARACELLY LOPERA BUILES	Auto resuelve recurso de queja DECLARA BIEN DENEGADO RECURSO. FIJADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS 30 DE JUNIO DE 2021. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia/100	29/06/2021			TATIANA VILLADA OSORIO


 LUZ MARÍA MARÍN MARÍN
 SECRETARIO (A)

SE FIJA EL PRESENTE ESTADO POR EL TERMINO LEGAL DE UN DIA A LAS 8 A.M. Y SE DESFIJA EN LA MISMA FECHA A LAS 5:00 P.M.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, veintiocho de junio de dos mil veintiuno

Proceso	: Restitución Internacional de menores
Asunto	: Apelación de sentencia
Ponente	: TATIANA VILLADA OSORIO.
Sentencia	: 019
Demandante	: Comisaría de Familia de El Peñol
Interviniente	: Yanara Vega Fatela
Demandado	: Daniel Von Karin
Radicado	: 05440 31 84 001 2021 00040 01
Consecutivo Sría.	: 0471-2021
Radicado Interno	: 0122-2021

ASUNTO A TRATAR.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia, el 14 de abril de 2021, en este proceso de Restitución Internacional de menores instaurado por la Comisaria de Familia de El Peñol, Antioquia a instancia de Yanara Vega Fatela y en interés de la menor L.M.V.K en contra de Daniel Von Karin.

LAS PRETENSIONES

Literalmente se formularon así:

"PRIMERO: Que se ordene el retorno de la niña (...) de nacionalidad estadounidense, identificada con certificado de nacimiento N°109-2013-153876, de 7 años de edad, a Miami Florida – Estados Unidos, su país de residencia habitual, precisando circunstancias de modo, tiempo y lugar para su ejecución.

SEGUNDO: Señor Juez, en caso de que las partes no concurren por intermedio de abogado, le solicito designar apoderado judicial que los represente.

TECERO: Proferida la orden judicial, sírvase ordenar el levantamiento del impedimento de salida del país de la niña (...) a Migración Colombia, ello en la garantía de sus derechos.

CUARTO: Que la decisión de Restitución Internacional se notifique a las partes procesales.”

ANTECEDENTES.

La Comisaria de Familia de El Peñol, Antioquia expuso como hechos fundamentales de la causa para pedir, los siguientes:

1. Según Certificado de Nacimiento N° 109-2013-153876, el día 24 de septiembre de 2013 nació en Miami Beach – Estados Unidos, la menor L.M.V.K cuyos padres son Yanara Vega Fatela y Daniel Karin, quienes el 15 de septiembre de 2014, realizaron acuerdo de liquidación marital donde se estableció todo lo concerniente a la custodia, manutención y visitas respecto a la hija común.

2. La Comisaría de Familia de El Peñol recibió el día 27 de octubre de 2020, diligencias para verificación de derecho de la menor aludida, por presunto maltrato por negligencia ejecutado por su progenitor.

3. Posteriormente el 12 de noviembre de 2020, la misma autoridad administrativa, recibió vía correo electrónico solicitud de restitución internacional de la menor L.M.V.K elevada por su progenitora Yanara Vega Fatela, ello en ejecución del Convenio de la Haya de 1980.

4. Adujo que en la solicitud de restitución internacional se mencionó como circunstancias relativas al traslado o retención ilícito, que *“el 13 julio 2020 el padre de mi hija Daniel recogió a mi hija ya que era su mes de vacaciones, pero no podía sacar a la menor del país sin una autorización mía o de la Corte de Familia de Miami Fl. Después recibí un correo electrónico de su parte que se había llevado a mi hija para Quito Ecuador y hasta ahora no*

la ha regresado" y que además "el padre tiene 2 órdenes de retornar a la menor en 24 horas desde el 12 de agosto de 2020"

5. Informó que mediante auto 121 de 13 de noviembre de 2020, avocó conocimiento de las diligencias, ordenó oficiar a Migración Colombia para impedir la salida del país de la menor, y citó al demandado para el 23 de noviembre de 2020 a diligencia de persuasión de retorno voluntario, pero no compareció a la misma, por lo que desplegó actividades tendientes a dar con la ubicación de la menor y su progenitor.

6. Que el día 6 de enero de 2021, el demandado constituyó apoderado judicial para que lo representara en el trámite administrativo de restitución internacional de su hija. Citó a ambos a diligencia de persuasión de retorno voluntario para el día 22 de enero de 2021, pero ante la inasistencia de aquellos a la misma por motivos relacionados con el COVID-19 se les citó nuevamente con dicha finalidad, celebrándose dicha diligencia el pasado 5 de febrero donde el demandado se opuso al retorno de la menor L.M.V.K a su país de residencia habitual, esto es a Miami Florida – Estados Unidos, por lo que se fijó régimen de visitas provisional entre la menor y su progenitora Yanara Vega Fatela, quien a su vez también constituyó apoderado judicial para la representación de sus intereses.

7. Finalmente arguyó que el 11 de febrero del año que avanza se realizó verificación del estado actual de los derechos de la menor L.M.V.K, *"donde se determinó que no hallan derechos vulnerados que requieran la apertura de proceso administrativo de restablecimiento de derechos."*

TRÁMITE Y RÉPLICA.

1. La demanda fue admitida mediante auto del 1º de marzo de 2021 y se reconoció como interviniente adhesiva o litisconsorcial a Yanara Vega Fatela, notificándose debidamente el mismo al demandado, Agente del Ministerio Público, Comisaria de Familia de El Peñol, y a la interviniente adhesiva

2. La interviniente adhesiva contestó la demanda a través de su vocero judicial, indicando ser ciertos la mayoría de los hechos que allí se esbozaron, agregando que ante el incumplimiento por parte del demandado del acuerdo firmado por los progenitores de la menor L.M.V.K en lo que respecta a su custodia, el Juzgado 11 de Familia de Miami Dade USA emitió orden de arresto en contra de Daniel Karin.

Adicionalmente informó que ni los padres ni mucho menos la menor, tienen vínculo con Colombia, pues la infante siempre ha permanecido en Estados Unidos hasta antes que el demandado incurriera en la conducta ilícita, frente a lo cual Migración Colombia inició las acciones administrativas referente al estado migratorio del demandado y su ingreso irregular a este país por la frontera con Ecuador.

Asimismo, enfatizó que la menor es únicamente ciudadana norteamericana y que para cualquier cambio de residencia de la menor debe seguirse el procedimiento establecido por su país de residencia habitual.

Adujo que la madre de la menor inició el trámite de restitución de la menor en Ecuador, *“país donde inicialmente viajó el señor Daniel Karin y de donde cruzó la frontera ilegalmente a Colombia durante la pandemia junto con la menor”* y que *“el hecho que el demandado haya cruzado la frontera de forma irregular, puso en riesgo extremo a mi hija, por motivos de seguridad, salud, protección de sus derechos y desconocimiento de sus garantías como menor de edad”*

Finalmente coadyuvan las pretensiones elevadas por la Comisaria de Familia de El Peñol y reitera la solicitud de ordenar el retorno de la menor a su país de origen, *“en especial por cuanto ella no es ciudadana Colombiana, no tiene lazos familiares en Colombia, ninguno de sus padres es Colombiano...”*

3. Por su parte el demandado contestó la demanda a través de su apoderado judicial oponiéndose a la restitución de la menor e indicando ser cierto lo relativo a la disolución del vínculo matrimonial que sostuvo con la interviniente adhesiva, igualmente lo concerniente a la filiación de la

menor y el trámite administrativo adelantado por la Comisaria de Familia de El Peñol, Antioquia.

Por otro lado, señaló que debe probarse las diligencias adelantadas con ocasión del maltrato del que se le endilga, y lo relativo al requerimiento del Juez o Autoridad Central del país requirente que reclama el regreso o retorno de la menor L.M.V.K.

