



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia

YAENS LORENA CASTELLÓN GIRALDO
Magistrada Sustanciadora

Proyecto discutido y aprobado según Acta N° 001

ASUNTO: APELACIÓN DE LA SENTENCIA DEL 3 DE NOVIEMBRE DE 2020.
RADICACIÓN: 08758-31-84-002-2019-00407-01 (00100-2020F TYBA).
PROCESO: RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.
DEMANDANTE: STEPHANIE DINA PENTO SALDARRIAGA A TRAVÉS DEL DEFENSOR DE FAMILIA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-.
DEMANDADO: LUIS CARLOS RODELO DE LA HOZ.
PROCEDENCIA: JUZGADO SEGUNDO PROMISCOUO DE FAMILIA DE SOLEDAD.

Barranquilla, veinticinco (25) de febrero de 2021

ANTECEDENTES

La señora STEPHANIE DINA PENTO SALDARRIAGA a través del DEFENSOR DE FAMILIA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF- incoó demanda de restitución internacional de menor respecto de los niños CARLOS ENRIQUE y DYLAN JOSUÉ RODELO PENTO, con el objeto de que sean devueltos a su domicilio habitual en los Estados Unidos.

Como sustento de su pretensión relató que los menores son el fruto de su relación con el señor LUIS CARLOS RODELO DE LA HOZ y que ambos cuentan con nacionalidad estadounidense, por lo que tenían su arraigo en ese lugar. No obstante, señala que en mayo del 2018 los envió a Colombia acompañados de su bisabuela ELVIA SALDARRIAGA a pasar vacaciones con su padre, pero que una vez aquí éste no los ha devuelto e incluso le impide tener contacto con ellos.

Indica que fue víctima de agresiones físicas y psicológicas por parte de su expareja, por lo que interpuso en su contra denuncia por lesiones personales y violencia intrafamiliar¹.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La solicitud de restitución fue radicada inicialmente el 8 de febrero de 2019 ante la AUTORIDAD CENTRAL DE LOS ESTADOS UNIDOS², quien dio traslado a la AUTORIDAD CENTRAL COLOMBIANA PARA LA APLICACIÓN DE CONVENIOS INTERNACIONALES – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, la cual fue remitida a la Regional Atlántico – Centro Zonal Hipódromo, atendiendo el lugar de residencia de los menores, avocándose conocimiento mediante auto del 29 de marzo de 2019³; en dicha providencia se ordenó, entre otras cosas, conceptos del estado de los menores desde el punto de vista psicológico y nutricional y escucharlos en entrevista psico-social.

De forma paralela, el padre de los menores inició también ante el ICBF Centro Zonal Hipódromo Regional Atlántico, trámite para la fijación de la custodia y cuidado personal de los menores, ordenándose en auto del 19 de febrero de 2019 el cierre de esa actuación atendiendo lo dispuesto por el artículo 16 del Convenio de La Haya de conformidad con el cual “Después de haber sido informadas del traslado ilícito de un niño o de su no regreso en el sentido del artículo 3º, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante a donde el niño hubiere sido trasladado o retenido no podrán resolver sobre el fondo del derecho de guarda sino hasta que hubiere sido probado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para un regreso del niño o hasta que no haya transcurrido un período prudencial sin que haya sido presentada una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”.

¹ Fls. 1 – 12 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

² Fls. 20 y 24 – 33 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

³ Fls. 90 – 92 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia

Posteriormente, el 4 de abril de 2019 se llevó a cabo audiencia de conciliación en la que el señor LUIS CARLOS RODELO DE LA HOZ expresó no estar dispuesto a regresar voluntariamente a los menores a los Estados Unidos, por lo que se consideró agotada la vía administrativa y se dispuso el envío de la actuación a los Juzgados Promiscuos de Familia de Soledad⁴.

El asunto fue repartido al Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Soledad, quien mediante auto del 19 de julio de 2019 lo admitió y decretó como prueba de oficio visita social a los menores, la que se llevó a cabo del 18 de septiembre de 2019⁵, y se ordenó la notificación al demandado⁶, quien a pesar de haber sido comunicado en debida forma, no contestó la demanda.

De forma subsiguiente, el 6 de marzo de 2020 se abrió el trámite a pruebas decretándose las solicitadas por la parte demandante y algunas de oficio⁷.

