

PROCESO DECLARATIVO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR DE EDAD
RADICADO: 19698-31-84-001-2020-00121-01
DEFENSORA DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL NORTE REGIONAL CAUCA Vs YUSKLEIDY
EVELIN BECERRA ROMERO.
APELACIÓN DE SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN SALA CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, nueve (09) de abril del año dos mil veintiuno (2021).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto por la DEFENSORA DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL NORTE REGIONAL CAUCA y el apoderado judicial del señor ALEXANDER JOSE GIL YEPES, en contra de la Sentencia proferida en audiencia el 5 de febrero de 2021¹, dictada en primera instancia por el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SANTANDER DE QUILICHAO - CAUCA, dentro del PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR DE EDAD A.S.G.B².

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

Mediante demanda radicada el 7 de diciembre de 2020 la Defensora de Familia del ICBF, Centro Zonal Norte Regional Cauca, a petición del señor ALEXANDER JOSÉ GIL YEPEZ, solicita ordenar la restitución

¹ Remitida a esta Corporación el 24 de febrero de 2021. Por auto del 04 de marzo se requirió a la A Quo el envío de los archivos mp4 que contienen los videos de la audiencia realizada al interior del proceso al ser imposible su reproducción completa en los links adjuntos al expediente digital y enviados vía correo electrónico.

² La Sala como medida de protección a la intimidad del menor de edad suprime su nombre completo por sus iniciales.

internacional del niño A.S.G.B, a la República Bolivariana de Venezuela, quien se dice fue sustraído irregularmente de ese país, donde reside habitualmente, por su progenitora señora YUSKLEIDY EVELYN BECERRA ROMERO.

De igual manera solicita la designación de apoderados judiciales que representen a las partes y ordenar a Migración Colombia, el levantamiento del impedimento de salida del país del niño, una vez proferida la orden judicial de restitución, pretensiones que se sustentan en los siguientes hechos:

FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

1. El niño A.S.G.B. nació el 16 de septiembre de 2015, en la República Bolivariana de Venezuela, fruto de la relación sentimental entre Yuskleidy Evelin Becerra Romero y Alexander José Gil Yépez, ambos ciudadanos venezolanos.

2. Previa solicitud y acuerdo conciliatorio de los progenitores, homologado por la autoridad judicial venezolana el 29 de septiembre de 2017, la custodia del niño fue establecida a cargo del señor Alexander Gil Yépez, salvaguarda que ha ejercido desde entonces.

3. El 7 de enero de 2020, el señor Gil Yépez formula denuncia por escrito, ante la oficina de relaciones consulares de Venezuela, manifestando que el 18 de diciembre de 2019 la madre de A.S.G.B. se presentó en su casa mientras él estaba trabajando y luego de solicitar permiso a la abuela paterna Emma Yépez, para ir a comprarle unos zapatos, se llevó al niño y no lo regresó. Relata que al día siguiente fue a buscar a su hijo a casa de la señora Yuskleidy, al no encontrarlo, se comunicó al teléfono de un cuñado y le informaron que llevarían al niño en la noche o al otro día; sin embargo, al ver que no regresaba, volvió de nuevo a buscarlo el día 20 de diciembre informándole que la

madre y su pareja sentimental, habían viajado con el niño a Cali-Colombia.

4. A través de escrito, el 16 de enero 2020, la Oficina de relaciones consulares de Venezuela, comunica a la autoridad central colombiana ICBF, el inicio del proceso de Restitución Internacional del niño A.S.G.B., conforme al Convenio de la Haya y remite el expediente con los anexos requeridos, solicitando la ubicación del niño y su retorno al país de residencia habitual.

5. Mediante auto³ el 19 de noviembre de 2020, la Defensora de Familia del Centro Zonal Norte regional Cauca del ICBF, avocó conocimiento de la solicitud de restitución internacional de A.S.G.B., ordenando realizar la visita correspondiente al domicilio del menor de edad y citar a la demandada ante el ICBF, a una diligencia de persuasión para el retorno voluntario del niño, actuación a efectuarse el día 30 de noviembre y a la que la señora Yuskleidy no asistió.

6. Agotado el trámite administrativo, el 7 de diciembre de 2020, la Defensora de Familia, en representación de los derechos del menor de edad A.S.G.B., presenta demanda de restitución internacional, ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Santander de Quilichao.

7. El 05 de febrero de 2021, se llevó a cabo la audiencia virtual, dentro de la cual la juez negó la restitución internacional del menor de edad A.S.G.B.

RESPUESTA DE LA DEMANDADA

- La señora **YUSKLEIDY EVELYN BECERRA ROMERO**,⁴ por intermedio de su apoderado, se opone a las

³ Auto 0528. Folios 35 y 36 del expediente

⁴ Folios 84 a 92 del expediente digital.

pretensiones de la demanda, aceptando algunos de los hechos y los otros parcialmente.

Indica que la custodia acordada era temporal, por un año, ya que ella debió salir a buscar empleo, pues era un ama de casa víctima de violencia doméstica, psicológica y económica; sin embargo, transcurrido el año, al solicitar la devolución del niño, le fue negada; afirma que el padre se oponía a las visitas y salidas con el niño, la ultrajaba y amenazaba, mintiendo además sobre el estado de salud, diciéndole que estaba enfermo.

Sobre su inasistencia a la diligencia de persuasión ante el ICBF, informa que no asistió por temor a que le quitaran a su hijo, pero que pasados unos días llamó solicitando le reasignaran una cita y le respondieron que no era posible. Afirma que luego de la visita socio familiar, a su domicilio ordenada por el ICBF, realizó acciones para mejorar las condiciones de vida del niño, adecuándole una habitación, colocándole las vacunas de los cinco años y solicitando a la secretaría de salud municipal incluirlo en la base de datos de migrantes y población pobre no asegurada.

Reclama disponer como medida provisional que la custodia y cuidado personal del niño sea ejercida por ella en forma exclusiva, para garantizar los derechos del menor de edad, evitar el fraccionamiento de la célula familiar y no colocarlo en peligro físico y/o moral, garantizando su desarrollo integral en el seno de una familia estable con una imagen paterna saludable y en armonía.

- El apoderado de oficio designado para representar al señor **ALEXANDER JOSÉ GIL YÉPEZ**⁵, presenta escrito coadyuvando los hechos y pretensiones formuladas por el ICBF.

