

## RELEVANTE

### SALA DE CASACIÓN LABORAL

<b>ID</b>	: 749895
<b>M. PONENTE</b>	: JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN
<b>NUIP</b>	: 94421
<b>NÚMERO DE PROCESO</b>	: T 94421
<b>NÚMERO DE PROVIDENCIA</b>	: STL11797-2021
<b>PROCEDENCIA</b>	: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria
<b>CLASE DE ACTUACIÓN</b>	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
<b>TIPO DE PROVIDENCIA</b>	: SENTENCIA
<b>FECHA</b>	: 01/09/2021
<b>DECISIÓN</b>	: CONFIRMA CONCEDE TUTELA
<b>ACCIONADO</b>	: SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VILLAVICENCIO / JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE VILLAVICENCIO
<b>ACCIONANTE</b>	: A.M.N. JR. / A.C.P.
<b>ACTA n.º</b>	: 32
<b>FUENTE FORMAL</b>	: Constitución Política art. 44 / Ley 1098 de 2006 art. 112 / Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores / Código General del proceso art. 176

### ASUNTO:

¿La decisión de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio que ordena la restitución internacional de los menores de edad a la ciudad de Londres, por solicitud del padre, vulnera los derechos fundamentales de la accionante y sus hijos?

**TEMA: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL -**  
Procedencia excepcional de la acción

Tesis

«Tal como ha sido sostenido por la jurisprudencia nacional, por regla general la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, solo en forma excepcional resulta viable la prosperidad del amparo para atacarlas cuando con ellas se causa vulneración a los derechos fundamentales de los asociados.

Los criterios que se han establecido para identificar las causales de procedibilidad en estos eventos están cimentados en el reproche que merece toda actividad de la administración de justicia arbitraria, caprichosa, infundada o rebelada contra las preceptivas legales que rigen el respectivo trámite, con detrimento de las garantías reconocidas por la Constitución Política a las personas».

**DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES** - Principio de corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la atención, cuidado y protección de los menores: importancia (c. j.)

**DERECHO INTERNACIONAL** - Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños: obligación estatal de ordenar la restitución internacional del menor cuando se configura su retención ilegal dentro de la jurisdicción de algunos de los Estados contratantes

**DERECHO INTERNACIONAL** - Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños: finalidad

**DERECHO INTERNACIONAL** - Proceso de restitución internacional de menores - Concepto de ilicitud: presupuestos

**DERECHO INTERNACIONAL** - Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños: excepciones para ordenar la restitución del menor a su lugar de origen

**DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES** - Prevalencia del interés superior del menor de edad: criterios jurídicos a revisar por los funcionarios judiciales y las autoridades administrativas, para garantizar la prevalencia (c. j.)

Tesis

«En el caso que nos ocupa, pretende la accionante que se deje sin efectos la decisión proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, y en su lugar se confirme la sentencia de primera instancia que negó la restitución de sus menores hijos a Londres-Reino Unido, por considerar que el juez de segundo grado desconoció las garantías superiores de sus hijos.

Para desatar la impugnación formulada, es oportuno remitirse a lo establecido en el artículo 112 de la Ley 1098 de 2006, el cual señala que:

los niños, las niñas o los adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, serán protegidos por el Estado Colombiano contra todo traslado ilícito u obstáculo indebido para regresar al país. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, a la Ley 620 de 2000 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, y a las demás normas que regulen la materia.

Estos asuntos, es decir, “restitución internacional de menores”, como el que concita la atención de la Sala, se gobiernan bajo los parámetros del “Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores”, el cual tiene como objeto asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante.

La citada norma estipula que, en esta clase de procesos, las autoridades judiciales o administrativas tienen que verificar si se dan los supuestos

consagrados en el artículo 3.º del Convenio, a saber:

a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, a una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso;

b) Que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido.

Sin embargo, ello no implica que de manera automática el juez deba, sin mayores consideraciones, disponer la devolución del menor al país extranjero, por cuanto, es necesario, primero, analizar si en el caso particular emerge alguna de las excepciones contenidas en el artículo 13 ibídem:

a) Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso;

b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social.

A fin de determinar los derechos superiores de los niños, niñas y adolescentes, se han fijado unos criterios que deben ser considerados por los jueces al momento de resolver los asuntos puestos a su conocimiento; así los definió la Corte Constitucional en sentencia CC T-338-2019:

Son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en un caso particular: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares (si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes); (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares; y (vii) la evasión de cambios desfavorables en las condiciones de los niños involucrados. Adicionalmente, en desarrollos jurisprudenciales posteriores, se ha sumado a estos criterios, (viii) el respeto por el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y de participar en las decisiones que los involucran».