Luego, mediante proveído fechado 29 de mayo de 2020 el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Soledad declaró su incompetencia para continuar conociendo del asunto, pues el padre de los menores trasladó su residencia a la ciudad de Barranquilla⁸, remitiéndose el asunto al Juzgado Segundo de Familia de ésta ciudad, quien en pronunciamiento del 26 de junio de 2020 no aceptó la designación y provocó el conflicto de competencia⁹, el cual fue resuelto por la Sala Tercera Civil – Familia de este Tribunal, con ponencia de la Magistrada CARMINA GONZÁLEZ ORTÍZ, asignándosele el conocimiento del asunto a la primera de dichas Agencias Judiciales¹⁰.

El 23 de septiembre de 2020 se aportó al proceso “FORMATO DE VERIFICACIÓN DE GARANTÍA DE DERECHOS ALIMENTACIÓN, NUTRICIÓN Y VACUNACIÓN”, en el que se consignó por la Psicóloga del Centro Zonal Hipódromo – Regional Atlántico del ICBF en el acápite “10. Historia personal y familiar”, que ambos niños narraron “con su respiración acelerada y mirada de tristeza” que “el abuelo Jaime le tocaba las partes íntimas a Dilan”¹¹, persona con quien su madre los dejaba solos mientras ella estaba ausente, y que vivía al lado de su casa.

El 6 de octubre de 2020 se llevó a cabo audiencia inicial en la que se recabaron los interrogatorios de las partes y el testimonio de la señora IVONNA PATRICIA SÁNCHEZ SALDARRIAGA en su condición de abuela materna de los menores y se decretó una nueva visita social teniendo en cuenta el traslado de los niños junto con su padre de Soledad a Barranquilla. Dicha diligencia se continuó el 3 de noviembre de 2020 recabándose el testimonio de la bisabuela de los menores, señora ELVIA SALDARRIAGA, se declaró precluida la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, término del cual ambas hicieron uso a través de sus apoderados.

SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Cumplidas las etapas propias se dictó sentencia en dicha audiencia en la que se resolvió negar las pretensiones de la demanda y ordenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR adelante las investigaciones pertinentes y de ser el caso abra proceso de restablecimiento de derechos a favor de los menores, por los presuntos hechos de abuso sexual de los que posiblemente fueron objeto mientras se encontraban en los Estados Unidos.

Como sustento de su decisión la Juez A quo narró los hechos que rodearon la concesión del permiso que el señor LUIS CARLOS RODELO DE LA HOZ otorgó para que los menores CARLOS y DYLAN salieran del país con destino a los Estados Unidos con su madre, haciendo énfasis en que fue concedido mediante engaños pues la señora STEPHANIE DINA PENTO

⁴ Fl. 165 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

⁵ 184 – 187 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

⁶ Fls. 175 y 176 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

⁷ Fls. 205 – 208 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

⁸ Fls. 218 – 220 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

⁹ Fls. 221 – 223 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

¹⁰ Fls. 225 – 227 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

¹¹ Fl. 242 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia

SALDARRIAGA, por contar con nacionalidad de dicho país, prometió gestionarle la visa de prometido en aras de que aquel se estableciera allí, lo que nunca hizo, y por el contrario, usó esa oportunidad para dar por terminada su relación con él.

Adicionalmente, hizo énfasis en que los niños han establecido fuertes lazos afectivos con su familia paterna, aunado a lo cual ambos menores manifestaron preferir permanecer con su padre pues se sienten protegidos y no son maltratados, acotando que la edad de los niños no obsta para que dicho consentimiento sea tomado en cuenta ya que la psicóloga manifestó que su madurez va acorde con su edad y que se encuentran orientados en tiempo, modo y espacio, siendo capaces de asimilar la información de su entorno.

Así las cosas, señaló que los niños se encuentran integrados en el medio familiar con su padre, por lo que estimó procedente la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 12 de dicho Convenio.

De otro lado, habida cuenta los hechos de violencia sexual narrados por los niños, dio aplicación a la excepción estipulada en el literal b del artículo 13 del Convenio de La Haya.