⁵ Folios 79 y 80 del expediente virtual.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia celebrada el **5 de febrero de 2021**, iniciada a las 9:39 de la mañana y finalizada a las 10:47 de la noche, la A Quo negó la Restitución Internacional del niño A.S.G.B. a la República Bolivariana de Venezuela, otorgándole a la progenitora el término de 2 meses para que acredite la vinculación del menor de edad a una institución educativa.

En la motivación del fallo expuso que la prueba documental da cuenta que era el padre del menor de edad quien legalmente ejercía su custodia desde el 25 septiembre de 2017, que este realizó los trámites para la Restitución "*antes del año*", y, que el niño fue trasladado ilícitamente desde su país de origen.

Manifestó también no estar acreditado la violencia intrafamiliar, el consumo de alcohol u otras sustancias por parte del progenitor, al igual que lo relacionado con la forma inadecuada como la madre ejercía su maternidad cuando estaba en Venezuela, de igual modo expresó que ante la negativa del menor de edad a continuar con la entrevista practicada en audiencia, la misma no sería valorada, razón por la que no podía aducir una oposición cualificada del niño de retornar al país requirente.

Insistió en que si bien, el padre reclamante gestionó la Restitución Internacional de su hijo de forma oportuna y el ICBF actuó de forma diligente, de acuerdo con la jurisprudencia, principalmente la constitucional, y lo dispuesto en el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores - Convenio de la Haya-, debe tomarse en cuenta el interés prevalente y superior del niño, por lo que, si según los informes especiales de trabajo social y psicología, se puede causar, una "*doble afectación emocional*", con el "*desarraigo*", en el evento de retornarlo de Colombia hacia Venezuela, el niño

indudablemente debe permanecer al lado de su madre. Lo anterior atendiendo también que, por la actual situación de pandemia mundial, el regreso puede ocasionar un grave perjuicio a la salud y posiblemente a la vida del menor, derechos que deben ser protegidos por este Estado, mientras el niño permanezca en él.

Agregó frente a la garantía de los derechos del menor de edad al lado de su progenitora: ... *"Se constata que el niño cuenta con la satisfacción de su alimentación, de su vivienda digna, de amor, de afecto, de protección e inclusive de la salud, pues fue allegada por la parte demandada, una certificación de la secretaría de salud de este municipio en la que se señala que el menor recibirá atención en urgencias, vitales y hospitalarias y que esté menor con el acta de nacimiento de nacionalidad venezolana, será reportado a la base de datos de población pobre, no asegurada que se enviará a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca con corte a 31 de enero de 2021 ... en cuanto a la educación pues no tenemos en estos momentos, una prueba fehaciente que nos indique que el niño está matriculado sin embargo, el inspector de policía bajo la gravedad de juramento y en calidad de inspector de policía, de servidor público, indicó que los padres, estaban realizando gestiones para matricular al niño y dio a entender la relación que tiene, no de amistad, sino como servidor público y por tener conexión con la fundación Cepas, la cual provee alimentación y algunas ayudas humanitarias a la población pobre, incluida los migrantes venezolanos que se encuentran asentados en el corregimiento de Mondomo. De todas maneras, la madre deberá atender y demostrar a este despacho que vinculó al menor a educación y para ello se le dará un plazo no mayor a 2 meses ..."*.

LA APELACIÓN⁶

La Defensora de Familia del ICBF y el apoderado judicial del progenitor, mostraron su inconformidad

⁶ En audiencia celebrada el 08 de abril de 2021, la Defensora de Familia del ICBF y el abogado de oficio del señor Gil Yépez sustentaron los reparos concretos realizados a la Sentencia de primera instancia. En esa audiencia se anunció el sentido del fallo y se advirtió que el mismo sería proferido por escrito en el día de hoy.

con la decisión de primera instancia, instaurando recurso de apelación, medio de impugnación que, por ser procedente, fue concedido por la A Quo en efecto suspensivo.

El apoderado de oficio del señor Gil Yépez, alegó no encontrarse probado de forma fehaciente la excepción descrita taxativamente en el inciso 2º artículo 12 de la ley 173 de 1994, "*integración del niño a su nuevo medio*", por cuanto el documento de la Secretaría de Salud Municipal aportada por la demandada como prueba, no acredita seguridad social para el menor, solo indica que será atendido en caso de urgencias vitales y en cuanto a la educación solo existe una mera expectativa. Indicó, además que la demandada no realizó las gestiones necesarias en salud y educación antes de la visita del ICBF, demostrando falta de atención al desarrollo armónico e integral del niño, posible vulneración descrita también en el informe pericial de psicología que obra en el proceso.

Adicionalmente, no se analizó la falta de integración del niño en actividades deportivas o culturales durante los seis meses de permanencia en el corregimiento de Mondomo y el paso del tiempo ha constituido una ventaja para que la madre del niño mejorara su entorno después de la visita del ICBF. Por lo expuesto solicita revocar la sentencia dictada en primera instancia y ordenar el retorno del niño a la República Bolivariana de Venezuela.

- Por su parte la Defensora de Familia, fundamentó su impugnación señalando que en casos de Restitución Internacional, el principio del interés superior del menor, argumentado en la sentencia de primera instancia, debe analizarse en el contexto del Convenio de la Haya, entendiéndose como el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se decida su custodia ante el juez del Estado de su residencia habitual, a mantener contacto fluido con sus

progenitores y familias y a obtener una pronta solución.

Advirtió que el interés protegido por la Juez en el caso, es la posible afectación emocional que pueda sufrir el niño al ser reintegrado a su progenitor, una situación potencial a futuro, basada en una sola visita socio familiar y un informe de psicología, pero que estuvo lejos de analizar el desarraigo violento que sufrió el niño a causa de uno de sus padres respecto del otro que llevaba a su cuidado cuatro años. Así mismo indicó que se ha violentado el derecho del niño a tener una familia, pues la madre ha impedido la comunicación libre que permita consolidar la relación paterno filial y familiar, por una decisión personal de mantenerlo alejado, sin importar el querer del niño, tal como se evidenció en los audios aportados por el demandante.

Afirmó que el accionante efectuó lo previsto en el Convenio e inició de manera oportuna el trámite de restitución, sin embargo, la juez no dio cumplimiento al artículo 12 del mismo, ordenando la restitución del niño.

