

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil
veintidós (2022).

Ref: Exp. 25754-31-10-001-2021-00815-01.

Con arreglo a lo dispuesto en el decreto 806 de 2020, decídese el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 14 de diciembre del año anterior proferida por el juzgado de familia de Soacha dentro del proceso de restitución internacional de menores incoado por José Antonio Quevedo Barbarisi contra Ilse Jormani Mojica Romero, teniendo en cuenta para ello los siguientes,

I.- Antecedentes

El demandante, a través de la oficina de relaciones consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, el 24 de mayo del año anterior, solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en aplicación del Convenio de la Haya de 1980, proceder con la solicitud de restitución internacional de su menor hijo J.M.Q.M., de 3 años de edad, a su lugar de residencia habitual en dicho país; adujo como sustento, que siempre habitaron en Venezuela hasta el 19 de diciembre de 2018, que decidieron viajar a la ciudad de Bogotá en búsqueda de mejores oportunidades laborales, pero debido a la pandemia debieron regresar a su país de origen; no obstante, la madre del niño Ilse Jormani Mojica Romero, no estuvo de acuerdo con el regreso y para expresar su frustración tomó la decisión de abandonar el hogar e impedirle el acercamiento con su hijo, por lo que

acudió ante la fiscalía 13 del Ministerio Público del Estado de Miranda, con el fin de intentar una mediación, la que no fue posible porque la demandada decidió sustraer de manera ‘irregular’ a su pequeño hijo, llevándolo sin autorización por vía terrestre al municipio de Soacha.

La Defensora de Familia del Centro Zonal de Soacha avocó conocimiento del trámite, dispuso la intervención por psicología y trabajo social al niño y su grupo familiar por parte del equipo interdisciplinario y que se adelantaran por parte de la progenitora las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del menor a su país, a la que se opuso ésta aduciendo que la convivencia ha estado demarcada por comportamientos agresivos del padre, quien ejercía violencia física y psicológica contra ella y sus hijos, tanto que bajo amenaza los obligó a devolverse con él para Venezuela y luego de arribar a ese país la mantuvo encerrada, hasta que pudo salir de la vivienda y buscó la ayuda de sus familiares, logrando arribar a Colombia el 16 de abril de 2021, como consta en las denuncias que interpuso en la comisaría de familia y en la fiscalía, donde le fue otorgada medida de protección; además, de regresar se desmejoraría la calidad de vida del niño pues el padre vive solo, no tiene quien lo cuide, ni tampoco estabilidad emocional y por la crisis que atraviesa el país, pues no habría forma de garantizarle su educación, salud y alimentos.

Así las cosas, procedió la citada autoridad a remitir las diligencias al juzgado de familia de Soacha para que, previo el trámite del proceso verbal sumario, se desatara la solicitud de restitución internacional formulada por el padre del menor, la que fue admitida por auto de 19 de octubre del año anterior, proveído en el que a su turno dispuso comunicar de su existencia al Ministerio Público y al Defensor de Familia asignados a ese despacho judicial.

Notificada la demandada, guardó silencio.

La sentencia desestimatoria de primera instancia, fue apelada por el demandante en recurso que, concedido en el efecto suspensivo y, debidamente aparejado, se apresta esta Corporación a revisar.

II.- La sentencia apelada

A vuelta del acostumbrado recuento del trámite procesal cumplido y de realizar algunas apuntaciones teóricas, hizo ver que si bien la progenitora del menor lo ingresó al país de forma ‘ilegal’, pues no contaba con la autorización del padre, ni lo hizo de manera regular, no debe perderse de vista que la restitución no opera de manera automática, sino que deben verificarse las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de éste, y lo que se tiene, de acuerdo con la valoración psicológica realizada por parte del equipo interdisciplinario de Bienestar Familiar al niño y a su entorno, es que se encuentra en óptimas condiciones de acuerdo con su edad, está escolarizado, no presenta factores de riesgo que afecten su integridad física o emocional, salvo por su falta de vinculación al Sistema de Salud, la que en efecto viene tramitándose, y tiene un fuerte y estrecho vínculo afectivo y de arraigo con su progenitora, sus hermanos y abuelos maternos, amén de la adaptabilidad al medio que lo rodea, de suerte que lo más aconsejable, en aras de garantizarle su derecho a tener una familia y no ser separado de ella es denegando la petición de restitución, para que permanezca con su madre mientras se regula lo relativo a las visitas y custodia, pues extraerlo de su entorno en esas condiciones sí podría aparejar consecuencias psicológicas para él, máxime que el progenitor tiene la facilidad de trasladarse al país para visitarlo y tener comunicación con su hijo a través de medios virtuales.