Afirmó que el demandado siempre ha tenido la intención de *“asegurar el contacto de la menor con su madre y proporcionar lo necesario para la efectividad de las visitas.”*

Replicó que el deseo de la menor es permanecer al lado su progenitor, con quien se encuentra en mejores condiciones.

Formuló como medios exceptivos los siguientes:

i). *“LA SEÑORA YANARA VEGA FATELA NO EJERCÍA EFECTIVAMENTE EL DERECHO DE GUARDA EN EL MOMENTO DEL TRASLADO O NO REGRESO”* aduciendo que la guarda de la menor la tenían ambos progenitores, siendo legal y lícito el traslado de la menor a Colombia, pues en el plan de crianza suscrito por ambos padres el 15 de septiembre de 2014 se dejó sentado que si alguno de los padres no estaba de acuerdo con un viaje fuera del país diferente a Alemania debía *“proporcionar la seguridad para el regreso de ella y deberá pagar un depósito de \$10.000...”* dinero que canceló el demandado para realizar el viaje con la menor a Colombia. Que no se adosó al plenario la orden dada por una Corte Estadounidense de regresar o restituir a la menor a ese país, por lo que no se reúnen las formalidades previstas en los literales c y e del artículo 8º de la Ley 173 de 1994 y que lo único que pretende la progenitora es obtener un beneficio económico.

Aseguró que la interviniente adhesiva sometía constantemente a la menor a *“maltratos físicos y psicológicos, infringidos no solo por la señora VEGA FATELA, sino por su actual compañero sentimental”* aduciendo frente a este último que según relato de la menor es *“posible victimario de actos sexuales abusivos con la menor, pues en diálogos sostenidos con la niña, ella dice que “el cubano tiene la verga grande”, lo cual no tendría ninguna*

razón de ser si no existiera un proceder indebido por parte de su progenitora.” Y que además en la entrevista que rindió la menor al grupo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de El Peñol, ésta indicó que su madre “...se ve mala, ella es mala, es mala conmigo y a mi (sic) me da un poquito de pena y rabia”, que le da preferencia al hijo que tiene con su actual pareja sentimental, es descuidada con la menor y la ha golpeado con una correa en la cara.

Concluyó la parte demandada que ante el indebido ejercicio de la guarda por parte de la madre de la menor para el momento en que ésta fue trasladada a Colombia, es que no se debe ordenar el retorno de la menor L.M.V.K a su país de residencia habitual.

ii). *“EXISTE UN GRAVE RIESGO QUE EL REGRESO DE LA NIÑA LA SOMETERÍA A UN PELIGRO FÍSICO O PSÍQUICO O LA COLOCARÍA EN UNA SITUACIÓN INTOLERABLE”* la parte demandada insiste que la menor es víctima de maltrato por su madre, quien además la somete a constantes humillaciones por la preferencia que tiene hacia su otro hijo. Que la menor fue quien le pidió a su padre que la apartara de ese entorno familiar. Igualmente adujo que la madre no cumplía con el *“Convenio Regulador Matrimonial”* suscrito por ambas partes el 15 de septiembre de 2014 ante la Corte Estadounidense, vulnerado así los derechos de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella.

Señaló que debido a todo lo ocurrido en el presente proceso, los maltratos físicos y psicológicos propinados a la menor por parte de su madre y de su actual compañero sentimental, aumentarán.

Añadió que otra de las importantes razones por las que emigró con su hija de los Estados Unidos hacia Colombia fue lo relacionado con el COVID-19, pues en dicho país es donde se presenta el índice más alto de contagios y mutaciones, por lo que el regreso de la menor la pondría en una situación de grave peligro.

iii). *“OPOSICIÓN DE LA MENOR LORENA MARÍA VON KARIN A SU REGRESO Y NECESIDAD DE TENER EN CUENTA SU OPINIÓN”* Luego de trasuntar apartados de la sentencia T-202 de

2018 de la Corte Constitucional, expuso que la menor desea quedarse en este país con su progenitor, y toda vez que es posible que la menor sea víctima de delito sexual debe entrevistarse nuevamente, para tal efecto citó una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 3º de La Convención de los Derechos del Niño, el Código del Menor, los artículos 44 y 45 de la Constitución Política de Colombia, artículos 150 y 194 de la Ley 1098 de 2006

4. Mediante providencia adiada 30 de marzo de 2021, el Juzgado cognoscente citó a las partes a audiencia del artículo 392 del Código General del Proceso y decretó las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio consideró necesarias.

5. En audiencia concentrada de los artículos 372 y 373 ibídem celebrada el 14 de abril de 2021, y adelantado el proceso con sujeción a las normas que lo rigen con la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio, el Juzgado Promiscuo de Familia de Marinilla profirió sentencia.

LA SENTENCIA APELADA

En el fallo de primer grado, el Juez Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia emitió sentencia el 14 de abril de 2021, en la cual dispuso lo siguiente:

"PRIMERO: Se ORDENA el REINTEGRO INMEDIATO de la niña (...) con pasaporte 598161055, a Miami Estado de Florida-Estados Unidos, lugar de su domicilio y residencia habitual, en aplicación al Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980, aprobado por Colombia mediante la Ley 173 del 22 de diciembre de 1994, con base en las consideraciones a que alude la parte motiva de esta decisión, en consecuencia se DECLARAN NO PROBADAS las excepciones de la parte demandada.

SEGUNDO: Los gastos de traslado de la citada niña a su lugar de origen serán asumidos por el señor DANIEL VON KARIN, sin perjuicio de que sean sufragados por la señora YANARA VEGA FATELA o en su defecto por la Autoridad Central, en ausencia de capacidad económica por los obligados.

TERCERO: Se adopta como medida provisional, de protección y garantía de los derechos de (...) la obligación de mantener el domicilio actual de la niña, mientras se da su traslado, y se mantiene incólume la decisión de la Comisaria de Familia El Peñol de prohibir la salida del país de la niña, salvo cuando se esté acatando esta decisión, momento a partir del cual se levantan ambas medidas.

CUARTO: ADVERTIR al señor DANIEL VON KARIN que el cumplimiento de esta orden judicial es INMEDIATO a la ejecutoria de la misma y su incumplimiento podría hacerlo incurso en delitos tales como fraude a resolución judicial y secuestro simple, por lo que en caso de renuencia a acatarla se dispondrá la compulsión de copias respectivas a la Fiscalía General de la Nación y la autoridad migratoria competente, sin perjuicio de las diligencias de rescate de la menor."

Para decidir así consideró el sentenciador que de la prueba documental recaudada se colige que ambos padres ejercen la patria potestad de la menor L.M.V.K, infiriéndose además que la custodia y cuidados personales de la infante corresponde a ambos padres al haberse dispuesto en el plan de crianza al que llegaron en la Corte del Décimo Primer Circuito de Miami-Dade, Florida, un tiempo compartido con la menor, por lo que la progenitora está legitimada para iniciar la acción de restitución internacional de su hija por la retención ilícita de su padre en un país diferente al de su residencia habitual.

Determinó que el progenitor de la menor incumplió el acuerdo de responsabilidad parental, pues en él se dejó sentado el procedimiento para realizar viajes al exterior con la menor cuando el otro padre no estuviera de acuerdo con ello, parámetros que no obedeció el demandado, y contrariando lo allí convenido viajó de manera intempestiva con la menor de 7 años sin informarle por escrito a su madre de dicho desplazamiento, ni mucho menos contando con su autorización. Además, sometió a la menor a riesgos innecesarios al obligarla a cruzar de manera irregular la frontera entre Ecuador y Colombia, negándose igualmente a suministrar datos de su ubicación. Agregó que dicho proceder fue puesto en conocimiento de las autoridades del país de residencia de la menor, quienes emitieron orden de entrega en el aeropuerto de Quito - Ecuador y de arresto en contra del aquí demandado.