Con relación a la excepción de integración del menor de edad al nuevo medio, prevista en la norma, expresó que no fue demostrada, puesto que, durante los once meses de permanencia en Colombia, el niño no fue vinculado al sistema educativo y solo tiene atención de urgencia en salud, también señaló que el análisis de la excepción de arraigo está constreñida a una condición temporal, que en el caso no se cumplió y que, por tanto, la autoridad competente no estaba llamada a analizarla.

Señaló también que los argumentos jurisprudenciales citados en la sentencia son disímiles al caso en comento, pues versan sobre situaciones de temporalidad

mayor al año previsto en el Convenio para demostrar arraigo y por tanto no son aplicables.

Finalmente, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenar el retorno del niño a su país de origen precisando las circunstancias del mismo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A.- SANIDAD PROCESAL. En la actuación adelantada no se observa vicio o irregularidad que invalide lo actuado y que deba oficiosamente declararse.

B.- PRESUPUESTOS PROCESALES. Las exigencias necesarias para que se estructure la relación jurídico-procesal, se cumplen cabalmente y ello permite adoptar decisión de fondo.

C.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Tanto en activa como por pasiva se verifica la habilitación sustancial para ocupar los extremos de la Litis.

PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA ACCIÓN INSTAURADA.

PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD/ CONVENIO DE LA HAYA / LEGISLACIÓN NACIONAL: Mediante la Ley 173 de 1994, el Estado Colombiano aprobó e incorporó al ordenamiento jurídico interno, el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños aprobado en La Haya el 25 de octubre de 1980.

Su finalidad, como lo señala en su artículo 1°, es: "a) *garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante*" y "b) *velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados*

contratantes se respeten en los demás Estados contratantes"⁷.

Al respecto la Corte Constitucional expresó: "La necesidad de suscripción del Convenio obedece a que el traslado de un menor que en principio es un hecho que perturba la órbita de las relaciones privadas, se convierte en una cuestión que podría llegar a afectar las relaciones entre los Estados, pues quien tenía la guarda del niño se ve obligado a "entablar largos y costosos procesos ante los tribunales de otros países para reclamar un derecho que ya le había sido otorgado en su lugar de origen.

(...) el Convenio pretende conservar el statu quo de las relaciones familiares y que las dificultades suscitadas sean resueltas en la jurisdicción del lugar de residencia habitual. En otros términos, lo que se pretende es evitar que quien trasladó al menor de manera ilícita, se beneficie de una jurisdicción ajena al lugar donde se desarrollan sus actividades diarias, desconociendo de este modo, no sólo el derecho de la otra persona a la custodia del menor, sino también, el derecho a que sea la jurisdicción de residencia habitual la que dirima las controversias familiares suscitadas"⁸.

ETAPA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL/ PRESUPUESTOS A VERIFICAR / HIPÓTESIS EXCEPCIONALES EN LAS QUE EL JUEZ PUEDE BASARSE PARA NEGAR LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL/ INTEGRACIÓN AL NUEVO MEDIO SOCIAL Y FAMILIAR O EXCEPCIÓN DE ARRAIGO.

El procedimiento de restitución internacional de un menor, consta de dos fases una administrativa a cargo de la Autoridad central que coordina todo el procedimiento, en Colombia dicha autoridad es el ICBF y otra judicial con competencia para decidir sobre la

⁷ Artículo 1°. Convenio de la Haya. 25 de octubre de 1980. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/convenio de la haya sobre los aspectos civiles de la sustraccion internacional de menores.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/convenio%20de%20la%20haya%20sobre%20los%20aspectos%20civiles%20de%20la%20sustraccion%20internacional%20de%20menores.pdf)

⁸ Sentencia T - 1021 del 10 de diciembre de 2010. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

restitución; ambas actuaciones deben proceder con carácter urgente.

Con relación a lo enunciado, la sentencia T 202 de 2018 explica: *“La fase administrativa del trámite de restitución se inicia cuando una persona, directamente o, a través de la Autoridad Central de un Estado parte, dirige una solicitud de restitución a la Autoridad Central de otro Estado parte.*

A la Autoridad Central corresponde, fundamentalmente, recibir la solicitud e impulsar su trámite; localizar al menor, indagar sobre su actual situación y adoptar las medidas de protección que sean del caso; promover la restitución voluntaria e iniciar el trámite judicial de restitución cuando ello no sea posible. (...) en caso de fracasar esta solución, se da por agotado el trámite en la fase administrativa y la Autoridad Central queda obligada a dar curso a la etapa judicial. Para el efecto, debe presentar la demanda ante el juez competente, acompañada de la documentación recopilada en su actuación (...) en su fase judicial, se tramitarían de forma verbal con la garantía de la doble instancia”⁹.

Según lo expuso la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, retomando a su vez el criterio presentado por la Corte constitucional en la Sentencia T 202 de 2018, en los procesos de restitución internacional, corresponde al Juez competente verificar 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

⁹ Sentencia T202 del 28 de mayo de 2018 MP. Carlos Bernal Pulido.

¹⁰ Sentencia STC4727 del 11 de abril de 2019. MP. Ariel Salazar Ramírez

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 su vez la Sentencia T - 689 de 2012, expresa que:

*"La concurrencia de los anteriores requisitos, exigen a las autoridades encargadas de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, decretar la restitución internacional del menor y ordenar su retorno al lugar de residencia habitual"*¹¹.

En alusión al tema, otra decisión constitucional afirma:

*"El Convenio establece el término dentro del cual procede la restitución inmediata del niño y los casos en los cuales las autoridades encargadas de tramitar el asunto, no están obligadas a ordenar el regreso inmediato de éste al país de residencia habitual. **Al respecto, el artículo 12 del Convenio dispone que, dentro del año siguiente al momento del traslado, la autoridad competente, una vez tenga conocimiento de la demanda, debe proceder a ordenar el retorno del menor, con la sola verificación de que el traslado del lugar de residencia se produjo de forma ilícita, en los términos del artículo 3 de la Convención.***

*No obstante, la misma norma prevé, que cuando ha transcurrido más de un año desde la fecha del traslado ilegal, la autoridad administrativa o judicial puede negar la restitución, así esté verificado que el traslado fue contrario a la ley, si se demuestra que el menor se ha integrado a su nuevo medio"*¹². (Negrillas fuera del texto).

EXCEPCIONES A LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL

¹¹ Sentencia T689 del 28 de agosto de 2012. MP. María Victoria Calle Correa

¹² Sentencia T202 del 28 de mayo de 2018 MP. Carlos Bernal Pulido.