Como consecuencia, denegó la petición de restitución internacional, requirió a las partes para que voluntariamente acuerden la forma en la que el padre puede tener comunicación directa con su hijo y el régimen de visitas, así mismo a la progenitora a efectos de que facilite

la integración afectiva y personal entre el niño y su progenitor.

III.- El recurso de apelación

Aduce que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella debe proteger no sólo a la familia materna, sino también a la paterna, la que tiene las posibilidades económicas para que el niño viva en el municipio donde nació; en efecto, éste fue trasladado de manera irregular, sin permiso del padre y el hecho de considerarse que esté en mejores condiciones no puede ser pretexto para favorecer a uno de los padres y mucho menos para legalizar una situación que raya con el ‘secuestro’.

Consideraciones

La regla que en materia de restitución internacional de menores establece el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito en la Haya el 25 de octubre de 1980, ratificado por Colombia mediante la ley 173 de 1994, es la de que, en la eventualidad de que éstos sean trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante (literal a) del canon 1º), deberá ordenarse de forma inmediata su devolución *“al país de su residencia habitual”* entendiéndose que esa ilicitud tiene lugar *“cuando tales actos «se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención»; o «cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención» (artículo 3º)”*, siempre que *“en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento*

en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor” (Cas. Civ. Sent. de 20 de octubre de 2021, exp. STC13993-2021).

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido puede, empero, en casos de excepción, excusar “*la restitución del menor si... [quien] se opone... demuestra*» que: **a)** «*la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención*»; y **b)** «*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*» (canon 13); o si «*ello no fuere permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*» (precepto 20)” (sentencia citada).

Lo cual implica que el laborío de los jueces en tales casos debe enfilarse medularmente a verificar “*si el traslado o la retención son ilícitos, «lo antelado no significa que, ante la comprobación de una de las situaciones antes descritas el juez deba, sin mayores consideraciones, disponer la devolución del infante al país extranjero, por cuanto, antes es indispensable analizar si en el caso converge alguna de las eventualidades contenidas en la regla 13 ibídem*” (Sentencia STC13269-2016); y para ello los jueces han de constatar “*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)”, a lo cual cabe agregar que si el menor se ha “integrado a su nuevo medio social y familiar (inc. 2, art. 12)”, el juez podrá rehusar la restitución rogada (Sentencia T-202 de 2018).

La minoridad del infante, en primer lugar, es algo que aflora nítido del registro civil que el actor trajo a los autos, donde se constata que se trata de un niño de escasos cuatro años, lo cual es diciente en cuanto que esta primera exigencia aparece colmada; la custodia de los padres, en segundo término, no amerita mayores averiguaciones, pues siendo el padre y la madre quienes están debatiendo sobre la licitud del traslado del niño a Colombia, es ostensible que esa custodia, por ley, se encuentra en deferida de ambos, situación que torna estéril cualquier otra indagación al respecto; en lo que hace a esa tercera exigencia que hace la jurisprudencia, juzga la Sala que sí se presenta un escollo para considerarla cumplida en el evento, pues si para hablar de restitución internacional de un menor ha menester que efectivamente el menor haya sido sustraído del entorno social y familiar en que usualmente permanece, es decir, su residencia habitual, es muy difícil pensar en este caso que Venezuela fuera ese país en que el niño y, obviamente, sus padres, tenían fijada su residencia, es decir, como lo expresa Bonnecase, *“el asiento de hecho de una persona, en oposición al asiento de derecho, constituido por el domicilio”* (Bonnecase, Julien, Tratado elemental de derecho civil, Ed. Harla, págs. 132 y s.), o bien el *“lugar donde una persona habita o de manera regular está de asiento, ejerce su profesión u oficio o posee alguno de sus negocios o empleo”*, como alguna vez la definió la derogada ley 136 de 1994 en su artículo 183, ora comprendida como *“el hecho de vivir en un lugar determinado, cuya materialidad es perceptible por los sentidos y demostrable por los medios ordinarios de*

prueba” (Cas. Civ. Auto de 8 de junio de 2010, exp. 2010-0029800).