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso de restitución internacional de menores: vulneración del derecho por indebida valoración probatoria de la declaración del trabajador social londinense, quien conoció del caso, minimizando los riesgos al que están expuestos los menores en su país natal

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso de restitución internacional de menores: vulneración del derecho al restarle trascendencia a la violencia directa e indirecta sufrida por los menores de edad, ante la falta de una sentencia condenatoria por violencia intrafamiliar en contra del victimario

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso de restitución internacional de menores: vulneración del derecho al dejar de analizar el caso con perspectiva de género

**DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA** - Enfoque de género en la administración de justicia: deber del funcionario judicial de analizar el caso desde una perspectiva de género (c. j.)

**DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA** - Violencia de género - Violencia intrafamiliar - Violencia psicológica: flexibilización de los medios de prueba en razón de su dificultad probatoria

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso de restitución internacional de menores: vulneración del derecho al atribuirle al juez de primera instancia la mutación del litigio a un proceso de custodia, bajo el supuesto de orientar el debate probatorio, por haber indagado sobre la familia extensa de los progenitores, sin analizar las posibles consecuencias físicas y psíquicas que genera un nuevo desarraigo para los menores de edad

**DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES** - Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella: importancia de los vínculos familiares como soporte indispensable en el desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes (c. j.)

Tesis

«En el caso objeto de análisis, el Juzgado Tercero de Familia de Villavicencio negó la restitución solicitada por el progenitor de los menores IN y BN tras considerar lo siguiente:

En este caso, los menores que solicita el Reino Unido sean retornados por ser connaturales y así requerirlo su progenitor AMNJ apenas alcanzan los 7 y años de edad, fase inicial de su desarrollo y madurez física y mental, que los hace vulnerables a cualquier tipo de riesgo y por ello, deben ser protegidos no solo por su familia, sino además por el Estado y las autoridades en aras de evitarles daños futuros en su edad adulta; y por ello, nuestra Jurisprudencia constitucional les ha otorgado estatus de sujetos de especial protección constitucional reforzada con fundamento en el art 44 de la Carta Política.

Significa entonces lo anterior, que el interés superior del menor debe ser considerado como pilar fundamental del Estado Social de Derecho y una manifestación del deber general de solidaridad, otorgándosele un trato preferente como sujeto de especial protección, incluso, en casos

prevaleciendo por sobre los derechos de otras personas cuando entran en tensión sus derechos, sin que ello signifique, en manera alguna, que su derecho sea absoluto, porque si bien, en principio, el Estado no puede interferir o intervenir en conflictos o relaciones paterno filiales o familiares, si se debe y se tiene que intervenir cuando ese interés del menor se encuentre en amenaza o se presuma un eventual daño o riesgo.

También, es un derecho de los NN a tener una familia y a no ser separado de ella (art 2 CIA), salvo que ésta misma, no le garanticen su protección.

En este caso en concreto, considera la demandada ACP a través de su apoderado que corren riesgo sus menores hijos IN y BN si se ordena su regreso al Reino Unido de donde son natales, pues no existe garantía que al vivir en un nuevo hogar con su progenitor, no se verían inmersos nuevamente en violencia domestica como ya sucedió en el pasado, por cuanto AMNJ tiene problemas comportamentales de ira, como quedó evidenciado ante el Departamento de servicios sociales de Wandsworth; sumado al consumo de cannabis y a la incipiente colaboración de las autoridades de Londres respecto del comportamiento sexualizado que ha mostrado la menor IN, siendo posible, que le entreguen la custodia de los menores a su padre ante la causa criminal que este le adelanta por secuestro y que es inminente su captura si vuelve a ese país, lo cual le generaría graves traumas a sus hijos.

Igual planteamiento señalan la Procuradora 30 delegada para los NNA y la defensora de familia del ICBF, al señalar que en este caso debe analizar si el retorno de los menores a su país de origen que los requiere es adecuado, dadas las condiciones y razones por las cuales llegaron a Colombia, por la violencia doméstica de que fue víctima su progenitora, lo cual debe ser visto también con perspectiva de género ante una violencia no solo física, sino psicológica y económica que si bien no fue dirigida por NMNJ directamente hacia sus hijos, ello si afectó el ambiente o entorno en que se desarrollaban los infantes, logrando afectarlos emocionalmente como ha sucedido con IN.