El Convenio de la Haya¹³, define hipótesis excepcionales en las que el juez puede basarse para negar la restitución internacional de un menor de edad, al disponer:

"Artículo 13: No obstante, lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

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

Por su parte, la sentencia T 202 de 2018, hace referencia a la integración al nuevo medio social y familiar o excepción de arraigo, indicando que:

"El análisis de la excepción de arraigo se encuentra constreñido al cumplimiento de una condición de orden temporal. En caso de no haber transcurrido el plazo de un año estipulado en el artículo 12 del Convenio, quien pretenda invocarla, no cuenta con la posibilidad de hacerlo, y en consecuencia, la

¹³ Artículo 13. Convenio de la Haya. 25 de octubre de 1980. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/convenio de la haya sobre los aspectos civiles de la sustraccion internacional de menores.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/convenio%20de%20la%20haya%20sobre%20los%20aspectos%20civiles%20de%20la%20sustraccion%20internacional%20de%20menores.pdf)

autoridad competente no está llamada a analizar la posible integración del menor a su nuevo entorno.

En consecuencia, para que opere esta excepción, debe darse un elemento adicional a la simple configuración del plazo de un año. Deberá demostrarse que el menor de edad se integró a su nuevo medio social y familiar.

En materia probatoria, las pruebas destinadas a acreditar la integración del menor a un nuevo centro de vida deben tener una relevancia tal, que despejen todo tipo de dudas sobre ello. Aunque haya quedado debidamente acreditado que el menor ha establecido lazos con familiares y que su retorno puede generar un daño, esto no implica integración, toda vez que esta supone un enraizamiento mucho más profundo.

El entendimiento sobre lo que significa la configuración de un nuevo centro de vida - integración, debe girar en torno a razones más poderosas que el hecho de estar a gusto, seguro y cómodo dentro de las circunstancias que rodean al menor. Este requisito necesita de la configuración de dos elementos, el primero, uno material o físico, el establecimiento en una comunidad, en un Estado, en una nueva cultura; el segundo, uno psicológico o emocional, la seguridad y estabilidad del lugar donde el menor se encuentra.

*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.*

De conformidad con lo anterior, la excepción de arraigo no opera de pleno derecho sino que debe ser probada. En consecuencia, resulta lógico que la carga de la prueba relacionada con la integración del menor al nuevo medio, corresponda al padre sustractor, por ser a quien interesa hacer valer la excepción en aras de resistir la restitución". (Negrillas fuera del texto).

PRINCIPIOS RECTORES DEL CONVENIO DE LA HAYA / INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD/ CELERIDAD / EXCLUSIVIDAD EN LA MATERIA.

La interpretación y aplicación del Convenio, están orientados por tres principios rectores: el interés superior del menor de edad, la celeridad y la exclusividad en la materia.

Principio del interés superior del menor de edad: El Código de Infancia y adolescencia lo define como:

*"El imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes."*¹⁴

A partir de este y otros preceptos relativos a los derechos fundamentales de los NNA, la Corte Constitucional aplicó el concepto de interés superior del menor de edad en los casos de restitución internacional, indicando:

"La aplicación de este principio, comporta que los niños sean destinatarios de un trato preferente, en razón a su carácter jurídico de sujetos de especial protección, y, por lo tanto, sus derechos deben ser valorados de acuerdo con las circunstancias

¹⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1098 Código de la Infancia y la Adolescencia Diario oficial de 8 de noviembre de 2006. Art. 8. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

específicas del caso. Es decir, que el interés superior del niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, aspecto que demanda una verificación y una especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los niños, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente”¹⁵.

En la misma providencia la Corte expresó los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los niños, a saber:

“i) la prevalencia del interés del niño; (ii) la garantía de las medidas de protección que requiere por su condición de niño; (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, en condiciones de libertad y dignidad”.

Criterios ratificados en pronunciamiento posterior¹⁶ al expresar:

“El interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar mejor para su hijo. Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: (i) el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (ii) el interés del menor debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres

¹⁵ Sentencia T1021 del 10 de diciembre de 2010. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹⁶ Sentencia T689 del 28 de agosto de 2012. MP. María Victoria Calle Correa

o de los funcionarios encargados de protegerlo; (iii) dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; y (iv) debe demostrarse que la protección del interés invocado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo (...)

(...) Las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y las autoridades judiciales, incluyendo los jueces de tutela, con el propósito de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, en el ejercicio de la discrecionalidad que les es propia y de acuerdo a sus deberes constitucionales y legales, deben atender tanto a (i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados".

Al respecto la Sentencia T - 202 de 2018 sostuvo que el criterio inspirador del Convenio de la Haya es la protección del interés superior del niño (a) y añadió:

*"En consecuencia, es de trascendental importancia recalcar que, en esta peculiar materia, salvo que se configure objetivamente, y quien se oponga a la restitución, pruebe uno de los supuestos de excepción taxativamente enunciados en el Convenio, **el interés superior del niño consiste en ser devuelto a su centro de vida sin dilaciones**". (Negrillas fuera del texto).*

Con relación a los otros dos principios, la Sentencia T - 689 de 2012, precisa:

Principio de celeridad:

"Se encuentra en la invocación inicial del Convenio, donde se plantea la necesidad de fijar procedimientos que aseguren el regreso inmediato del niño al Estado donde reside habitualmente (...)

Como lo sostiene el mismo ICBF, la rapidez en los casos de sustracción o retención de menores constituye una garantía esencial en la medida en que (i) minimiza las perturbaciones o desorientaciones del menor sustraído de su entorno familiar; (ii) reduce los perjuicios al menor por el hecho de su separación del otro padre; y (iii) evita que el sustractor obtenga una ventaja por el hecho del paso del tiempo".

Principio de exclusividad en la materia:

"Consiste en que, dentro del proceso de restitución, las autoridades administrativas o judiciales no deben ocuparse de otros asuntos como resolver sobre la custodia ni ordenar pruebas relativas a su definición, puesto que el objeto del Convenio es la restitución inmediata de los menores ilícitamente retenidos o trasladados a un Estado parte".

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Por la naturaleza de las funciones que aquí nos compete desarrollar, acorde con la demanda, lo resuelto por la juzgadora de primer grado, y especialmente, actuando en consonancia con los motivos del recurso de apelación formulado, en esencia, la Sala resolverá el siguiente interrogante:

¿Debe revocarse la Sentencia de primer grado y en su lugar ordenar la restitución internacional del

niño A.S.G.B a la República Bolivariana de Venezuela?