EL RECURSO

La apoderada de la demandante interpuso apelación manifestando oralmente sus reparos contra la sentencia, los cuales amplió posteriormente en esta instancia al correrse traslado mediante auto fechado 18 de noviembre de 2020, en aplicación del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, exponiendo lo siguiente:

1. Afirma que como la solicitud fue radicada oportunamente, pues no había transcurrido 1 año desde la retención ilícita, la Juez no estaba facultada para estudiar la excepción de arraigo, añadiendo que el demandado no contestó la demanda, sin presentar prueba alguna que los menores se encuentren integrados a su ambiente en Colombia y lo que no se logra con el simple paso del tiempo.
2. Indica que la sentencia desconoció el material probatorio, sin tener en cuenta que los niños han convivido desde su nacimiento con su madre y no se analizó el proceder del padre, que consintió en que se radicaran en los Estados Unidos, dejó transcurrir casi 2 años sin iniciar acciones tendientes a obtener la restitución, no realizó trámite para obtener la visa y hay pruebas respecto a la violencia que irrogaba sobre la actora, exponiéndose a los menores a vivir con una persona con tales antecedentes.
3. Señala que los niños ingresaron a Colombia con un permiso para vacacionar y que al no ser retornados queda acreditada la retención ilegal y que se les mantiene alejados de su madre y del entorno familiar, social, cultural y académico del que hacían parte.
4. En torno a la manifestación de los niños de querer quedarse en Colombia señaló que no puede acogerse porque ellos no repudian la idea de regresar al país donde tenían su residencia habitual, conforme al literal b del artículo 13 del Convenio de La Haya.
5. Arguye que no se realizó un estudio de fondo a las valoraciones psicológicas de los menores, pues llama la atención que hayan expresado hechos con las mismas palabras.

Por su parte, el apoderado del demandado se opuso a la prosperidad del recurso, controvirtiendo sus reparos y afirmando que los elementos de prueba indican que la madre no ejercía de forma diligente el cuidado de los niños, ni tiene un proyecto de vida estructurado para ellos en Estados Unidos, contrario a lo que sucede con su padre en Colombia.

Afirma que quedó evidenciado que la señora STEPHANIE dejaba a los niños solos y en algunas ocasiones a cargo de un señor de nombre JAIME, quien presuntamente abusó sexualmente de ellos, por lo que debe darse aplicación al artículo 13 del Convenio de La Haya, al demostrarse que no se ejercía efectivamente la custodia al momento del traslado de los menores.



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia

Por último, señaló que la demandante aceptó que parte de la cuota alimentaria que suministra a los menores se destine a cancelar su educación, lo cual demuestra su aquiescencia a que permanezcan en Colombia.

Se procede a resolver, mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES

El Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, fue aprobado por Colombia mediante la expedición de la Ley 173 de 1994, regulándose con ello el traslado o retención ilícitos de los menores de 16 años y estableciéndose las condiciones para su restitución, contemplando la designación de una Autoridad Central en cada Estado contratante, encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio.

Dicho procedimiento consta de dos fases, una administrativa en la que se persigue la restitución voluntaria del menor, y que en Colombia debe surtirse ante el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR por haber sido designado como Autoridad Central en el país para tal fin; y en caso de que ello no se logre, una judicial reglada por la Ley 1008 de 2006 que estableció que tales asuntos deben tramitarse como un proceso verbal sumario, salvo en lo referente a la única instancia pues debe garantizarse el principio de la doble instancia, y asignándose posteriormente a través de la Ley 1098 de 2006 el conocimiento del asunto a los Jueces de Familia en primera instancia, y a las Salas de Familia de los Tribunales Superiores el conocimiento de la segunda (numeral 1°, artículo 32 del C.G.P.).

Descendiendo al asunto sometido al estudio de la Sala, se tiene que la señora STEPHANIE PENTO inició la restitución ante la Autoridad Central de los Estados Unidos en Washington, país en el que residía con sus hijos CARLOS y DYLAN desde octubre de 2016, por haber sido estos trasladados a Colombia y resistirse su padre a su devolución acordada. Habiendo fracasado la conciliación y por ende los intentos de restitución voluntaria, se dio inicio al trámite judicial, que culminó con sentencia desestimatoria de las pretensiones.

