No. DE PROVIDENCIA:	**TSC(SCF)069-2019**
M. PONENTE:	MANUEL ANTONIO FLECHAS RODRÍGUEZ
TIPO DE PROVIDENCIA:	Sentencia segunda instancia - Apelación
FECHA:	13 / 05 / 2019
CLASE DE PROCESO:	Especial de Restitución Internacional de Niñas, Niños y Adolescentes
RADICACIÓN:	54001-31-60-004-2018-00465-01
RADICADO TRIBUNAL:	2018-0424-00
DECISIÓN:	Confirmar la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2018 por la cual el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad del Circuito de Cúcuta, se abstuvo de pronunciarse frente a la pretensión de restitución internacional del menor de 16 años y no accedió respecto de los otros dos menores
OBSERVACIÓN:	Esta ficha no cuenta con hipervínculo de acceso a la providencia pues corresponde a decisión contenida en medio magnético que podrán obtenerse a través de la Relatoría de la Corporación Correo: reltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

DESCRIPTORES – Restrictores:

- **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES – Presupuestos de la acción / Cláusulas excepcionales / Caso concreto**

TESIS –EXTRACTOS-:

El problema jurídico resuelto por la Corporación se circunscribió a establecer *"si fue o no acertada la determinación de la juez de instancia al negarse a restituir a los menores"* (…) *"de 16, 11 y 9 años respectivamente, al momento de la presentación de la demanda, teniendo en cuenta las condiciones familiares, psicológicas y económicas presentadas en el país solicitante"*.

Para tal fin, enmarcó la acción especial, primeramente en *"los artículos 112 y 137 de la Ley 1098 del 2006, que disponen la facultad de restituir internacionalmente a los niños, niñas y adolescentes indebidamente retirados por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, trámite que inicialmente se surte de manera administrativa ante el Defensor de Familia y posteriormente ante los Jueces de Familia mediante el proceso verbal sumario que se tramite en primera instancia ante el Juez de Familia y en segunda"* ante el Tribunal, resaltando que las normas que regulan la materia, son las Leyes 173 de 1994 mediante la cual se aprobó el Convenio suscrito por Colombia en La Haya el 25 de octubre de 1980, relativo a los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, y la Ley 620 del 2000 que corresponde a la aprobación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989.

Entonces expuso el Tribunal, que para que proceda la Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes, es menester el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en las mentadas normatividades, las cuales ha consagrado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-202 del 2018, así: *"para que se configure la retención ilegal de un menor de edad al interior de la jurisdicción de alguno de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades administrativas o judiciales, conforme a la competencia asignada por la legislación de cada país, deberán acreditar los siguientes presupuestos: 1) que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad"* (art. 4); *"2) que exista un ejercicio individual o compartido del derecho de custodia sobre el menor de edad"* (art. 3); "3) *que la residencia habitual del menor retenido sea la del país requirente"* (art. 4); "4) *que el menor retenido se encuentre efectivamente en el país requerido"* (art. 1); *"5) que la Autoridad Central del país donde se encuentra el menor retenido agote la etapa de restitución voluntaria"* (art. 10); *"6) que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del año siguiente a la retención"* (art. 12); *y, "6) que no se configure ninguna de las causales de excepción previstas en el Convenio"* (art. 13). Y que dichas causales de excepción corresponden a: *"1) Que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno; 2) Que los titulares de la solicitud hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad al traslado o retención; 3) Que exista un riesgo grave de que la restitución del menor puede exponerlo a un peligro físico o psíquico, o que de cualquier otra manera se pone en una situación intolerable; 4) Que se compruebe que el propio menor se opone a la restitución, cuando éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones."*

A partir de dicho panorama conceptual, la Sala determinó que fue acertado lo resuelto por la Juez de instancia, primeramente en cuanto se refiere a la decisión de abstenerse de pronunciarse sobre la restitución internacional del joven de 16 años de edad, puesto que se cumple el presupuesto relativo a la edad, mencionado en la normatividad que rige la materia, y dado a que de manera espontánea y libre, el menor manifestó *"que no quiere regresar a Perú, porque allí no estudia, hay violencia psicológica y física, que su papá toma, que le da miedo y se siente inseguro aunque nunca lo ha golpeado".*

En el caso de los otros menores, procedió la Corporación a estudiar los respectivos presupuestos normativos de la Restitución Internacional, puntualizando que *"para la Sala existió un ejercicio individual y de algún modo arbitrario del derecho de custodia por parte de la madre sobre los menores"*, pues tal como lo reconoció ante el ICBF y el a quo, fue ella quien los sustrajo de la provincia de H. en Perú para el día 15 de junio del 2018, fecha en la que

tomó la decisión de venirse a Colombia y desde ese día se encuentra aquí, *"lo que permite colegir además que actualmente los menores se encuentran efectivamente en este país de Colombia y que su lugar de residencia habitual era la provincia del Perú que antes se mencionó, pues allí tenían su hogar, no sólo su hogar paterno y materno, sino también su colegio y demás vida social"**;* agregando que de igual forma se evidenció, que la solicitud de restitución fue presentada dentro del año siguiente a la retención y que el ICBF agotó la restitución voluntaria.