A dicho interrogante se responde en forma afirmativa, en consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada. Lo anterior, atendido a que el progenitor demostró ser el titular de la custodia del niño y haber agotado oportunamente los trámites legales previstos para lograr su restitución internacional; estar probado el traslado ilícito que la demandada hizo del menor de edad y por cuanto, contrario a lo afirmado por la A Quo, no existen elementos de juicio para determinar que, en primacía de su interés prevalente y superior, el retorno a su país de origen, le cause un riesgo grave o lo exponga a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable.

A dicha decisión se llega con apoyo en las consideraciones normativas y jurisprudenciales antes señaladas y luego de efectuar el análisis jurídico y probatorio acorde a los parámetros legales y jurisprudenciales que a continuación se precisan:

- Al revisar el acervo probatorio, la Sala discrepa de la decisión adoptada por la A quo que negó la restitución del menor de edad a su país natal, dado que existen elementos de juicio que permitían la aplicación **inmediata** del Convenio y por tanto la restitución reclamada.

-En ese contexto, la prueba documental referida al registro civil de nacimiento del menor A.S.G.B.¹⁷, corrobora su nacionalidad venezolana, que es hijo de YUSKLEIDY EVELYN BECERRA ROMERO y ALEXANDER JOSÉ GIL YÉPEZ y que contaba con 4 años de edad cuando fue trasladado por su madre desde Venezuela a Colombia el 19 de diciembre de 2019.

¹⁷ Folio 24 del expediente

- Así mismo obran en el expediente el acta de conciliación¹⁸, celebrada el 25 de septiembre de 2017, ante la Fiscalía Décimo Cuarta del Estado de Lara (Venezuela), donde consta que ambos padres, ciudadanos venezolanos: "Convinieron de común acuerdo, que el ciudadano ALEXANDER JOSÉ GIL, ejercerá la custodia de su hijo A.S.G.B., de dos años de edad...", haciendo referencia también, a que la madre del niño podría compartir con su hijo libremente, previo aviso telefónico al padre, y, la respectiva homologación del acuerdo, efectuada por el Tribunal Noveno del Estado Lara Barquisimeto, del 3 de octubre de 2017¹⁹, prueba documental con la cual se confirma, que la custodia del niño corresponde a su padre en forma individual y permanente.

- Se observa además los documentos que acreditan las gestiones realizadas por el señor Alexander Gil Yépez: denuncia de sustracción del niño A.S.G.B.²⁰ y formulario de solicitud de restitución²¹, presentadas ante la Oficina de Relaciones Consulares de Venezuela, el 7 de enero de 2020 y la comunicación²² del 16 de enero de 2020, enviada a la autoridad central colombiana ICBF; informando y requiriendo el inicio del proceso de restitución internacional del menor de edad.

-Igualmente, la pruebas documentales referentes a las acciones adelantadas por el ICBF, desde que la Defensora de Familia avocó conocimiento del mencionado trámite de restitución por auto del 19 de noviembre de 2020²³, consistentes en: solicitud de impedimento de salida del país del menor de edad²⁴ efectuada a Migración Colombia, el 3 de diciembre de 2020, informe de visita²⁵ realizada el 25 de noviembre de 2020, al

¹⁸ Folio 28 del expediente

¹⁹ Folios 29 y 30 del expediente

²⁰ Folios 25-27 del expediente

²¹ Folios 12-23 del expediente

²² Folios 10 y 11 del expediente

²³ Auto #0528 del 19 de noviembre de 2020, folio 36 y 37 del expediente

²⁴ Folios 38-39 del expediente

²⁵ Folios 41-43 del expediente

lugar de residencia actual del niño A.S.G.B. y de la citación realizada a la demandada por ICBF²⁶, para el 30 de noviembre de 2020, folios que permiten constatar el cumplimiento de la fase administrativa del proceso y la terminación de la misma, al fracasar el retorno voluntario del niño a su país de origen, por la inasistencia de la demandada a dicha diligencia.

-Obran a su vez, los informes de las visitas socio familiares efectuadas al domicilio de la demandada y el menor de edad, por profesionales en trabajo social y psicología del ICBF, con el fin de determinar su entorno y estado de salud. El primero de ellos ordenado por la Defensora de familia de ICBF, adiado 25 de noviembre 2020²⁷ y los prescritos por la A quo y realizados los días 12²⁸ y 18²⁹ de enero de 2021, estos últimos sustentados en audiencia; se encuentran también el carné de vacunación del niño³⁰ y la constancia expedida por la Secretaría local de salud de Santander de Quilichao³¹ indicando que será atendido solo en caso de urgencias hospitalarias vitales.

-Los citados informes dejan constancia de las precarias condiciones habitacionales en las que se encuentra el niño (casa arrendada ajustada en madera y latas), y de la falta de garantía plena de sus derechos en materia de salud y educación, al no contar para el momento de las visitas con afiliación al sistema de seguridad social ni con escolarización. Paralelamente, hacen constar que: ***"Es posible evidenciar que el niño reconoce al señor Alexander Gil como su padre con quien se estableció una vinculación afectiva fuerte durante el tiempo que este estuvo bajo su cuidado, la madre refiere que hace aproximadamente***

²⁶ Folio 44 del expediente

²⁷ Informe presentado por la psicóloga social Yelitza Bravo Sandoval. Folios 41-43 del expediente

²⁸ Informe presentado por la trabajadora social Martha Lili Loba. Folios 61-66 del expediente

²⁹ Informe presentado por la psicóloga Jessica Araujo. Folios 73 y 74 del expediente

³⁰ Folios 88 del expediente

³¹ Folios 89 del expediente

dos meses no ha sido posible la comunicación del niño con el padre, debido a que perdió su teléfono celular, sin embargo, menciona que el niño en repetidas ocasiones pregunta por su padre”³².

-Paralelamente, el interrogatorio realizado al demandante Alexander José Gil Yépez,³³ da cuenta que ejercía la custodia de su hijo A.S.G.B, desde 2017, que convive con el niño desde su nacimiento, trabajando para darle lo necesario. Asegura que no autorizó la salida del niño hacia Colombia y que, desde el traslado, ha tenido muy poca comunicación con el niño, solo lo escucha a través de mensajes de voz, que la demandada le envió mensajes amenazándolo con no volverle a dejar ver a su hijo; dichos corroborados en el testimonio rendido por Emma Yépez³⁴ abuela paterna del menor.