Respecto al depósito de los 10.000 USD que realizó el progenitor como caución de regreso de la menor manifestó el *iudex a quo* que este no representa una carta en blanco para andar con la niña por todo el mundo sin previamente informar a la madre de la menor.

Estableció que es un riesgo que L.M.V.K permanezca con su padre en este país por la influencia negativa que ejerce aquél sobre la niña respecto a su progenitora, situación que se extracta del concepto emitido por el psicólogo y la trabajadora social quienes fueron enfáticos en afirmar que la menor muestra una actitud ambivalente frente a la figura materna. Además, se evidenció la marcada desidia del padre para contribuir en la relación materno-filial, pues no propicia espacios para que ambas fortalezcan sus lazos afectivos, ni mucho menos los datos para que aquellas puedan tener un contacto continuo. Igualmente consideró que la manipulación de la menor por parte del padre, al adoptar una conducta permisiva para recibir una respuesta positiva, genera un arraigo viciado y suprime la figura materna, por lo que la opinión de la menor no es libre ni espontánea.

Respecto a la excepción formulada por la parte demandada del maltrato del que es presuntamente víctima la menor por parte de su progenitora y actual compañero sentimental, adujo que no existe en el plenario un medio de convicción que apunte a ello, y que lo vertido por la menor se debió al miedo infundado por el padre, por lo que no es creíble.

Finalmente concluyó que las excepciones no prosperaban por la exclusión injustificada a la madre de la menor de ejercer la patria potestad y custodia compartida, la permanencia de la menor en Colombia en contra de la voluntad de la progenitora, la falta de pruebas de los riesgos en el retorno de la menor en su país de residencia, y la falta de arraigo de la infante en Colombia.

REPAROS DE INCONFORMIDAD

La parte demandada, interpuso recurso de apelación indicando como reparos los siguientes:

a). Disiente de la interpretación que realizó el *iudex a quo* del convenio regulador matrimonial suscrito por las partes el 15 de septiembre de 2014, en el que nada consta sobre el aviso que debe dar el padre al otro para hacer viajes al exterior, ni mucho menos que éste deba hacerse por escrito, ni tampoco que está sujeto a otra formalidad, que basta con pagar el depósito o fianza por valor de 10.000 USD para asegurar el regreso de la menor.

b). Que en la sentencia recurrida se desconoció la opinión de la menor y los precedentes jurisprudenciales, concretamente las sentencias T-276 de 2012 y T-202 de 2018, pues se negó a escuchar a la menor en sede judicial, lo que devela un interés por favorecer a la demandante, máxime cuando el *a quo* consideró que la entrevista de la menor que obra en el plenario, está viciada, debiendo en tal sentido decretar una nueva entrevista.

c). Que existe un defecto fáctico en la forma como se valoró la entrevista elaborada por el equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de El Peñol, pues se enfocó en los aspectos negativos del progenitor, desconociéndose las manifestaciones emitidas por la menor relativas al peligro que se expone con su madre y su voluntad de no regresar a su lado.

d). Se duele de que no existió un pronunciamiento de las excepciones propuestas por la parte demandada respecto de la restitución internacional de la menor, ni argumentó su decisión frente a las mismas con base a las pruebas recaudadas.

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada por medio de su apoderado judicial sustentó el recurso de alzada dentro del término concedido para ello, reforzando el argumento de disenso expuesto ante el *a quo*. En tal sentido refirió que en los procesos donde se resuelve la situación de un menor de edad debe tener como pilar la conveniencia e interés superior del niño, es así como disiente de la decisión adoptada por el Juez de primer grado, quien en su sentir no valoró adecuadamente la entrevista realizada a la menor

por el grupo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de El Peñol, pues de las manifestaciones allí expuestas se evidenció el maltrato físico y psicológico que le propinaba la demandante, las preferencias de ésta hacia su otro hijo, y el peligro al que puede estar expuesta la menor con su progenitora, quien no ejercía en debida y legal forma la custodia y cuidados personales sobre la menor aquí involucrada.

Insistió en que la valoración de la entrevista de la menor fue parcializada, en el sentido que solo se tuvo en cuenta los aspectos negativos del padre requerido, pero se desconoció la opinión de la infante sobre dónde y con quién quería vivir; decidiendo sesgadamente cuáles respuestas de aquella eran libres y espontáneas y cuáles fueron influenciadas por su progenitor, desconociendo además la indivisibilidad de la confesión *"previsto en el art. 196 ibídem, para contrariar la voluntad de LMVK de permanecer con su padre, tal y como lo regula nuestro "bloque de constitucionalidad" en el párrafo 4 del Artículo 13 del Convenio de la Haya."*

Asimismo, adujo que el Juez de conocimiento omitió valorar debidamente el concepto psicológico realizado por el profesional adscrito a la autoridad central, del cual se desprende que la menor contestó con coherencia y fluidez pues luego del encuadre asumió *"una actitud de colaboración con la intervención, mostrándose alegre y espontánea (...) se observa ubicada en tiempo y espacio teniendo conocimiento del contexto, reflejando un estado de alerta adecuado y mostrando buena capacidad de conciencia y argumentación, respondiendo en general, con coherencia y fluidez a las preguntas realizadas."* Y que dicha conclusión dista diametralmente a la que arribó el *iudex a quo* cuando manifestó que el discurso de la menor fue poco coherente.

De otra parte, sostuvo que se desconoció las contradicciones en la que incurrió la demandante sobre el motivo real del por qué no viajó durante el presente trámite al Estado requerido para visitar a su hija menor, aun sabiendo desde el mes de octubre de 2020 donde se encontraba y contando con el depósito constituido por el demandado para el viaje al extranjero con la menor, el cual bien pudo ser cobrado por la progenitora para sufragar los gastos del retorno de aquella, tal y como quedó estipulado

en el convenio regulador, pero contrario a ello, la demandante demostró un desinterés para cobrar el mismo, lo que desmiente la falta de recursos para acometer dicho fin.

Indicó que en ninguna parte del "Convenio Regulador Matrimonial" del 15 de septiembre de 2014 suscrito por las partes "*dice que el aviso que debe dar un padre al otro para hacer viajes al exterior, debe constar por escrito o esté sometido a alguna formalidad*", que no se exige ningún consentimiento, solamente el depósito, el cual se constituyó de acuerdo al convenio, y que además el demandado siempre ha tenido en su custodia el pasaporte de la menor.

Agregó que la menor no tiene familia extensa en Estados Unidos, pues sus parientes por línea materna viven en Cuba, en cambio en Colombia tiene a su hermano de simple conjunción por parte del progenitor, con el que comparte tiempo de calidad.

Respecto a las enseñanzas discriminatorias endilgadas al demandado, apuntó que son posiciones sesgadas del Juez cognoscente y alejadas de la realidad, además de que desconoce flagrantemente el derecho que tiene la menor de dar su opinión sobre querer continuar viviendo con su progenitor y los reiterados precedentes jurisprudenciales que son de obligatorio acatamiento, vertidos en las sentencias T – 276 de 2012 y la T – 202 de 2018 de la Corte Constitucional.

Anotó que las implicaciones de la pandemia a raíz del Covid-19 sí repercute en la decisión del demandado de no retornar a la menor al estado de su residencia habitual, por cuanto no es lo mismo vivir en el municipio de El Peñol – Antioquia donde la tasa de contagios es del 0.01%, a diferencia de una ciudad de Miami – Florida donde ni siquiera respetan las medidas de bioseguridad.