En ese orden, se observa que la demandante eleva varias críticas contra dicho fallo, relativas a la interposición oportuna de la acción, indebida valoración probatoria respecto a la integración de los menores al ambiente en Colombia, así como el proceder del padre y la relación con la madre.

En este orden, la Sala aborda primeramente lo relativo a la iniciación de la acción de restitución, advirtiéndose que el traslado de los niños hacia Colombia ocurrió el 20 de mayo de 2018, y el trámite fue radicado por la señora STEPHANIE ante la Autoridad Central de los Estados Unidos en Washington el 8 de febrero de 2019¹², quien a su vez la trasladó al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR el 11 de febrero de 2019, lo cual fue confirmado por esta mediante correo electrónico del 13 de febrero de ese mismo año¹³.

De conformidad con lo anterior, le asiste razón a la apelante en el sentido que radicó la solicitud de restitución antes de que se cumpliera un año contado a partir de la fecha del traslado de los menores a Colombia, que de todas formas no implica que automáticamente deba accederse a lo pretendido, como bien lo ha estipulado el inciso 2° del artículo 12 del Convenio de La Haya, que reza:

Art. 12.- Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3° y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato.

La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del

¹² Fl. 20 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

¹³ Fl. 105 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia

niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

Cuando la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido tuviere motivos para creer que el niño ha sido llevado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de regreso del niño.

Y fue precisamente esa disposición la tomada en cuenta por la A quo para adoptar su decisión, debiendo entonces remitirnos a los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente a efectos de determinar dicha integración.

En ese sentido, milita FORMATO DE VERIFICACIÓN DE GARANTÍA DE DERECHOS ALIMENTACIÓN, NUTRICIÓN Y VACUNACIÓN, en el que se consignó que ambos niños se encuentran estudiando, están afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS SALUDTOTAL, describiendo que tienen actitudes y pensamientos acordes a su edad¹⁴. De igual forma, su padre manifestó que los menores comparten con su familia paterna, esto es, con sus abuelos, tíos y primos, asistiendo a actividades familiares. Valga señalar que el bienestar de los niños fue ratificado con el testimonio rendido por la madre de la demandante, señora IVONNA SÁNCHEZ SALDARRIAGA, quien al preguntársele en diligencia de “¿Cómo observa usted el estado actual de los niños?”, respondió “No soy una profesional, pero yo los veo muy bien, es lo único que voy a decir”.

Ello fue ratificado por la Trabajadora Social conforme la prueba decretada por la Jueza de primera instancia, concluyendo en su informe que “Dylan y Carlos cuentan con red de apoyo, satisfacción de sus necesidades básicas se les ha brindado un entorno protector y garantía de sus derechos fundamentales a la salud, se encuentran afiliados al SGSS régimen contributivo de salud en la EPS Salud Total; garantía al derecho de la educación, se encuentran escolarizados, Dylan cursa transición y Carlos cursa 2º en la Institución Educativa Glen Doman, garantía al derecho de la identidad”¹⁵.

En punto a la demostración del arraigo del menor, la H. Corte Constitucional ha expresado:

“La determinación de si un menor se ha integrado o no a un nuevo centro de vida requiere del experticio de especialistas y profesionales idóneos de diversas áreas que permitan conocer su situación emocional y psicológica, único medio para conocer el alcance y la verdadera situación en la que se encuentra viviendo. Además, el uso de la palabra “nuevo” es significativo, y debe comprender el lugar, el hogar, la escuela, las personas, los amigos, las actividades y las oportunidades; no encontrándose allí comprendida la relación con el sustractor, pues se infiere que esta siempre ha existido de manera cercana y cariñosa. Es por ello, que los informes emitidos por los profesionales deben ser tenidos en cuenta como pruebas determinantes a la hora de demostrar el grado de integración del menor”¹⁶.

Entonces, a pesar que como lo expresa la apelante, el simple paso del tiempo no conlleva per se la integración del menor a este ambiente y que no fueron aportadas pruebas por el demandado, lo cierto es que si militan en el plenario elementos demostrativos al respecto, como son las actas de las visitas sociales practicadas, de las que puede desprenderse su acoplamiento a las condiciones de vida proporcionadas por su padre en Colombia.