Claro, la noción se ofrece a diferentes apreciaciones sobre cómo debe entenderse ese concepto de residencia habitual; empero, de lo que no puede hacerse caso omiso al entrar a determinarlo, es que sea como fuere, siempre la constante en su definición estarán presentes un lugar geográfico o físico y la permanencia verificable de una persona en él, algo en lo cual, haya voluntariedad o no, debe necesariamente constatarse un vínculo; el que, en el caso de un menor, dependerá de la decisión que sobre el particular tomen sus progenitores, quienes, por obvias razones, teniendo en sí esos derechos que defiende la ley sobre ellos, como por ejemplo, la custodia y los derechos inherentes a ella, son los llamados a esa determinación, la que en las más de las veces, desde luego, estará dictada por el consenso entre ellos para definirla, asunto frente al cual no parece existir mayor controversia. La que sí surge, no obstante, cuando hay discordia entre los progenitores a ese respecto o, bien, en los eventos en que sobreviene la separación y no media acuerdo o decisión judicial o administrativa que determine en cuál de ellos quedará la custodia, eventualidad que, justamente, es la que tiene ocurrencia en el caso sub-examen, donde se advierten unas particularidades que, en verdad, ya para decirlo de una vez, impiden considerar que ese elemento a constatar para establecer si el menor fue traído ilícitamente al país, aparece corroborado en el caso.

Ciertamente, si desde el comienzo de la actuación el actor está subrayando que el grupo familiar se trasladó a Colombia en 2018, cuando el niño apenas contaba un par de meses, y que retornó a Venezuela obligado por esas circunstancias conocidas por todos debido a la crisis humanitaria generada por el Covid 19, aunque a disgusto de la madre, quien se oponía a volver a ese país, hecho que a la postre generó la desestabilización de la unión y, finalmente, la ruptura de la relación que existía entre ellos, no puede concluirse, sin una ponderación más consecuente

con las cosas, que ese presupuesto de la acción de restitución internacional del niño concorra en el evento, por supuesto que si es el propio padre quien en la narración de los hechos de la petición da cuenta de la existencia de ese conflicto en lo que concierne a la fijación de la residencia del grupo familiar, es imposible decir, sin mayores averiguaciones, que la residencia habitual del niño estaba en el país vecino; antes bien, los desencuentros entre la pareja en el establecimiento de la residencia de la célula familiar, en cuyo seno está la propia residencia del menor, exigían del propio actor un esfuerzo demostrativo mucho mayor al que emprendió, toda vez que, en entredicho, por sus propias palabras, aquello de la residencia, debía traer a la actuación pruebas macizas que indicaran que no obstante ese enfrentamiento, que dio inicio aquí en Colombia, antes de que partieran para Venezuela, la residencia habitual del niño quedó fijada en el país vecino, a pesar de que su estadía allí apenas alcanzó a extenderse por menos de dos meses.

Laborío que se torna inexorable no solamente porque de sus palabras surgen esa serie de interrogantes que demandan aclaración, sino del hecho de que ese relato, en lo que concierne a la existencia del conflicto con la madre del niño, es corroborado por ella misma al expresar su oposición a la solicitud, en particular cuando asegura no solamente que fue obligada por su compañero a volver a Venezuela a raíz de los inconvenientes que tenían por razón de la pandemia, sino forzada a permanecer allá, aseveraciones que, sin ningún atisbo, deben servir de referente para determinar si en verdad el niño tuvo en un momento dado su residencia habitual en el país de donde se pide su retorno; y no simplemente porque desde una perspectiva probatoria se adviertan esos elementos que hacen dudar que verdaderamente el niño hubiera establecido con sus padres la residencia allá, en el otro país, sino porque, decididamente, hay en medio de ese enfrentamiento algunos ingredientes que obligan a escrutar las cosas con perspectiva de género, algo que impera tanto la legislación interna como los instrumentos internacionales que regulan la materia.