Finalmente, reprochó la decisión del *iudex a quo* sobre el decreto de una nueva entrevista por el personal con el que contaba dicho ente judicial para obtener directamente la versión de la infante, y que no existió pronunciamiento

sobre las excepciones propuestas contra la pretensión de restitución internacional.

En consecuencia, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia; para que en su lugar no se ordene la restitución de la menor, dado que se evidencia que el retorno implicaría exponer a la menor a un grave riesgo de peligro físico, psíquico y además la pone en una situación intolerable. Así mismo la propia menor se opone a su retorno, por lo que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

RÉPLICA

Por su parte la interviniente adhesiva por conducto de su apoderado judicial, solicitó que se confirme la sentencia emitida por el Juez de primera instancia, toda vez que el demandado en su interrogatorio afirmó que había ingresado de manera ilegal a Colombia desde Ecuador, colocando en riesgo a la menor, la cual no tiene Visa Colombiana, ni tarjeta de identidad, además lo hizo sin autorización de su progenitora ni de la Corte de Miami – Florida, con el agravante de que el demandado tiene orden de arresto por incumplimiento a orden judicial en Estados Unidos y fue denunciado por el delito violencia intrafamiliar en Colombia.

Enfatizó que de la entrevista que rindió la niña en sede administrativa se demostró la existencia de síndrome de alienación parental *“ante el tiempo en que la menor LMVK ha estado conviviendo solo con su padre y la falta de comunicación causada por la conducta del demandado”*.

Agregó que la parte demandada no objetó, ni solicitó aclaración o complementación al concepto emitido por el psicólogo, ni tampoco por su propia iniciativa presentó otro dictamen diferente al adosado al plenario por la Comisaría de Familia de El Peñol, Antioquia, por lo que considera que éste no es el escenario para atacar las conclusiones de dicho profesional.

Señaló que la menor es ciudadana norteamericana y está sujeta a dicha jurisdicción, por lo que cualquier disputa

sobre custodia debe resolverse en su país de residencia habitual y no en Colombia como lo pretende el demandado.

Manifestó que en Estados Unidos existe inmunidad de rebaño respecto al COVID-19, debido a la vacunación superior al 60% de los habitantes de ese país, cuyas actividades están volviendo a su normalidad. Que la menor debe retornar antes del 14 de agosto de 2021 a su país de residencia habitual para comenzar el año escolar.

Finalmente solicitó se condene en costas y agencias en derecho al demandado en virtud de la duración del proceso, ante la interpelación desmedida de las decisiones adoptadas al interior tanto del trámite administrativo como judicial con la finalidad de dilatar. De igual forma se ordene la entrega inmediata de la menor a la Comisaría de Familia de El Peñol, Antioquia con el pasaporte norteamericano para iniciar las acciones ante migración Colombia.

AUTORIDAD CENTRAL

La Comisaría de Familia de El Peñol, Antioquia manifestó que las pruebas adosadas al plenario no fueron controvertidas por el demandado dentro de las oportunidades señaladas para ello.

Asimismo adujo que el demandado es quien está vulnerando el derecho de la menor a tener una familia y a no ser separado de ella, pues éste decidió trasladarla sin la autorización de su progenitora y retenerla de manera ilegal en Colombia, donde solo tuvo acceso al sistema educativo y de salud mucho después de su llegada a este país, pues solo a raíz de este proceso es que su progenitor gestionó dichas inclusiones.

En lo tocante a la excepción para negar la restitución consistente en que debe tenerse en cuenta la opinión de la menor, afirmó que en este asunto no opera porque de la entrevista psicológica se desprende que las respuestas que emitió la niña están permeadas por su progenitor, por lo que su opinión no es libre de presiones, coacciones y manipulaciones. En tal sentido solicitó la confirmación del fallo opugnado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador adscrito a la presente Corporación, presentó su intervención por escrito, en el cual, consideró que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

Fundamentó su posición en que desde el mes de julio del 2020 el padre incumplió con su acuerdo de cuidado y custodia suscrito por las partes en el convenio regulador matrimonial, al igual que sustrajo de manera ilegal a su hija de su país de residencia habitual, pues si bien el tiempo era compartido entre ambos padres, este no era ilimitado para ninguno de ellos, contrario a ello era rotativo y por semana.

Adujo que el depósito de los \$10.000 dólares, era para garantizar el retorno de la niña en el menor tiempo posible *"y el padre hasta el día de la audiencia que aquí se impugna, retuvo la menor por espacio de 9 meses, estando algunos de esos meses en el país de Ecuador; en ambos sin la debida autorización de su madre, y evitando que su madre tuviera contacto con su hija."*

Igualmente que es inverosímil lo expuesto por el demandado de que viajó a la ciudad de Quito- Ecuador con la infante para atender una emergencia de su actual esposa, sin informar de ello a la progenitora de la menor, pues era más factible *"trasladar la niña con su madre en Miami, que esta a escasas horas, que trasladarse a otro país con la menor, en un vuelo de mas de cinco horas y los gastos que ello conlleva"*, evidenciando dicho proceder el interés de sustraerla ilícitamente de su país de residencia habitual.

En cuanto a la opinión de la menor vertida en la entrevista realizada en sede administrativa, sostuvo que se evidencia *"una influencia negativa ejercida por el padre, con relación a representar la madre como una figura negativa para la niña, quien esta interiorizando dichas concepciones y se refiere a la progenitora con expresiones despectiva, e igualmente el señor Daniel Karin, no da información de ubicación y datos de contacto que permitan establecer contacto con la niña"*.

Adujo que siguiendo lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala Civil con ponencia del Dr. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA en la STC16106-2018, del 7 de diciembre 2018, las conclusiones a las que arribó el *iudex a*

quo sobre la entrevista de la menor no son caprichosas como las resalta el censor, por cuanto se denotó una influencia negativa y manipulación por parte del demandado hacia la infante respecto a su figura materna. "Por ello el riesgo o peligro endilgado a la madre frente a la niña, carece de sustento alguno, más aún cuando el propio padre ha creado una hostilidad injustificada y le ha alimentado un temor infundado hacia su madre."

Por lo anterior, manifestó que no puede abrigarse excepción alguna que impida a la autoridad judicial ordenar el retorno inmediato de la menor a su verdadero entorno familiar, social y cultura, esto es a Miami – Florida que a su vez es su lugar de domicilio y residencia habitual.

CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales están reunidos en este caso, y no se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta el presente procesal, de manera que se puede efectuar el examen del asunto litigioso para decidirlo de fondo.

En el *sub examine*, la discusión se circunscribe a determinar si: i) el traslado o retención de la menor L.M.V.K por parte de su padre puede ser considerado ilícito por violación del derecho de guarda que ejercen de manera conjunta los progenitores de ésta, aún cuando el demandado pagó el depósito según lo estipulado en el convenio regulador matrimonial suscrito por las partes aquí enfrentadas el 15 de septiembre de 2014, el cual fue aprobado por la Corte del Décimo Primer Circuito Judicial de Miami-Dade, Florida; ii) el *iudex a quo* desconoció la opinión de la menor al no haber decretado una nueva entrevista a aquella en sede judicial; iii) se presentó una inadecuada apreciación de la entrevista realizada a la menor por parte del grupo interdisciplinario de la Comisaria de Familia de El Peñol, e igualmente a los conceptos emitidos por éstos; y, iv) no hubo pronunciamiento en la sentencia sobre las excepciones propuestas por el demandado.

El artículo 42 de nuestra Constitución Política estatuye que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Por su parte el artículo 44 ibídem consagra que la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, son derechos fundamentales de los niños. Igualmente que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y que la familia la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integridad y el ejercicio pleno de sus derechos, prevaleciendo los derechos de los niños sobre los derechos de los demás.