Por su parte el juez de apelaciones al desatar la alzada, la revocó y concluyó que la retención de los menores en Colombia había sido ilícita, para ello dijo que:

Así las cosas, lo que la Sala percibe es que la señora ACP interrumpió de manera intempestiva el plan de apoyo e intervención sociofamiliar que sobre su núcleo familiar estaban adelantado las autoridades locales del lugar de residencia habitual de los menores, el cual se reitera, estaba dando resultados positivos, así como el procedimiento judicial en el que se estaba discutiendo un convenio regulador de los menores, y en que vale reiterar, ya se había reconocido a la madre de estos su custodia efectiva, y en el que además, el 24 de mayo de 2019, se le dio orden expresa de retornarlos al Reino Unido.

4.8.- Tal parece que a la señora ACP tiene dificultades para cumplir órdenes emanadas por autoridad competente, pues, además de desacatar al Juzgado Central de Familia de Londres, lo hizo también con el Juzgado de conocimiento, cuando pese a existir orden de facilitar contacto con el progenitor de los menores a través de medios tecnológicos, impidió tal acercamiento so pretexto de que el padre utilizaba lenguaje inapropiado en las conversaciones, circunstancia que no encontró demostración en

otros medios de prueba, y que resulta difícil de aceptar pues se evidencia contradicción en su dicho, cuando primero afirmó que no podía siquiera escuchar la voz del señor AMNJ, porque eso la hace entrar en estado de ansiedad, pero luego dijo que este último utiliza lenguaje inapropiado al charlar con la niña IN, lo que supone que si debía estar al tanto de las conversaciones en cuestión, quedando en duda entonces, si es cierto lo del lenguaje obsceno del padre, pues, si la señora ACP no puede tolerar escuchar a su ex pareja, como es que si lo hace para vigilar las conversaciones que este tiene con los niños. [...]

4.13.- Vale la pena precisar que, sin proponérselo, la Juzgadora de primer grado terminó orientando el debate probatorio a establecer cuál de los dos padres es mejor para la crianza de los hijos, como cuando por ejemplo, indagó sobre la familia extensa del padre de los niños en el Reino Unido y lo mismo frente a la madre en este país, mutando el tema de la Litis a un proceso de custodia, siendo que tal cuestión está expresamente prohibida por el Convenio de La Haya, que como se vio en precedencia, señala que los aspectos sobre la custodia de un menor no deben ser decididos de fondo por las autoridades del país requerido, pues, es de la esencia de esa normativa, que sea bajo las leyes del país de origen de un menor sustraído que se resuelva sobre el particular.

Revisada la providencia controvertida, considera este juez constitucional de segundo grado, tal como concluyó el primigenio, que la colegiatura censurada, incurrió en una inadecuada apreciación de los medios probatorios recaudados, pues no los valoró en su conjunto como se lo imponía el artículo 176 del CGP, lo que llevó a proferir la decisión que se revisa en esta sede.

Nótese, que el juez singular minimizó el riesgo al que estaban expuestos los menores IN y BN, al decir que:

De otro lado frente a la violencia doméstica presenciada por los niños, la profesional destacó que en la niña IN no se evidencia impacto psicológico y que aunque la madre manifiesta que sufrió violencia con su pareja, la niña IN no refleja secuelas relacionadas con situaciones agresivas, respecto del niño BN, no conceptuó dado que este no interactuó lo suficiente y prefirió dedicarse a jugar durante la entrevista, la cual terminó con que los niños denotan capacidad para adaptarse a nuevo medio y son emocionalmente estables.

De igual forma, valoró de manera fraccionada la declaración del trabajador social que conoció del caso en Londres, señor Brett Paarsley, diligencia que valga mencionar fue un tanto accidentada por la dificultad del idioma, ya que la traductora que colaboró en la audiencia al parecer no lo hacía de forma literal frente a lo que el deponente expresaba, y por ello los apoderados de las partes y la misma demandada frecuentemente interrumpían para que indicara exactamente lo que decía el testigo; finalmente de lo que se logró, quedó establecido que el profesional afirmó que la señora A.C.P., tenía razones para estar alejada junto con sus hijos del padre de estos, que al hacer la valoración familiar frente al historial de violencia doméstica del niño BN "no generó "impresión" de afectación", sin embargo, pasó por alto el tribunal que en ese aspecto el declarante también dijo que como el niño era muy pequeño no tenía la capacidad de expresar de forma clara la situación y que durante la entrevista se la pasó

jugando,

distraído.