-Por su parte, la señora Yusckleidy Evelyn Becerra Romero³⁵ acepta y reconoce que la residencia habitual del menor A.S.G.B., se hallaba en Venezuela, que trasladó al niño a Colombia, sin autorización de su padre, porque él no se lo iba a permitir de manera voluntaria.

Admitió igualmente lo expuesto por el demandante en relación con la custodia del niño, su sustento y cuidado a cargo del padre y su familia, afirmando en sus respuestas: **“Si, siempre estuvo al pendiente del niño, no lo voy a negar, estuvo pendiente en todo, en todo lo del niño. (...) Si, siempre compartía con su papá”**, pero señalando que la custodia era compartida, una semana con cada uno de los padres y temporal: **“por un año mientras ella conseguía estabilidad económica”**, que ella compartía poco con su hijo porque no le cumplían lo acordado.

³² Folio 73.

³³ Video de la audiencia parte 1. (1H 07'45'' a 2H 43')

³⁴ Video de la audiencia parte 3. (2H 27' a 2H 59'')

³⁵ Video de la audiencia parte 2. (2'a 58'30'')

Así mismo, confirmó que desde que trajo el niño a Colombia, la comunicación con su padre y otros familiares, ha sido mediante mensajes de voz, que los primeros meses no se comunicó porque no tenía celular, pero que el niño le preguntaba por ellos. Sobre el traslado del menor, la dificultad en el desarrollo de las visitas y la permanencia del niño en Mondomo, rindieron testimonio: Carlos Luis Mendoza³⁶, actual pareja de la demandada, Zuleida Romero³⁷ abuela materna del menor, y, Aicardo López³⁸, inspector de Policía de Mondomo.

-En orden a lo dicho, la Sala constata tal como se indicó inicialmente, que se encuentran acreditados los presupuestos objetivos para la restitución internacional previstos en la ley 173 de 1994, a saber: edad del menor (5 años), titular de la custodia (el padre del menor de edad), residencia habitual del niño (Venezuela país requirente), domicilio actual del niño (Colombia país requerido), agotamiento de la etapa administrativa (inasistencia de la demandada a la diligencia de conciliación para retorno voluntario), y la solicitud oportuna del gobierno extranjero: el requerimiento se presentó a escasos días y por ende, dentro del año siguiente a la sustracción.

-En cuanto al interés superior del niño, argumento central de la A Quo para negar la restitución, al considerar que se producirá una *"doble afectación emocional"*, con el *"desarraigo"*, en el evento de retornar el niño de Colombia hacia Venezuela, y, que, por la actual situación de pandemia, el regreso puede ocasionar *"un grave perjuicio a la salud y posiblemente a la vida del menor"*, debe precisarse que:

³⁶ Video de la audiencia parte 3. (48' a 1H 23')

³⁷ Video de la audiencia parte 3. (1H 27' a 1H 56'30'')

³⁸ Video de la audiencia part 3. (2H 2' a 2H 21'30'')

-Ninguna de las pruebas acopiadas por la A Quo permiten, al menos inferir, que el progenitor no sea una persona apta para desempeñar su función como padre o que la permanencia del niño a su lado implique algún tipo de riesgo. De hecho, como este proceso es un trámite de restitución - que no de guarda, ni de custodia-, la restitución no depende de que el Juez considere quien, de los padres, tiene un comportamiento "más adecuado", ello sería relevante en palabras de la Corte, si "el comportamiento de quien solicita el retorno es de tal gravedad que supone un riesgo cierto para la integridad física o síquica del niño o que lo colocaría en una situación intolerable"³⁹.

-De ahí que no cobran significado las acusaciones mutuas realizadas entre los señores Gil Becerra, en la que se culpa a la madre de no ejercer idóneamente ese rol mientras residía en el Estado de Venezuela; lo mismo acontece con la violencia intrafamiliar que afirma haber sufrido y que es negada por el padre, pues no cuentan con ninguna denuncia o prueba distinta a sus propios dichos, al igual que el consumo de sustancias psicoactivas por parte del padre, dicho de la madre que tampoco se logra corroborar, visualizándose que en todo caso, ella acepta que Alexander José Gil Yepes ha sido un padre presente y significativo en la vida del menor de edad, a tal punto que a él le designó su guarda y custodia desde hace varios años, para solo ahora en trámite de este proceso argumentar que creía que la guarda era "solo por un año", que no leyó "completo" el contenido de la conciliación que realizaron porque le "arrebataron el papel de la mano", y que no obtuvo posteriormente "copia" del mismo porque Gil Yepes no se lo quiso dar, sin pedirlo a la autoridad competente, al ser más "fácil" que él se lo suministrara, exclamando en desarrollo de las visitas socio familiares que Gil Yepes "no es el padre del niño" y que su papá

³⁹ Sentencia T 412 de 2000.

biológico vive en Perú, dicho que tampoco puede valorarse aquí, lo cierto es que la filiación paterna extramatrimonial de A.S.G.B., para este momento, se encuentra plenamente definida.

-Adicionalmente, los informes rendidos por la trabajadora social y la psicóloga del ICBF tampoco permitían concluir lo que bajo cimientos anfibiológicos o ambiguos expresó la A Quo:

1. La trabajadora social, **Martha Lili Lobo**,⁴⁰ expresó que de existir una separación del niño y su familia actual, *"habría una afectación emocional"*, por el apego del niño a su mamá y que este se ha integrado a su nuevo medio social y familiar, en la etapa etaria que está, cinco años, siempre que haya un ambiente favorable, ellos son capaces de adaptarse, porque tienen una capacidad de resiliencia mayor a la de niños más grandes, adolescentes y los adultos.

No obstante, también manifiesta que, **de realizar una visita sociofamiliar a la residencia habitual del menor en Venezuela, el niño también estaría adaptado al ambiente, considerando el apego que hay por parte de los abuelos y el papá, además en el aspecto económico; "porque los abuelos lo quieren, porque el papá lo quiere, estaría bien también, además históricamente lo han protegido de acuerdo a los antecedentes que manifiesta la mamá ..., el niño siempre ha estado protegido allá"**. Acerca del arraigo del niño en su familia paterna explica que los niños fácilmente se adaptan, logran crear vínculos incluso con personas que no son de su familia, y expresa: *"entonces él estuvo arraigado en su hogar en Venezuela porque allá lo tenía todo, tenía el amor de sus padres y posiblemente algún tipo de afectación en caso que fuera cierto que no veía a su mamá, pero sí creo que había un arraigo"*, agrega que, según lo que le contó

⁴⁰ Video de la audiencia parte 3. (2H 59'50'' a 3H 4') y video de la audiencia parte 4. (0' a 21'45'')

la progenitora, **"el niño recuerda su entorno anterior y pregunta por su papá"**.