El 25 de octubre de 1980, se suscribió entre varios Estados la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, debido a la recomendación dada a los Estados parte del Convenio de los derechos del niño adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobado en nuestra legislación mediante la Ley 12 de 1991. Surgió también por la creciente conformación de parejas de diferentes nacionalidades, y la facilidad en el desplazamiento a otros países que podrían propiciar el traslado ilícito de uno de los padres con su hijo menor. Dicho traslado relega a un segundo plano los intereses del menor a tener una familia y no ser separado de ella, así como los derechos del otro padre respecto a guardas y custodias, situación que comúnmente se presenta cuando las relaciones entre los padres se vuelven conflictivas y uno de ellos se lleva al menor con el propósito de impedir el acceso y la relación directa del otro con éste; conflictos frente a los cuales a la víctima del traslado ilícito de sus hijos se le dificultaba en sumo grado su recuperación.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-402 de 1995 declaró exequibles tanto el “*Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños*” suscrito en la convención de la Haya, como la Ley 173 del 22 de diciembre de 1994, aprobatoria del mismo, entendiéndose que se trataba de un instrumento que hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales, “*que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Igualmente impone a los Estados Contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor, de acuerdo con las leyes internas de cada país. (...) Con ello se busca proteger los intereses del menor sobre cualesquier otros, dando aplicación al principio del derecho internacional que consagra la prevalencia de los derechos de los niños (...)*”

Según el artículo 1º del Convenio de la Haya, define como su objeto asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante, y hacer respetar efectivamente en los otros Estados contratantes los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado contratante. Pretende proteger además las relaciones de familia y que las dificultades que se susciten en el seno de dicho núcleo se resuelvan bajo las leyes del país de residencia habitual.

El artículo 3º del Convenio mencionado dispone que para que un traslado o no retorno de un menor pueda considerarse ilícito debe existir: i) una violación del derecho de guarda, la cual pudo haberse asignado por ministerio de la ley, de pleno derecho, por una decisión judicial o administrativa, o de común acuerdo entre los padres, misma que puede ser ejercida por una sola persona, conjuntamente o por una institución u organismo, según la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso, o ii) se impide ejercer de manera efectiva el derecho de guarda.

Esta clase de procesos se compone de dos fases: la administrativa que se surte ante la Autoridad Central que para el caso de Colombia está a cargo del Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar¹; y la judicial que se adelantará ante los Jueces de Familia o Promiscuos de Familia, y donde no haya ninguno de esta especialidad, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales², competencia que tuvo varios cambios normativos. Actualmente se encuentra consagrada en el numeral 23 del artículo 22 del Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012.

Atendiendo lo previsto en el artículo 7° en concordancia con el 10° del Convenio, en la fase administrativa, la Autoridad Central deberá entre otras, recibir la solicitud e impulsar su trámite, localizar al niño trasladado o retenido ilícitamente, adoptar medidas provisionales en procura de evitar nuevos peligros tanto para el niño como para las partes interesadas, permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido, promover la entrega voluntaria del niño y, en caso de fracasar dicha solución, iniciar el trámite judicial.

Ahora, es la autoridad judicial a quien le compete adoptar la decisión definitiva de la restitución internacional del niño, en caso de no darse la entrega voluntaria. Para lo cual, deberá seguirse los lineamientos normativos establecidos para el proceso verbal sumario, excepto en lo que concierne a la única instancia.

A voces del artículo 12 del Convenio de La Haya, la autoridad judicial está obligada a ordenar el regreso inmediato del niño cuando no ha transcurrido más de un año entre el traslado o retención ilícita y la solicitud de restitución, pero en caso de que se haya superado dicho periodo podrá abstenerse de ordenar el regreso del menor cuando estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

No obstante lo anterior, el solo traslado ilícito no hace operante de manera mecánica el traslado del menor, habida consideración de que el artículo 13 del Tratado en mención,

¹ Resolución 1399 de 1998

² Artículo 1° de la Ley 1008 de 2006

establece que 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 hubiese 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 donde el niño residiere habitualmente a cerca de su situación social".

En el sub judice, la parte recurrente esbozó como uno de los puntos de disenso el concerniente a la interpretación que realizó el *iudex a quo* del Convenio regulador matrimonial que suscribieron las partes el 15 de septiembre de 2014 y que fue aprobado e incluido en la sentencia final de disolución de matrimonio proferida el 20 de octubre de 2014 por la Corte del Décimo Primer Circuito Judicial para el Condado de Miami-Dade, Florida, en lo que respecta a los viajes fuera del Estado de residencia habitual y al extranjero.

Para resolver el motivo de censura, es imperioso resaltar que el convenio aplicable al presente asunto, esto es, el suscrito en la Haya el 25 de octubre de 1980, no es de reconocimiento de decisiones extranjeras, ni mucho menos resuelve de fondo lo relativo a la custodia del menor, excepto cuando se determina que aquel no debe ser restituido al Estado de su residencia habitual, es así como la real finalidad de dicho convenio es regular un sistema de cooperación de autoridades para el retorno inmediato del menor, y en tal sentido el artículo 14 de la Ley 173 de 1994

aprobatoria del Convenio suscrito en la Haya, consagra lo siguiente:

“Con el fin de determinar la existencia de un traslado o de un no regreso ilícitos en el sentido del artículo 3º, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido podrá tener en cuenta la legislación y las decisiones judiciales o administrativas reconocidas de manera formal o no en el Estado donde el niño residiere habitualmente sin tener que recurrir a los procedimientos específicos sobre la prueba de esa legislación o por el reconocimiento de decisiones extranjeras que de otro modo serían aplicables.”

Así las cosas, según el precepto memorado, el convenio regulador matrimonial suscrito por las partes aquí enfrentadas, y que fue incluido en la sentencia final de disolución del matrimonio proferida por la Corte del Décimo Primer Circuito Judicial para el Condado de Miami-Dade, Florida, donde consta todo lo relativo a la custodia de la menor, no requiere ser sometido al trámite de exequátur, si no que basta con que dicha decisión extranjera sea presentada en su idioma original acompañada de una traducción al idioma oficial del Estado requerido.

Ahora, en dicho medio suasorio, esto es, en la sentencia proferida por la Corte de Miami, Florida, dentro de la causa de disolución de matrimonio celebrado entre el demandado y la interviniente adhesiva, se ordenó que el país de residencia habitual de la menor es Estados Unidos, específicamente en el Estado de Florida.

En el plan de crianza contenido en el Convenio Regulador Matrimonial, se estableció que aquél *“es una determinación de custodia de la hija”*, y que la patria potestad sería ejercida por ambos padres. Sobre los viajes fuera del Estado y al Extranjero se acordó *“Cualquiera de los padres puede viajar dentro del Estado de Florida con el niño durante su tiempo compartido. El progenitor que viaje con la niña debe darle al otro aviso de al menos 1 día por escrito antes de viajar, salvo que haya una emergencia, y debe proporcionarle al otro un itinerario detallado, incluyendo ubicaciones y números de teléfono donde la niña y el progenitor puedan ser contactados al menos, al menos 3 días antes de viajar. (---) Los familiares del Padre viven en Alemania. El padre puede viajar fuera de los EE.UU., a Alemania, de vez en cuando durante 3-4 semanas de vacaciones con la niña. El padre*

proporcionará al menos 7 días de aviso previo a su viaje con ella. El padre proporcionará un itinerario detallado, incluidos los lugares y los números de teléfono donde se pueda localizar a la niña y al padre durante el viaje. Cada progenitor se compromete a proporcionar toda la documentación necesaria para que el otro padre lleve a la niña fuera del país. (---) Si los padres no están de acuerdo con otros viajes fuera del país que no sean los viajes descritos a Alemania, el progenitor que desea viajar fuera del país con la niña deberá proporcionar la seguridad para el regreso ella y deberá pagar un depósito de \$10,000 al Registrador de la Corte, o proporcionar prueba de fianza por \$10,000 para asegurar el regreso de la menor. Un progenitor que mantiene a su hijo fuera del país en contra de una Orden Judicial o un acuerdo escrito pierde todos los derechos de tiempo compartido.”