En cuanto al señor A.M.N.JR, el profesional manifestó que “en su presencia” el padre “siempre fue bueno y no demostró ira”, pero que “no podía afirmar si dicho señor podría o no hacerse cargo de los niños” pues los mismos siempre han estado con la mamá; insistió en el hecho de que, en caso de que los pequeños retornen a su país de origen no hay garantías de que vuelvan con el padre ya que previamente debe hacerse nueva valoración al referido señor; luego dijo el juez plural, que los episodios de violencia doméstica sufridos por los menores y la mamá de estos,

[...] no son de la envergadura insinuada por la progenitora de los menores, máxime cuando, además de los reportes de violencia referidos por la madre, y que por ello se encuentran relacionados en los comités celebrados por el servicio social de Wandsworth, no existe en el paginario documentos que den cuenta de cómo se desarrolló tal conflicto, a guisa de ejemplo, dictámenes de medicina legal o sentencia condenatoria por agresión en contra del señor AMNJ.

En este punto, es preciso preguntar, para que la violencia impartida a un menor, ya sea de forma directa o porque ve que maltratan a su madre, pueda considerarse “de envergadura” ¿es necesario que exista una condena en contra del agresor?, es que resulta que para que se llegue a una condena en ese aspecto, es porque el nivel de violencia deja consecuencias trágicas, por lo que no puede ser de recibo que el juez colegiado haya restado la importancia que el asunto tiene, y no haya estudiado el tema, no solo desde el marco normativo que regula este asunto, sino que debió analizarlo desde una perspectiva de género, ya que las circunstancias del caso lo ameritaban, en atención a las personas víctimas de las conductas violentas, toda vez que los jueces “Son sujetos garantizadores, aplicadores de derechos y pedagogos sociales; son sujetos de conocimiento con posibilidades intelectuales, éticas y emocionales para comprometerse a fondo con la compleja comprensión de esta temática, con posibilidades y capacidades para transformar y crear nuevas realidades desde la producción jurídica”.

En la misma línea se pronunció esta Sala en sentencia CSJ STL13747-2018, así:

Debe tenerse presente, que en asuntos como el que se revisa, no se puede dictar una decisión meramente formal sin una perspectiva de género, pues los jueces al igual que todas las autoridades públicas, están llamados no sólo a seguir lo dispuesto en la Constitución Política y en las leyes, sino además, a efectuar un control de convencionalidad, el cual les impone, revisar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados concordantes, tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -“Convención De Belém Do Pará”-, ratificada por Colombia desde el 10 de marzo de 1996; al igual que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) firmada en 1979, que además de definir la discriminación de tal grupo poblacional, hizo un llamado a los Estados a que ratifiquen su erradicación, instrumentos que no fueron considerados por los falladores en este caso.

Debe recordarse igualmente, que la violencia psicológica y doméstica que

ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos. Por tanto, es claro que las víctimas de tales agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. En esa medida, desde una perspectiva de género, es necesario que los administradores de justicia, empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se evidencian actos de violencia al interior del hogar, como ocurrió en este caso. CC T-338-2018.

Entonces, es claro que el fallador de segundo grado, se preocupó más por dar aplicación, de manera simple y plana, al convenio internacional, que en garantizar los derechos superiores de los pequeños, IN y BN, que también son nacionales colombianos, como se lo impone el artículo 44 de la Carta Política; igualmente erró el fallador de segundo grado al considerar que la juez del conocimiento "terminó orientando el debate probatorio a establecer cuál de los dos padres es mejor para la crianza de los hijos", al indagar sobre la familia extensa del progenitor "mutando la litis a un proceso de custodia", afirmación que no corresponde a la realidad, pues en líneas anteriores se afirmó por el colegiado que no estaba acreditada la integración de los menores a su nuevo entorno porque según el informe rendido por el asistente social del juzgado, "la estadía de los estos (sic) en Londres no es significativa para los mismos, pero que tampoco muestran experiencias de vida indicadores de su arraigo e integración en este país".

Pues en efecto era deber de la falladora analizar sobre la familia extensa por parte de cada progenitor, y al encontrar que el padre, original de Brasil pero con nacionalidad Británica, no tiene ningún pariente en el Reino Unido, mientras que la madre, vive con su progenitora, abuela de los niños, con quien comparten los menores; análisis que resultaba determinante a fin de evitar que un nuevo desarraigo genere un efecto contrario al pretendido, y produzca daños físicos o psíquicos en ellos, teniendo en cuenta que quien se ha encargado siempre de los cuidados y atención de IN y BN es la señora ACP como quedó demostrado en el proceso.