2. A su vez la psicóloga, **Jessica Araujo** expuso⁴¹ la dinámica familiar que vive el menor, que reconoce como su papá al señor Alexander y dice que está en Venezuela, indicando además que evidenció durante la entrevista la **existencia de un vínculo afectivo con el padre**.

Indica que, desde la psicología, el niño se encuentra dentro de los límites esperados para su etapa de desarrollo, sin embargo, afirmó: **"en cuanto a garantías de derechos se evidencia que el niño no tiene acceso a salud ni educación, se pregunta a la progenitora si tiene conocimiento cuales diligencias debe realizar para esa vinculación, ella refiere que no tiene conocimiento y no ha realizado dicha gestión"**.

En respuesta a los interrogantes de la A Quo, exterioriza que el niño se ha ido adaptando al medio actual, **gracias a la capacidad de resiliencia;** respecto a la afectación del niño si regresa con su padre o si permanece con su madre, explica que al separarlo de su mamá se generaría una "afectación emocional", por el tiempo que ha estado con ella, ya que los niños desarrollan primero el área afectiva que la cognitiva, que en este caso por el antecedente de separación paterna, sería una **"doble afectación"**, que generaría inestabilidad en su desarrollo y apegos inseguros, al no tener estabilidad de sus cuidadores.

Finalmente, en torno al grado de madurez del niño, afirma: **"Tiene 5 años, no hay madurez neurológica para darnos bases razonables para lo que él quiere para su vida, él responde por lo que vive en este momento, si le preguntan con quién quiere estar, dirá que con la mamá, por ser la cuidadora en sus últimos meses y responderá con emociones positivas frente a la relación con su mamá que ha sido positiva, pero los anhelos y deseos del niño a esta edad no se pueden**

⁴¹ Video de la audiencia parte 4. 23' a 56'35''

confundir con el interés superior del niño. El niño nos puede expresar sensaciones desde su subjetividad desde el bienestar y malestar que le pueda generar a él, sin embargo, no hay un grado de madurez para tener en cuenta la decisión que manifieste porque se basa más en lo afectivo que en lo cognitivo".

3. Aunado a los anteriores medios probatorios, se encuentra el informe de la primera visita realizada al domicilio del niño⁴², donde se reporta que viven en arriendo, en condiciones medianas de aseo, orden y ventilación, durmiendo, para ese momento en la misma cama con su madre y su padrastro.

-Bajo la anterior realidad fáctica, se determina entonces que la a quo omitió atender o mejor entender que el Convenio protege el derecho fundamental de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo (Norma *Ius Cogens*), admitiendo intervención del Estado, solo si la protección del interés superior del niño, así lo amerita. Así v.g. también lo contempla la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9º, el cual indica:

*"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, **que tal separación es necesaria en interés superior del niño.** Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".*

-En el mismo sentido, el artículo 13 del Convenio de la Haya, enseña que el funcionario competente para

⁴² Informe de la Dra. Yelitza Aracelly Bravo Sandoval, folios 41-43 del expediente.

definir el regreso del niño a su lugar de residencia habitual puede abstenerse de ordenar la restitución cuando ello represente **un riesgo para el menor.**

-Concibió la funcionaria de primera instancia que debía negar la restitución y por ende restringir el derecho que ejercía el padre de permanencia a su lado, en nombre o simplemente citando el interés superior del niño. Sin embargo, tal como se subrayó in extenso en apartes anteriores y lo ha establecido la jurisprudencia constitucional:

*"...El interés superior del menor ... **debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo;** ...⁴³ (Negrillas y Subrayas fuera de texto).*

-Se reitera, que no existen elementos de juicio para justificar la negativa a restituir al niño al lado de su padre. Por el contrario, se considera que la madre pretendió tal como lo evidencia su propio dicho, romper los vínculos entre el padre y el niño, fundándose exclusivamente en el derecho y la preferencia que dice tener ahora, de estar al lado del niño, aceptando que fue al lado de su padre con quien permaneció desde su nacimiento y que este y su familia le brindan atención en todas las esferas (salud, alimentación, vivienda, etc.), razón por la que resulta absolutamente reprochable la conducta egoísta asumida, que conllevó la ruptura abrupta y no anticipada del padre y el menor de edad, aunado a que los comunicó so pretexto de tener "dañado" o haber "perdido" su celular, actuaciones que debieron merecer un fuerte rechazo por parte de la A Quo y que de ninguna manera pueden resultar avaladas por esta Corporación.

⁴³ Sentencia T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-587/98 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

-No desconoce esta Sala, tal como lo indicó la profesional en psicología, la afectación que ha sufrido el niño; sin embargo, debe repararse que ella, se dio en forma inicial, por la manera súbita en que la madre lo sustrajo diciendo que le compraría un par de zapatos y lo regresaría a su hogar, aspecto que sin duda, constituyó un daño de enorme trascendencia para la estabilidad emocional del niño, quien, no tiene la madurez emocional para comprender las razones y el porqué de esa situación.

-Por el tiempo transcurrido en el ICBF para gestionar **la restitución voluntaria y el trámite judicial (a más de tiempo que se necesitó para ubicar a la madre del niño)**, es entendible que desde la esfera emocional este haya desarrollado vínculos afectivos con la madre y que obviamente su restitución va a generar algunos trastornos que podrá superar por la gran capacidad de resiliencia que tiene a su edad, según lo precisaron las profesionales del ICBF. Mantenerlo alejado de su hogar paterno, de su familia extensa con la que vivió en sus primeros cuatro años de vida, sometido a una separación forzosa y abrupta, con imposibilidad de contacto, no hace desaparecer el daño causado, por el contrario, lo acrecienta y mantiene vigente la vulneración de sus derechos *per se* prevalentes y preferentes, de aplicación inmediata.

-Tal como lo indicó la Corte en un caso similar al ahora estudiado, **"no ordenar el regreso del menor tendría, a corto, mediano y largo plazo, efectos tanto o más perjudiciales"**⁴⁴, que los derivados de mantenerlo en el país al cual fue sustraído, sin reparar que en el país requirente, nada le impide a la madre solicitar las visitas o custodia del niño y de todas maneras, mantener contacto directo y permanente con el niño, aclarándose que en el marco de este proceso, su actuación no compromete su

⁴⁴ Sentencia T 412 de 2000.

responsabilidad penal, pues el Convenio, tiene exclusivamente, efectos civiles.