A su vez, debe traerse a colación la recomendación del Magistrado General de la Corte del Décimo Primer Circuito Judicial para el Condado Miami -Dade, Florida, el 10 de octubre de 2019 ante solicitud elevada por el aquí demandado de modificación de la responsabilidad parental y el plan de crianza, el tiempo compartido y la manutención de la menor, para lo cual dicha autoridad informó y recomendó, entre otras cosas, “5. Que el período de verano de las partes se dividirá de la siguiente manera: el Demandante Daniel Karin compartirá el tiempo con la menor todos los años desde el 12 de julio hasta cinco (5) días antes de que comiencen las clases, siguiendo el el calendario escolar del Condado. La Demandada Yanara Vega ejercerá el tiempo compartido con la menor todos los años desde el día posterior al último día de clases hasta el 11 de julio.” Informe ratificado y aprobado el 29 de octubre de 2019 por el Juez del Condado Miami -Dade, Florida.

Además, la parte demandada adosó al plenario como medio de convicción, copia del “DEPÓSITO DE SEGURIDAD POR DEVOLUCIÓN DEL MENOR” que efectuó dicha parte el día 05 de julio de 2019 ante la Corte del Décimo Primer Circuito Judicial para el Condado de Miami-Dade, Florida.

Ahora bien, es diáfano para esta Sala que ambos padres ejercen la patria potestad de la menor aquí involucrada, la custodia es compartida, y según el “plan de crianza” aludido en precedencia, también gozan de tiempo compartido con aquella, pues esos términos fueron los pactados en el convenio regulador adosado al plenario, frente al cual las partes no realizaron reparo alguno, suscitándose únicamente controversia en lo atinente a la

interpretación sobre las condiciones para las salidas al extranjero con la menor, lo que denota en gran medida la ilicitud del traslado.

En relación con la interpretación del acápite de dicho Convenio referente a las salidas al extranjero, debe hacerse de manera conjunta y no desarticulada, tal y como lo pretende hacer la parte demandada, pues si allí se establece el cumplimiento de ciertos requisitos para viajar con la menor dentro de su Estado de residencia habitual, así como los que se realicen al país de Alemania, con mayor razón tienen que cumplirse con los mismos cuando su intención es salir con la menor fuera de los Estados Unidos a un país diferente a Alemania, sin acuerdo entre los padres; es decir, aviso al otro progenitor del destino, itinerario, lugares a visitar y números de contacto, pues si bien no existe la literalidad de los lineamientos que debe seguir el padre frente a esta última hipótesis de viaje, por encontrarse planteada en un párrafo siguiente, se sobreentiende que dicho proceder está implícito pues este enunciado bien comienza "*Si los padres no están (sic) de acuerdo con otros viajes fuera del país que no sean los viajes descritos a Alemania*", quiere ello decir que previamente debe existir un aviso al otro progenitor de lo pretendido, frente a lo cual surgirá el asentimiento o negativa por dicho padre para realizar el viaje, y al no contarse con la aquiescencia de éste, el que pretenda hacer el periplo en las condiciones expuestas, deberá asegurar el regreso del menor con el depósito o fianza de los 10.000 USD. Así las cosas, todas las diversas hipótesis de viaje establecidas en dicho numeral no pueden ser interpretadas de manera aislada y sin coherencia frente a la situación que se pretendía proteger con dicho plan de crianza, donde quedó consignado que la responsabilidad parental y toma de decisiones respecto a la menor sería compartida en pro del interés superior del niño.

Así las cosas, aunque el demandado emprendió el viaje con la menor a Quito – Ecuador aproximadamente el 14 de julio de 2020, periodo del verano que le correspondía según la modificación al plan de crianza, no le era dable sustraer a la menor de su residencia habitual violentando el derecho de guarda que le fue asignado a ambos progenitores y

frente al cual debían cumplir todas las disposiciones compiladas en el plan de crianza contenido en el Convenio regulador matrimonial, mucho menos justificando su proceder con una interpretación errada frente al protocolo establecido de manera libre y voluntaria por los progenitores de la menor aquí involucrada frente a los viajes con la menor a otros países diferentes a Alemania.

Asimismo, es pertinente agregar que aunado al desplazamiento de la menor de su residencia habitual violentando e impidiendo el ejercicio de guarda por parte de su progenitora, el demandado afirmó en diligencia de persuasión a retorno voluntario que se surtió ante la Comisaría de Familia de El Peñol, que posteriormente en el mes de septiembre de 2020 desplazó nuevamente a la menor de Quito – Ecuador hacia Colombia; sin que obre prueba en el dossier de que la progenitora haya tenido conocimiento de dicho desplazamiento ni mucho menos que lo haya autorizado, pues contrario a ello esta última adelantó una moción de emergencia ante la Corte que conoce del asunto de familia en el condado de Miami -Dade, Florida, e igualmente el 10 de octubre de 2020, radicó solicitud de restitución internacional de la menor ante el país de Ecuador, por lo que se infiere que el progenitor de la menor pretendía mantenerla relegada de su madre, vulnerando su derecho de guarda.

Por lo anterior, la interpretación que realizó el *iudex a quo* sobre el convenio regulador matrimonial aprobado en la sentencia final de la disolución de matrimonio proferida por el Juez del Circuito División Familia de la Corte del Décimo Primer Circuito Judicial para del Condado de Miami-Dade, Florida, fue acertada y en tal sentido se despachará desfavorablemente los argumentos expuestos por el censor respecto a dicho punto de disenso.

Otro segmento de disconformidad por parte del recurrente, se centra en el desconocimiento de la opinión de la menor al no haberse decretado una nueva entrevista en sede judicial, para lo cual refulge diamantino que este no es el escenario para controvertir las decisiones que se hayan adoptado entorno a dicho medio probatorio, pues de las actuaciones surtidas en primera instancia se avizora que

la parte demandada solicitó en la contestación de la demanda la práctica de una nueva entrevista a la menor, solicitud probatoria que fue decidida en auto de 30 de marzo de 2021, donde se denegó su recepción, en atención a que la menor ya había sido escuchada en la sede administrativa, sin que el togado interesado en dicho medio suasorio interpusiera recurso alguno encaminado a derruir lo decidido en tal sentido.

Por lo que sin más elucubraciones, no se acogen los fundamentos de la censura entorno a dicho tópico.

Respecto al reclamo del recurrente atinente a la inadecuada apreciación por parte del Juez cognoscente de la entrevista realizada a la menor por parte del grupo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de El Peñol, y la valoración de los conceptos emitidos por éstos, es preciso acotar que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todas las actuaciones administrativas, judiciales o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, si bien es protegido tanto por las normas nacionales como supranacionales, debe dársele una connotación relacional con el contexto familiar, social y cultural que envuelve la cotidianidad del menor, es así como en pro de mantener una posición garantista del interés superior del niño, dicha opinión debe ser valorada en conjunto con los otros medios persuasivos, de acuerdo con los postulados de la sana crítica y a su grado de madurez.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-202 de 2018, además de desarrollar el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en cualquier proceso administrativo o judicial, y hacer un recuento de los tratados internacionales y normas que subyacen tanto en el ámbito constitucional, sustancial y adjetivo sobre dicho derecho, expuso sobre la valoración de las opiniones de dichos sujetos de especial protección, lo siguiente:

"(...) los menores de edad que se encuentren involucrados en un proceso de restitución internacional, tendrán derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Su opinión deberá ser tenida en cuenta en función de su grado de madurez, el cual está asociado al entorno familiar, social y cultural en el que los menores se desenvuelven"

Y más adelante dijo:

"(...) esta Sala de Revisión considera de suma relevancia destacar, que en razón a la singular finalidad del Convenio de La Haya de 1980, el derecho de los menores a ser escuchados no implica una adherencia irrestricta o una sumisión irreflexiva a sus deseos o manifestaciones.