Ahora bien, aunque los menores no manifestaron de forma expresa su repudio a volver a los Estados Unidos, como lo alega la opugnante, lo cierto es que CARLOS sí expresó su deseo de permanecer en Colombia con su padre pues “nunca han sido maltratado(s) por él, lo que ha generado confianza y deseo de seguir conviviendo con él. A diferencia de su madre quien le ha pegado con constancia”¹⁷. Tales manifestaciones coinciden con lo que el demandado expresó aquellos le dijeron, señalando que “cuando los niños llegaron de los Estados Unidos me dijeron a los 2 días, papi nosotros no queremos irnos a Estados Unidos más” y añadió que “los niños dijeron no nos vamos, mi mamá nos deja solos, mi mamá nos pega”.

Precisamente, sobre la posibilidad de escuchar a los niños no obstante su minoría de edad, se refiere el numeral 2º del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, al establecer que “2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en

¹⁴ Fls. 232 – 256 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

¹⁵ Fl. 256 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

¹⁶ Sentencia T-202 del 28 de mayo de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹⁷ Fl. 242 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala Primera de Decisión Civil Familia

todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, precepto recogido en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia.

Sobre este tópico, la H. Corte Constitucional ha señalado:

“Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que **la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.**

“**Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto.** En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”¹⁸.

Entonces, a pesar de la corta edad de los niños, lo cierto es que fueron consistentes en sus relatos, al señalar que su madre los dejaba solos y que les pegaba, siendo descritos por la Trabajadora Social como niños que “reconocen el rol que cada padre ha asumido frente a sus cuidados y la forma en que la han ejercido. Con su madre se observa resentimiento hacia el comportamiento y las situaciones presentadas en su vivir con ella, pero no se muestra desdibujada la figura materna la reconocen como su madre y la aceptan tal y como es”; como consecuencia de lo cual, se considera atinado el análisis hecho al respecto en la sentencia impugnada.

Entonces, no obstante la recurrente se apoya en la sentencia anteriormente citada a efectos de cuestionar la valoración de la opinión de los menores, así como para enfatizar que debe existir su repudio expreso a volver al país del que fueron sustraídos, lo cierto es que de un análisis integral de la misma frente a los supuestos fácticos de este asunto, se desprende que los menores fueron enfáticos en expresar su deseo de permanecer en Colombia, por lo que no se advierte error en la valoración que la Juez A quo hizo al respecto.

Igualmente, no existe evidencia que en algún momento el padre quisiera desprenderse del cuidado y crianza de sus hijos, pues si bien la madre viajaba a Estados Unidos en la etapa final de los embarazos, era para proporcionarles la doble nacionalidad y siempre retornaba a Colombia.

Observa la Sala que si bien se alega que los niños retornaron a nuestro país únicamente con un permiso para vacacionar, pero llama la atención que el demandado informara que la madre debía venir en el mes de agosto de 2018 a recogerlos y sufragar el costo de los pasajes de regreso, con lo cual no cumplió e incluso pasaron varios meses sin que se tuvieran noticias de ella, logrando establecerse contacto con la misma solo hasta el mes de septiembre de esa anualidad, en el cual aquella le manifestó que se encontraba en República Dominicana para realizarse una cirugía, la cual según lo manifestado en diligencia de testimonio por su bisabuela, señora ELVIA SALDARRIAGA, era de carácter estético y sin constancia que con posterioridad la madre viajara a establecer nuevamente contacto con sus hijos, siendo que ella cuenta con doble nacionalidad que le permite ingresar sin restricciones a Estados Unidos y Colombia.

También resulta relevante que el demandado declaró que no conocía las verdaderas intenciones de la progenitora al momento de otorgar el permiso, declarando el señor LUIS CARLOS que “ella siempre me dijo que me estaba solicitando, que ella estaba haciendo la solicitud de visa para que yo residiera con mis hijos”, lo que se corrobora con lo atestiguado por IVONNA SÁNCHEZ SALDARRIAGA, sobre las situaciones al momento del traslado de los niños a Estados Unidos, manifestando la deponente que la madre “empezó cuando llegó aquí a desahogarse y decirme lo que había sufrido en esos años con Luis Carlos y que los planes eran radicarse aquí en Estados Unidos con sus hijos y ponerse a trabajar y estudiar” y añadió que “Ella se vino fugándose y cuando llegó aquí se desahogó y dijo mami yo me quiero quedar aquí, yo no quiero regresar”.