-Así las cosas, el desarraigo violento de su entorno, de su hogar, de quienes lo rodeaban como familia, debió ser **ponderado** por la A Quo, quien además, pese a desarrollar una audiencia **de aproximadamente 13 horas**, ningún interrogante generó en torno a la situación del niño, sus sentimientos, su sufrimiento o al menos preocupación por la repentina separación de su padre y demás familiares, su falta de contacto o comunicación con ellos; incluso su abuela materna al rendir su testimonio dijo que no hablan con el niño "acerca de su papá", que el niño le "habla o nombra al papá Alexander y a su abuela", pero ella "**se queda callada y no le dice nada**"; aspectos que se suman a las razones para determinar que la permanencia en Colombia de A.S.G.B. lo mantienen y mantendrán apartado, desviado y retirado del que siempre ha sido su medio familiar.

-Finalmente, tampoco se entiende la ambivalente argumentación de la A Quo, de negar la restitución, justificando el interés superior del niño, en el "arraigo" que desarrolló en este país al lado de su madre, limitándose simplemente a indicar que: "el despacho consideraba que en tratándose del principio del interés superior del menor y su interés prevalente, no se podían exigir ritualidades que para el caso no corresponden por la naturaleza especial del proceso, es decir así no se alegue las situaciones específicas o las excepciones, si el juez las encuentra probadas, el juez debe atender ese interés superior y prevalente del menor".

-La a quo debía tener claro que en el caso que nos ocupa, no estaba compelida a analizar la excepción de arraigo o integración del menor a su nuevo medio (de hecho así le fue advertido por la Defensoría de Familia), al encontrarse probado que el trámite de restitución se inició dentro del año sucesivo a la sustracción, situación que ha sido objeto de análisis

en repetidos pronunciamientos por la jurisprudencia constitucional, indicando que su análisis "se encuentra previsto para aquellos casos en los que el tiempo transcurrido entre esos dos extremos temporales ha excedido el plazo de un año ..." ⁴⁵, y que "la adaptabilidad del menor al entorno al que es incorporado luego de la sustracción **no es una causal suficiente para negar el regreso ante un traslado o retención ilícita, por cuanto precisamente el Convenio tiene la finalidad de evitar esta adaptabilidad mediante la disposición que obliga a disponer un retorno inmediato; la situación creada mientras se resuelve esta cuestión ante las autoridades competentes es precaria ...**" ⁴⁶.

- Se concluye entonces, que el interés superior del niño en el marco de este proceso, no se garantiza o hace efectivo avalando la arbitraria actuación de su madre, sino por el contrario, ordenado su inmediata restitución al entorno familiar del que fue sustraído, adoptando el I.C.B.F. las medidas necesarias para el acompañamiento al niño y a sus padres para que la restitución se lleve a cabo de la manera menos traumática posible, restitución que, a diferencia de la sustracción, no se va a dar agresivamente, pues si bien puede causarle alguna afectación, no por ello, deja de ser procedente.

-Si solo se fincara la mirada como hizo la A Quo, en la "doble afectación" por sustracción - retorno, ninguna aplicación efectiva real tendría el mencionado Convenio. Además, las posibilidades de readaptación del niño no se evidencian inalcanzables, siendo totalmente especulativa la afirmación de la a quo, que, en la actual situación de pandemia, regresarlo le generaría riesgo cierto, cuando en este país no tiene garantizados a plenitud sus derechos, al punto que no cuenta con atención completa en salud y debió concederle a la madre un tiempo para gestionar su escolarización.

⁴⁵ Sentencia T 1021 de 2010

⁴⁶ Ibid.

LA DECISIÓN:

Bajo las anteriores precisiones se revocará la sentencia de primera instancia y se harán las disposiciones consecuenciales a la restitución ordenada⁴⁷.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN, SALA CIVIL-FAMILIA,** "Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley",

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 5 de febrero de 2021, por el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SANTANDER DE QUILICHAO, dentro del PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL del menor A.S.G.B., en contra de su progenitora, señora YUSKLEIDY EVELYN BECERRA ROMERO.

SEGUNDO: Ordenar la restitución internacional del niño A.S.G.B. a la República Bolivariana de Venezuela, de manera **INMEDIATA**, para lo cual, el I.C.B.F. dentro del ámbito de su competencia iniciará de manera **INMEDIATA** el trámite de restablecimiento de sus derechos y prestará a través de su equipo interdisciplinario intervención psicosocial coordinada y dirigida a los padres y al menor de edad, de forma tal que la restitución sea precedida de una adecuada preparación que permita al niño, reducir el impacto por la alteración del medio en el cual actualmente se desarrolla.

⁴⁷ Artículo 22 del Convenio de la Haya: "No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio". Aprobado mediante Ley 173 de 1994.

Igualmente, el I.C.B.F y demás autoridades que conserven competencia para el cumplimiento de esta orden, adoptarán de manera **INMEDIATA** las medidas correspondientes para evitar la movilización del niño y que impida u obstaculice su restitución.

TERCERO: Oficiar a Migración Colombia y a la Policía Nacional⁴⁸, comunicando lo aquí decidido para que se levante el impedimento de salida del país del niño A.S.G.B. En el oficio correspondiente, se incluirá el nombre completo del menor de edad y los datos de su certificado de nacimiento, identificación completa de sus progenitores y de lo resuelto en esta providencia.

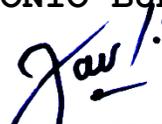
CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN

⁴⁸ Lo anterior porque en oficio del 24 de diciembre de 2020, el Coordinador del Centro Facilitador Popayán Migración Colombia se explicó lo siguiente: ... "Comunico que se registró el impedimento de salida del país en nuestra Plataforma de Información Misional, el día 24 de diciembre de 2020, en el Módulo de Consignas de Migración Colombia. Igualmente es importante comunicar que la información incluida en la base de datos de la Policía Nacional, replica automáticamente en los Puertos de Control Migratorio ... **pero no es susceptible a modificaciones, por parte de Migración Colombia ya que no somos los administradores de la información, en ese sentido es necesario que se solicite ante la Policía Nacional el levantamiento de la restricción existente"**. (Folio 53)