"(...) En ese sentido, la aplicación de la excepción contenida en el literal b) del artículo 13 solo sería posible cuando la manifestación de la voluntad del menor sea cualificada, es decir, cuando no se observe limitada a la exteriorización de la preferencia por vivir con uno u otro de los progenitores, sino al reintegro al país de residencia habitual. Por tanto, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar.

"(...) Se debe tener en cuenta, que admitir una desactivación automática del mecanismo restitutorio, por la mera manifestación sobre la preferencia de vivir en un lugar determinado, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la Comunidad de Naciones, a merced de una opinión del menor no cualificada, que es en últimas a quien se pretende proteger."

Ahora, en el presente asunto, de la entrevista realizada a la menor L.M.V.K por parte del grupo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de El Peñol, Antioquia, se colige de algunas de las respuestas a las preguntas realizadas a la infante lo siguiente: que vive con su padre y le gusta estar con él, que le gustaría vivir con él porque le compra muchos juguetes y la acompaña. Asimismo dijo que su progenitor hace todo lo que ella quiere lo cual le gusta, que aquí puede "hacer más lo que quiera"; dijo que le gusta todo del lugar donde vive, y que "acá en Colombia me gusta", agregó "me gusta mucho todo acá donde estoy y la calle de Colombia a mí me gusta quedarme acá". En relación a su madre dijo inicialmente "Yo no tengo mamá mi papá es mi mamá y mi papá es mi papá" posteriormente al ser inquirida nuevamente por su figura materna, respondió "¿Cómo lo sabes, que tengo una mamá muy negra, cómo lo sabes?" "Y mi papá no me regaña, él le dijo que le dijera eso, eso es muy importante", asimismo dijo que no hablaba con su madre,

pero luego manifestó que lo hacía cada mes. Seguidamente empezó a reconocer a su madre indicando que su nombre es Yanara, que le da *"un poquito pena y rabia"* hablar de su mamá por es brava y muy mala con ella y con su papá porque *"Eh la negra mando (sic) a los policías que él vaya a la cárcel"*, agregó *"Antes ella era más tranquila, más juiciosa y me daba un cuarto muy hermoso y ya en este añito ya no fue juiciosa y ella empezó muy brava con nosotros, ella empezó nosotros no empezamos y ella decía que mi papá se iba para la cárcel siempre pero la negra me quiere mucho a mi (sic)"* La menor manifestó que su madre tiene *"un bebe (sic) y para él es todo"* y que a ella no le celebra ni el cumpleaños, asimismo dijo que su madre le pegaba con una correa en la cara. Refiere que no le gusta que su madre sea negra, pero luego dijo *"yo la extraño a ella y mi papá me dice que ya no puedo volver jamás y yo llore porque cuando uno extraña llora"*, que le gustaría hablar más con su mamá, pero su padre le dice que cuelgue que *"ella es mala"*, que habla con su madre por el teléfono de su padre. Con relación al actual compañero sentimental de su progenitora manifestó que le genera rabia algunos hábitos de falta de higiene, y respecto a los presuntos riesgos de carácter sexual, respondió a las preguntas que, dicho sujeto solo tenía contacto físico con aquella cuando tocaba sus manos y brazos, que la menor nunca ha tocado el cuerpo de dicho sujeto ni lo ha visto desnudo. Finalmente manifestó que le da rabia con su madre y compañero sentimental porque quieren que haga lo que ellos dicen, y señaló nuevamente extrañar a su mamá, pero que aquella es muy grosera.

En el concepto emitido por los profesionales que realizaron la entrevista a la menor, se dejó sentado lo que pasa a verse:

"(...) se observa ubicada en tiempo y espacio teniendo reconocimiento del contexto reflejando un estado de alerta adecuado y mostrando buena capacidad de conciencia y argumentación respondiendo en general, con coherencia y fluidez a las preguntas realizadas.

Llama la atención la posición de ambivalencia respecto de su figura materna a quien por un lado señala extrañar expresando su deseo de compartir de forma regular con esta y por otro la identifica como una persona que le genera sentimientos de rabia y temor, además a partir de lo observado en el discurso de la niña no se

evidencia la existencia de un vínculo afectivo sólido entre esta y su madre negando incluso en ocasiones su existencia.

(...) utiliza palabras despectivas para referirse a su madre observando algunas conductas que podrían ser catalogadas como racistas toda vez que refiere molestia por el color de piel de su madre, reflejando marcada resistencia y dificultad para hablar de ésta.

En cuanto a una posible situación de violencia sexual ejercida por el compañero sentimental de su madre se realizan preguntas puntuales (...) buscando indagar sobre este hecho, sin embargo en las respuestas brindadas no se identifica ninguna situación de este orden.

Frente a la relación con su padre, claramente (...) lo identifica como su principal figura de afecto y representación, sin embargo se observan algunas falencias en cuanto al establecimiento de normas y límites claros que regulen la conducta (...) incurriendo en una actitud permisiva que puede generar problemas comportamentales.

Sumado a esto, resulta claro, atendiendo a varias de las respuestas brindadas (...) que su padre ha contribuido en el distanciamiento emocional y físico que hay entre (...) y su madre impidiendo que estas puedan compartir y establecer una comunicación más cercana y permanente, además de ejercer una influencia en la representación negativa que la niña ha construido de su madre.

Por último, se aprecia un desarrollo emocional y cognitivo adecuado sin afectaciones evidentes que puedan comprometer el desarrollo, tampoco se observan conductas negligentes por parte del señor Daniel quien se muestra preocupado por el bienestar de su hija asumiendo con responsabilidad su rol aunque en las falencias normativas antes referidas."

Además de lo anterior, en el acta de verificación del cumplimiento de los derechos de la menor aquí involucrada, que se suscitó en la fase administrativa, en el acápite de los factores de riesgo se dejó sentado por los profesionales en las ciencias del comportamiento, en lo tocante con la entrevista de la menor, que ésta asume una posición ambivalente en relación a la figura materna, existencia de dificultades para referirse a su madre incurriendo en ocasiones en un discurso poco coherente, que el progenitor no ha propiciado espacios para fortalecer los lazos materno-filial, que se evidencia que "el padre infunde conceptos negativos que desdibujan la figura materna", y que la

menor realiza comentarios racistas sobre el color de piel de su progenitora.

Asimismo, se recibió la declaración del Psicólogo que realizó la valoración psicológica de la menor L.M.V.K en la verificación de sus derechos, quien expuso que la ambivalencia exteriorizada por la menor en la entrevista respecto a la figura materna, se debe según las respuestas de la menor a la influencia del progenitor que ha generado en la menor una representación negativa de su madre. Agregó que debido al tiempo que lleva la menor en este país (alrededor de 7 meses) y al poco contacto óptimo que ha tenido con su madre, la menor ha interiorizado una representación negativa de su madre. Consideró que sería un riesgo que la menor permanezca en este país con el padre sino se brinda espacios de calidad entre la menor y su progenitora para que consoliden el vínculo filial, pues de no ser así se anularía la relación entre éstas, máxime cuando se evidencian las influencias negativas sobre la figura materna por parte del padre.