Pese a lo antes dicho, advirtió el Colegiado, que como los dos menores que a la fecha de la sentencia de segunda instancia constaban con 11 y 12 años de edad, se constituyen en sujetos de especial protección constitucional a la luz del artículo 2 de la Ley 620 del 2000, para obtener la restitución internacional se hace necesario en su caso, como lo ha considerado el Alto Tribunal de lo Constitucional, *"estudiar las cláusulas de excepción, las cuales comportan, como antes se dijo, el interés superior de los menores de edad, la consideración de sus opiniones y la integración al nuevo medio social y familiar", aspectos estos que tienen carácter decisivo a la hora de analizar si es o no procedente la restitución internacional de los menores."*

Para tal efecto, la Sala Civil Familia consideró las manifestaciones, tanto de los menores sujetos de restitución como de su ascendiente, que dieron cuenta de los maltratos físicos, psicológicos y emocionales que todos sufrieron de parte del accionante, así como de los abusos sexuales e infidelidad que este cometió contra la madre, cuando todos convivían en el país Peruano, destacándose que el padre era consumidor habitual de licor, muy agresivo y que no trabajaba, luego no suplía las necesidades de sus menores hijos, razones por las cuales, éstos expresaron su deseo de no regresar allí y quedarse en Colombia junto con su progenitora.

De la valoración probatoria advirtió la Corporación que *"aun cuando el demandante afirma que en Perú los menores tenían su residencia habitual, lo cierto es que en dicho lugar se encontraban en peligro no solo de ser desescolarizados, sino de encontrarse en situación de abandono, pues según el propio dicho de los menores y demás personas citadas, a la fecha se deben las mensualidades del Colegio en el cual se encontraban estudiando"*, al punto que el mayor de los jóvenes ya había sido suspendido, en tanto que sus hermanos, *"si bien asistían a clases, estos no podían presentar exámenes, pues se encontraban imposibilitados para ello, y aun cuando eran buenos estudiantes dicha situación los llevaba a presentar las pruebas por fuera de las fechas programadas, debiendo trasnocharse, creando situación de angustia y zozobra a los jóvenes, ya que en ocasiones son muchas las pruebas para presentar en un solo día y tenían que quedarse estudiando hasta tarde"*, agregando que quien velaba por ellos era su progenitora, *"circunstancias todas estas que permiten colegir, que en cualquier caso ante la eventual restitución de los jóvenes al país Peruano, los menores no tendrían con quien quedarse, pues como quedó expuesto era su madre quien no solo se encargaba de su cuidado sino también de pagar parte de sus gastos estudiantiles, pues era con su trabajo como secretaria del plantel estudiantil que pagaba las mensualidades atrasadas, ya que ese había sido el acuerdo al que había llegado con el rector del mismo."*

Luego, coligió el Tribunal, que, pese al cumplimiento de los presupuestos o requisitos generales para la restitución internacional ya referenciados, en el presente asunto sí se configuran las causales de excepción previstas en el Convenio para que no proceda la restitución solicitada, resultando así validado el pronunciamiento de la juez de primer nivel. Al efecto se precisó:

"Sabido es que las cláusulas de excepción, comportan disposiciones que aluden al interés superior de los menores de edad, a la consideración de sus opiniones y a la integración al nuevo medio social y familiar, aspectos éstos que claramente tienen un carácter decisivo al momento de analizar el asunto de marras, pues revisado el material probatorio recaudado, se extrae claramente que pese a las difíciles condiciones económicas que a la fecha ostenta la señora M.S.A.R., pues a la fecha no tiene trabajo formal, es independiente ejerciendo labores de masajista, ni tiene casa propia en la cual vivir, pues vive en la casa de una hermana, es claro que los menores", "desean vivir con su madre, pues así no sólo lo manifestaron a la Psicóloga de Bienestar Familiar sino también en las declaraciones rendidas ante el a quo el 6 de diciembre del 2018".

(…)

Por lo anterior y como quiera que en la legislación interna, en lo que tiene que ver con el derecho de los menores de edad se propende además del interés superior del niño, el deber de ser escuchados, pues tal como establece el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia "en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta", considera este ente Colegiado, que fue acertada la determinación del a quo en negarse a ordenar la restitución de los jóvenes solicitados, máxime si se tiene en cuenta que de una lectura de los informes de atención psicológica visible a folios 102 a 116, se extrae que tienen relaciones asertivas y funcionales en Colombia, pese a vivir en la casa de una tía materna, que tienen lazos afectivos fuertes con su progenitora, quien además se encuentra haciendo gestiones para obtener su nacionalización e inscribirlos en un colegio oficial de esta ciudad, así como permitiendo su acceso a una EPS subsidiada, debido a sus limitados recursos económicos. Y como manifestó en sus alegatos en esta audiencia la apoderada de la parte demandada, mediante tutela lograron los documentos necesarios para poder estudiar."

Por manera, que con fundamento en lo dispuesto en la materia por el Convenio de La Haya de 1980, que habilita al juzgador para abstenerse de ordenar la restitución del menor a su país de residencia habitual cuando se ha acreditado la excepción, tal como ocurrió en el caso concreto, el Tribunal consideró que los menores se integraron de manera positiva a su nuevo medio social y familiar y mal podría ordenarse su restitución, comoquiera que el referido Convenio en concordancia con el artículo 44 de la Constitución Política que consagra la prevalencia de los derechos de los niños, "*persigue la materialización del interés superior del niño, al entender que, ordenar la restitución de un menor que se ha integrado a un nuevo centro de vida y que ha constituido una nueva residencia habitual, vulnera este principio",* "por lo que es procedente confirmar integralmente el fallo apelado".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA ARTÍCULO 44 / LEY 1098 DE 2006 CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA ARTÍCULOS 26, 112 Y 137 / LEY 173 DE 1994 / LEY 620 DE 2000