¹⁸ Sentencia T-202 del 28 de mayo de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia

Ahora, si bien no desconoce la Sala la importancia de las manifestaciones de la señora STEPHANIE respecto a haber sido víctima de violencia intrafamiliar por parte del señor LUIS CARLOS cuando eran pareja, aportando denuncia instaurada en su contra el día 16 de septiembre de 2016¹⁹, así como de diferentes imágenes de chats sostenidos con él, la mayoría de ellos sin fecha y otros que datan del 25 de junio y 1 de agosto de 2017, y de la incapacidad que le otorgó el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES el día 19 de septiembre de 2016²⁰, lo cierto es que se trata de situaciones que solo han sido alegadas en este proceso, sin que se tenga constancia de los resultados de la denuncia incoada por la demandante, siendo dicho acto insuficiente para demostrar tales hechos de violencia. En todo caso, adviértase que los padres cuentan con la posibilidad de adelantar las acciones pertinentes respecto a la custodia de los menores, debiendo sopesarse en dicho escenario las consecuencias legales de tales hechos.

De todas formas, lo cierto es que en este escenario se busca la primacía de los intereses de los niños, quienes por su parte manifestaron sentirse protegidos por su padre, quien no los deja solos ni maltrata o golpea, actitudes que sí relataron respecto a su madre, como se expuso líneas arriba.

Además de lo expuesto, es oportuno enfatizar que tal y como lo argumentó el demandado al descorrer el traslado del presente recurso, la Juez A quo no solo encontró demostrada la excepción contenida en el inciso 2º del artículo 12 del Convenio de La Haya, sino también la estipulada en el literal b del artículo 13 de dicho Estatuto, que reza:

Art.13.- No obstante las disposiciones del artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare:

(...)

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.

En torno a ello, se tiene que durante la visita social realizada a los niños ambos manifestaron que la señora STEPHANIE los dejaba al cuidado de un señor de nombre JAIME, y que no estaban seguros de si era su abuelo, documentándose que CARLOS expresó “con su respiración acelerada y mirada de tristeza (...) que el abuelo Jaime le tocaba “las partes íntimas a Dylan” tema del cual no quiso seguir hablando, no quiso indicar mediante dibujo la parte exacta a la que él se refería”, mientras que DYLAN afirmó que “el señor Jaime le tocó sus partes íntimas en varias ocasiones”.

Por su parte la demandante al ser indagada sobre quién es el señor JAIME, relató que “Fue pareja de mi mamá durante 4 años, pero ya no están juntos, ellos le tenían mucho amor al señor Jaime, le decían abuelo” y añadió que “eran vecinos míos, ellos vivían en la casa de al lado”, aunado a lo cual aceptó haber dejado a los niños bajo su cuidado, indicando “yo trabajaba en un preescolar y durante el verano no hay trabajo en el preescolar, entonces yo tenía un trabajo medio tiempo que trabajaba de noche desde 11 de la noche hasta las 2 de la mañana y durante ese período mi mamá me cuidaba a los niños en su casa con el señor Jaime”.

Así las cosas, si bien no logró ahondarse en el decurso del proceso sobre el relato de los menores al respecto, lo cierto es que coincide con lo dicho por su madre frente a la existencia del señor JAIME y el rol que jugaba en sus vidas en los Estados Unidos, llamando la atención que no existió coincidencia entre el relato de la señora STEPHANIE, su madre IVONNA y su abuela ELVIA, en torno a quién se quedaba a cargo de los niños, pues a pesar de que las dos primeras narraron que la señora IVONNA cuidaba en ocasiones a los menores en compañía del aludido señor, la última afirmó que fue ella quien ejerció ese papel de cuidadora de forma exclusiva.