Ahora, de todo lo expuesto, se denota que la determinación del *iudex a quo* de no valorar la voluntad de la menor por no ser libre, espontánea y exenta de vicios, fue acertada. Ello por cuanto del acervo probatorio recaudado, se evidencia que la voluntad de la menor de permanecer en Colombia, gira en torno al estrecho vínculo que tiene con su progenitor, el cual es altamente emocional, del que ha se beneficiado el demandado para repercutir en la representación que tiene la menor sobre su madre, quien sería la figura con la que la menor retornaría a su país de residencia habitual. También es pertinente precisar que la opinión de los menores que debe ser valorada al interior de estos procesos de raigambre internacional, no se supeditan a la verificación de cuál de los padres está en mejores condiciones para tener los cuidados del menor, ni mucho menos con cuál de los padres el menor tiene mejor relación afectiva, pues se itera que estos procesos no están relacionados con la definición de la custodia de los hijos, sino sobre la restitución del menor que ha sido sustraído de manera ilícita de su país de residencia habitual, pues siendo el caso de una disputa legal por temas relacionados con los

derechos de custodia o visitas deben ser resueltos por la autoridad del Estado de residencia habitual del menor.

Respecto a la excepción formulada por el demandado íntimamente ligada con la opinión de la menor, frente a la que se duele por no haber sido resuelta por el Juez de conocimiento, no se requiere de mayor trabajo intelectual para deducir que dicha excepción fue examinada y rechazada por aquél.

Frente al último motivo de censura, relativo a la omisión del *iudex a quo* de resolver las excepciones formuladas por el demandado para la restitución de la menor a su país de residencia habitual, se encuentra infundado dicho reparo, toda vez que a lo largo de la providencia confutada se resolvieron las excepciones relativas al derecho de guarda, donde se determinó que ambos progenitores ejercían conjuntamente el mismo, que no se demostró el riesgo en el retorno de la menor a su país de residencia habitual, y finalmente sobre la oposición de la menor se expuso ampliamente lo concerniente a su valoración.

Colofón de lo expuesto, al no haberse probado alguna de las excepciones contenidas en el artículo 13 de la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, se confirmará la sentencia recurrida.

LA DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA CIVIL – FAMILIA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Se confirma la sentencia de fecha, contenido y procedencia, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo, proferida por el Juzgado

Promiscuo de Familia de Marinilla, Antioquia, en este proceso de Restitución Internacional de menores instaurado por la Comisaria de Familia de El Peñol, Antioquia a instancia de Yanara Vega Fatela y en interés de la menor LMVK en contra de Daniel Von Karin.

SEGUNDO: En firme esta sentencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutido y aprobado según consta en Acta No. 159

Los Magistrados,



TATIANA VILLADA OSORIO



CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL



OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA CIVIL – FAMILIA

Medellín, veintinueve de junio de dos mil veintiuno

Proceso	: Cesación Efecto Civiles Matrimonio
Asunto	: Recurso de Queja
Ponente	: 82
Demandante	: Devis Himerio Medina Medina
Demandado	: María Aracelly Lopera Builes
Radicado	: 05686318400120200006301
Consecutivo Sec.	: 592-2021
Radicado Interno	: 153-2021.

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver el **recurso de queja** formulado por la parte demandante contra la decisión emitida el 16 de marzo del año en curso, por medio de la cual el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Osos fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial, dentro del proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico incoado por Devis Himerio Medina Medina en contra de María Aracelly Lopera Builes.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Osos se presentó proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico celebrado entre María Aracelly Lopera Builes y Devis Himerio Medina Medina.

2. Contestada la demanda y luego de fijarse en lista del 5 de marzo de 2021 las excepciones de mérito presentadas, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial en tanto que la parte demandante no se pronunció sobre aquellas (Archivo 10).

3. La apoderada de la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de aquella providencia aduciendo que no se había surtido el traslado respectivo de la actuación de la parte demandada. (Archivo 11).

4. El 5 de abril del año en curso, se resolvió el recurso de reposición y se negó el de apelación interpuesto. Para decidir así, consideró el cognoscente que de las excepciones de mérito se había corrido el traslado respectivo a través de la fijación en lista, subida al TYBA el 5 de marzo de 2021, lo cual había sido enviado al correo electrónico de la apoderada de la parte demandante. Al considerar que la decisión recurrida no estaba en enlistada en el artículo 321 del Código General del Proceso, negó el recurso de apelación. (Archivo 13).

EL RECURSO DE QUEJA.

La impugnante interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, argumentando que la decisión a través de la cual se concedió el traslado de las excepciones se publicó de manera previa al auto que reconoció personería a la apoderada de la parte demandada, por lo que aquella fue desconocida.

Luego de dar el traslado respectivo al recurso de reposición presentado, a través de auto del 19 de mayo pasado, se mantuvo la decisión recurrida (Archivo 21).

CONSIDERACIONES

Como reiteradamente se ha sostenido, el recurso de queja previsto en el artículo 352 del Código General del Proceso tiene por finalidad permitir que el superior, con

abstracción de toda consideración acerca de los razonamientos de fondo expuestos por el juzgador, examine si su actuación es acertada en la negativa de conceder la alzada impetrada. Es decir, a esta instancia sólo compete, por virtud del recurso de queja, determinar si el auto cuestionado resiste o no el conocimiento del segundo grado de competencia, y si se interpuso en tiempo por quien tiene la legitimidad para impugnar la providencia.

Lo anterior significa que el recurso de queja se ha establecido para que el juzgador de segunda instancia conceda, si fuere procedente, el recurso de apelación negado por el de primera. De conformidad con el artículo 352 del C.G.P. este recurso procede, además, cuando se ha denegado el extraordinario de casación.

El Código General del Proceso reglamenta el recurso de alzada en los artículos 320 a 330. De la normatividad en comentario es dable concluir que todas las sentencias son susceptibles de apelación salvo las de única instancia y las que se dicten en equidad. Pero, en materia de autos, rige el principio de la especialidad, conforme al cual **solamente son apelables los autos que expresamente consagre el Código en el artículo 321 o en normas especiales, y ningún otro**. Conforme con lo anterior no caben analogías porque, justamente, tratándose de providencias interlocutorias este recurso tiene carácter restrictivo.

El artículo precitado establece la procedencia de la apelación de los siguientes autos proferidos en primera instancia:

1. *El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas.*
2. *El que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros.*
3. *El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*
4. *El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.*
5. *El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva.*
6. *El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva.*
7. *El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*

8. *El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.*
9. *El que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que la rechace de plano.*
10. *Los demás expresamente señalados en este código”.*

2. En el caso en concreto, lo atacado se circunscribe al auto mediante el cual se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial. Argumentó la parte demandante, que no se le había dado traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda y por tanto no se podía proceder de dicha manera.

La decisión recurrida no está enlistada en los autos apelables de que trata el artículo 321 del Código General del Proceso, tampoco existe disposición especial de la cual se pueda inferir la procedencia del recurso de apelación frente al auto que señala fecha para llevar a cabo aquella audiencia. En virtud del principio de taxatividad que rige la apelación, la decisión atacada no es pasible del recurso de alzada y por tanto se advierte bien denegada la apelación.

3. Conclusión. En las condiciones dichas, el auto apelado no es pasible del recurso de alzada; en consecuencia, se impone que esta Corporación considere bien denegado el recurso de alzada.

DECISIÓN.

De conformidad a los razonamientos precedentes, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión emitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Santa Rosa de Osos el pasado 16 de marzo.

SEGUNDO: No se impone condena en costas en esta instancia, porque no se causaron.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

TATIANA VILLADA OSORIO
Magistrada

Firmado Por:

TATIANA VILLADA OSORIO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO
SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 004 CIVIL -
FAMILIA DE ANTIOQUIA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f3d207ea951068d239906d6e8b19f8e4d5c7819529
e60d7087f2d715fac166e7

Documento generado en 29/06/2021 02:24:27 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>