Ciertamente, enmarcándose la situación en una de esas categorías sospechosas de que habla insistentemente la doctrina, sobre todo persuadido el Tribunal de que el conflicto entre la pareja trascendió a tal punto que el Instituto Autónomo de Policía del Estado de Miranda tuvo que darle a ella una medida de protección y seguridad, que le prohibía al solicitante acercarse al lugar de trabajo, estudio y residencia de la madre, es imposible desconocer el peso probatorio de sus afirmaciones, a sabiendas de que, precisamente ese enfoque de género a que se refiere la Sala, autoriza tener ese dicho como medio de prueba de las aseveraciones de la madre, como que, después de todo, analizar el problema jurídico con perspectiva de género no es otra cosa que *“analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial”*, algo que necesariamente amerita *“flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes”* (Sentencia T-012 de 2016).

Claro, según la información que obra en el proceso, el traslado del niño a Colombia no lo hizo la madre a través de los puestos de control migratorios, sino por una trocha; mas, si las cosas se miran tomando en consideración esas circunstancias en que viene haciendo énfasis la Sala, y obviamente sin perder de vista ese enfoque de género del que se viene hablando, es ostensible que mediando entre ella y el progenitor del niño esa disputa para la fijación de la residencia de la pareja y el niño, existiendo esa medida de protección que se aludió otorgada por el señalado instituto competente para esos efectos, lo menos que esperárase de una madre en esas difíciles circunstancias, acentuadas por los problemas fronterizos que de todos son conocidos, es que buscara una alternativa para ella y el bebé a fin de garantizar su subsistencia en las condiciones que ella consideraba las mejores, en Colombia; incluso, el hecho

mismo de huir prácticamente del entorno agresivo que generaba para la madre permanecer en Venezuela, es indicador de que en medio de ese enfrentamiento estaban presentándose circunstancias que necesariamente reclaman ese estudio de las cosas con la mentada perspectiva, por modo que, en esas condiciones, echarle en cara esto a la progenitora para decir que hubo ilicitud en el traslado del niño al país -que sí la hubo en su ingreso- no viene de ningún modo consecuente con ese cuadro que viene detallándose, menos sabiéndose que si algo dicta el comportamiento de una madre en la naturaleza, es la defensa a ultranza de su hijo, mucho más cuando esas acechanzas generaban en ella esa zozobra que se detecta en la medida de protección que había tenido en el país vecino.

La respuesta, pues, al caso, no puede ser favorable a las pretensiones del actor, algo a lo que se opone no solamente este enjuiciamiento que antecede, sino el hecho de que, aun de considerarse que el niño fue traído al país de forma ilícita y que por ese escaso mes y medio que estuvo en Venezuela con su familia cuando el padre decidió retornar a ese país alcanzó a fijarse su residencia allá, lo cual resulta claramente contradictorio, naturalmente que si el niño permaneció en Colombia durante sus primeros tres años de vida, hay que considerar que su residencia era este país y no el país contiguo, es clarísimo que el entorno social y familiar en que el niño estaba integrado no pudo ser jamás Venezuela, como que toda su corta existencia sugiere la certeza de que ese entorno no pudo ser otro que el que tenía aquél en Colombia, pues eso es algo sugestivo de que en esa dinámica socio-familiar, su verdadero arraigo e integración era con este país y no con su país de nacimiento.