Es oportuno entonces reiterar que si bien no se ignoran los graves hechos de violencia que presuntamente cometió el señor LUIS CARLOS contra la señora STEPHANIE, lo cierto es que también se tiene registro en el proceso de posibles abusos a los que pudieron ser sometidos los menores mientras se encontraban conviviendo con su madre en los Estados Unidos, como consecuencia de lo cual es necesario sopesar tales aseveraciones, debiendo siempre primar los intereses de los menores de edad. Aunado a ello, es menester recordar que la decisión aquí

¹⁹ Fls. 60 – 62 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR

²⁰ Fls. 54 – 56 archivo RAD 407-2019 RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia

adoptada no obsta para que los progenitores inicien las acciones sobre custodia y patria potestad que estimen pertinentes, como bien lo ha precisado la H. Corte Constitucional en asuntos similares, así:

“Para finalizar, es importante resaltar que este tipo de decisiones no tienen por objeto dilucidar cuál de los progenitores se considera o resulta más apto para ejercer la guarda o tenencia del menor. La finalidad de estas actuaciones corresponde al otorgamiento de soluciones urgentes enfocadas en restablecer el *statu quo* del menor sustraído o retenido ilícitamente. Dicho objetivo, no constituye un impedimento para que los padres discutan las cuestiones inherentes a la custodia por las vías procesales pertinentes(...)”²¹.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no están llamados a prosperar los argumentos esgrimidos por la parte demandante tendientes a enervar los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta que durante el proceso fueron los mismos niños quienes se encargaron de expresar haber sido presuntamente sometidos a una situación que vulnera flagrantemente sus derechos, y que impide acceder a la restitución deprecada por la madre. Y, si bien la opugnante cuestiona que ambos menores se hayan referido al hecho con similares palabras, no existe evidencia en el plenario que denote fueron inducidos a ello.

Además, a pesar de que se duele la recurrente de que la Juez de primera instancia fue la encargada de la carga de la prueba, habida cuenta el demandado no contestó la demanda, frente a ello valga anotar que en aplicación del artículo 169 del C.G.P.²² el Funcionario Judicial se encuentra plenamente facultado para decretar de oficio las pruebas que considere pertinentes a efectos de esclarecer el asunto sometido a su consideración, en especial en este tipo de casos en los que se encuentran involucrados derechos de los niños.

Por último, la aceptación por parte de la señora STEPHANIE de que parte de la cuota alimentaria que suministra se destine al pago de la educación de sus hijos en Colombia, no puede tenerse como indicativo de su aquiescencia a que permanezcan en el país, como bien lo ha prohibido la H. Corte Constitucional al señalar que:

“En cuanto al argumento de que el pago de los estipendios educativos resulta ser prueba irrefutable del consentimiento tácito sobre el cambio de residencia, esta Sala de Revisión comparte la posición del fallador de segunda instancia en el sentido de asociar esta conducta al cumplimiento del deber legal de suministrar alimentos y educación a los hijos en pro de contribuir a su crecimiento y desarrollo en condiciones dignas y no con el otorgamiento de un aval para la permanencia definitiva de la menor en territorio colombiano”²³.

Sin embargo, dicho argumento carece por sí solo de entidad para acceder a la revocatoria de la decisión de primer grado.

Así las cosas, del análisis realizado deviene la improsperidad de todos los reparos formulados por el extremo activo de la litis, como consecuencia de lo cual se procederá a la confirmación en todas sus partes de la sentencia venida en alzada, con la consecuente condena en costas a la demandante conforme lo dispone el artículo 365 del C.G.P., fijándose las agencias en derecho en la suma de un salario mínimo mensual legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Primera de Decisión Civil – Familia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada adiada tres (3) de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Soledad, al interior del proceso de restitución internacional de menor promovido por STEPHANIE DINA PENTO SALDARRIAGA contra LUIS CARLOS RODELO DE LA HOZ.

²¹ Sentencia T-202 del 28 de mayo de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.

²² Art. 169.- . Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes (...).

²³ *Ibidem*.



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala Primera de Decisión Civil Familia**

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia al extremo activo de la litis. Fíjense las agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual vigente

TERCERO: Por Secretaría, devolver oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



YAENS LORENA CASTELLÓN GIRALDO
Magistrada



ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES
Magistrado



CARMINA GONZÁLEZ ORTÍZ
Magistrada

Firmado Por:

YAENS LORENA CASTELLÓN GIRALDO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA
CIUDAD DE BARRANQUILLA-ATLANTICO

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:

e800b4afb526d9f878e0a670aa7d0cb98168bf50d4167f1fd375e01cc8612f4f

Documento generado en 25/02/2021 10:12:11 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>