Lo cierto, de cualquier modo, es que en la *“resolución de esta clase de asuntos, la pretensión del padre no puede concederse sin ponderar previamente la conveniencia y utilidad que ello puede representar para los menores, porque aunada a la calificación que en nuestro medio se le ha dado como sujeto de especial protección constitucional, dicho principio está incorporado en los*

tratados internacionales ratificados por Colombia, incluyendo el de la Haya que se invoca para el procedimiento en cuestión” (Cas. Civ. Sent. de 11 de abril de 2019, exp. STC4727-2019, reiterada en fallos de 30 de julio de 2020, exp. STC4970-2020 y 21 de julio de 2021, exp. STC9045-2021, por citar algunos), de modo que si lo que da lugar a ordenar la restitución consiste, justamente, en “el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor”. (MILLARES SANGRO Pedro Pablo. ‘Tratado de Derecho Internacional Privado’, Tomo II. Ed. Bosch, Barcelona, 1989)” (Sentencia C-402 de 1995).

Lo cual, ofrece otras aristas que vale la pena mencionar, pues repasando las escasas pruebas que hacen parte del haz demostrativo, bien podría decirse que no solo no hay esa prueba que se echa de menos que autorice pensar que Venezuela fue en un momento dado, en ese mes y unos días en que el niño y sus padres estuvieron allá después de trasladarse desde Colombia, sino que no hay claridad acerca de si en algún momento los progenitores pensaron en variar esa residencia habitual, para fijarla en el país requirente; el traslado está a la vista, mas no se sabe de ciencia cierta si ellos con el niño tenían o tuvieron la intención de permanecer allá el tiempo necesario para considerar que esa sería su residencia habitual; de haber sido así, ese regreso no se habría hecho tan pronto y menos en unas condiciones como las descritas.

Así, la restitución del niño no es opción por la que puede inclinarse el juzgador a sabiendas de que su residencia habitual no era, ni es, la del Estado requirente y, mucho menos, ante esos otros insumos presentes que dan cuenta de que una decisión en ese sentido, no sólo lo expondría a una situación intolerable porque implicaría

limitar la posibilidad de compartir con su madre, con quien según quedó acreditado tiene un vínculo afectivo muy estrecho o, en el peor de los casos, se le expondría a ella a una posible revictimización de verse obligada a regresar para estar con su pequeño.

A lo que debe añadirse, solo por abundar, que aun cuando el derecho a tener una familia y no ser separado de ella involucra también a la familia paterna extensa, lo que no puede soslayarse es que cuando lo que está en trasunto es el interés superior del menor, debe guardarse el “*equilibrio de sus derechos con los de sus familiares*”, pero “*si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes*” (Sentencia T-512 de 2017), algo que viene de perfecta aplicación en el caso de ahora, pues lo que resume del expediente es que el niño siempre ha compartido con su familia materna, ya que como lo aceptó el demandante, cuando vivieron aquí en el país lo hicieron en compañía de los hermanitos del niño y posteriormente de sus abuelos maternos, lo que explica por qué el vínculo ha sido más estrecho con ellos y no con sus abuelos paternos, máxime que en todo caso el padre tiene a su alcance un elenco de acciones tendientes a regular esos aspectos atinentes a la custodia y visitas del niño y que hoy por hoy el uso de las tecnologías permite ese acercamiento constante, de donde se sigue que no es que se les esté privando de ese derecho que tienen de compartir con su hijo y nieto, sino que en aras de preservar ese verdadero entorno familiar y social en el que el niño ha estado desde sus primeros meses de vida, lo más sensato es no extraerlo abruptamente de éste, pues ello sí implicaría desarraigarlo de su lugar de residencia habitual, con el único propósito de privilegiar el querer de su progenitor, algo que por supuesto no resultaría compatible con el interés superior del menor.

Lo dicho es suficiente para concluir que la sentencia apelada debe confirmarse; no habrá condena en costas, dado que ambas partes se encuentran cobijadas con amparo de pobreza.

IV.- Decisión

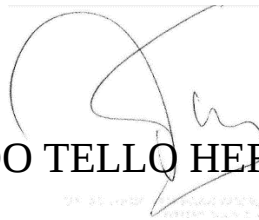
En mérito de lo expuesto, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Sin costas.

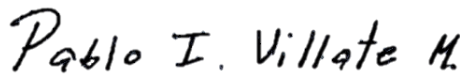
Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Esta decisión fue discutida y aprobada en sesión virtual de la Sala Civil-Familia de 24 de marzo pasado, según acta número 8.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ



PABLO IGNACIO VILLATE MONROY



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