En este sentido, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos como el presente, entre otras en CSJ STL14673-2017 y CSJ STL3957-2019, en esta última se consideró:

Dentro de ese conjunto de garantías, se halla el derecho de los hijos de tener contacto con sus progenitores cuando viven separados en atención a que por su naturaleza y finalidad la visita es un "derecho familiar" del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio ha de estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares, por cuanto de allí depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en menoscabo de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil, haciéndose por tanto imperioso para las autoridades administrativas y judiciales el propender porque los derechos de los menores no queden supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus ascendientes, en atención a que gozan de prelación sobre todos los demás.

Así las cosas, al no encontrar razones suficientes para revocar el fallo

impugnado, se procederá a su confirmación».

### **CONSIDERACIONES:**

Es competente esta Sala de Casación para conocer de la presente acción en segunda instancia, de conformidad con las reglas de competencia señaladas en el Decreto 333 de 2021.

Tal como ha sido sostenido por la jurisprudencia nacional, por regla general la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, solo en forma excepcional resulta viable la prosperidad del amparo para atacarlas cuando con ellas se causa vulneración a los derechos fundamentales de los asociados.

Los criterios que se han establecido para identificar las causales de procedibilidad en estos eventos están cimentados en el reproche que merece toda actividad de la administración de justicia arbitraria, caprichosa, infundada o rebelada contra las preceptivas legales que rigen el respectivo trámite, con detrimento de las garantías reconocidas por la Constitución Política a las personas.

Frente a los derechos de los menores de edad, se torna necesario recordar que aquellos reconocidos por el artículo 44 del texto constitucional están llamados a su protección por la familia, la sociedad y el Estado, «para garantizar su desarrollo armónico e intelectual», de ahí que cualquier persona pueda reclamar de la autoridad competente «su cumplimiento y la sanción de los infractores».

En el caso que nos ocupa, pretende la accionante que se deje sin efectos la decisión proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, y en su lugar se confirme la sentencia de primera instancia que negó la restitución de sus menores hijos a Londres-Reino Unido, por considerar que el juez de segundo grado desconoció las garantías superiores de sus hijos.

Para desatar la impugnación formulada, es oportuno remitirse a lo establecido en el artículo 112 de la Ley 1098 de 2006, el cual señala que:

los niños, las niñas o los adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, serán protegidos por el Estado Colombiano contra todo traslado ilícito u obstáculo indebido para regresar al país. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, a la Ley 620 de 2000 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, y a las demás normas que regulen la materia.

Estos asuntos, es decir, «restitución internacional de menores», como el que concita la atención de la Sala, se gobiernan bajo los parámetros del «Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores», el cual tiene como objeto asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado contratante.

[1: Tratado ratificado por Colombia mediante la Ley 173 de 1994.]

La citada norma estipula que, en esta clase de procesos, las autoridades judiciales o administrativas tienen que verificar si se dan los supuestos consagrados en el artículo 3.º del Convenio, a saber:

- a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, a una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso;
- b) Que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido.

Sin embargo, ello no implica que de manera automática el juez deba, sin mayores consideraciones, disponer la devolución del menor al país extranjero, por cuanto, es necesario, primero, analizar si en el caso particular emerge alguna de las excepciones contenidas en el artículo 13 ibídem:

- a) Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso;
- b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión.

En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social.

A fin de determinar los derechos superiores de los niños, niñas y adolescentes, se han fijado unos criterios que deben ser considerados por los jueces al momento de resolver los asuntos puestos a su conocimiento; así los definió la Corte Constitucional en sentencia CC T-338-2019:

Son criterios jurídicos para determinar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en un caso particular: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio de sus derechos con los de sus familiares (si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes); (v) la provisión de un ambiente familiar apto para su desarrollo; (vi) la necesidad de justificar con razones de peso la intervención del Estado en las relaciones familiares; y (vii) la evasión de cambios desfavorables en

las condiciones de los niños involucrados. Adicionalmente, en desarrollos jurisprudenciales posteriores, se ha sumado a estos criterios, (viii) el respeto por el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y de participar en las decisiones que los involucran.

En el caso objeto de análisis, el Juzgado Tercero de Familia de Villavicencio negó la restitución solicitada por el progenitor de los menores IN y BN tras considerar lo siguiente:

En este caso, los menores que solicita el Reino Unido sean retornados por ser connaturales y así requerirlo su progenitor AMNJ apenas alcanzan los 7 y años de edad, fase inicial de su desarrollo y madurez física y mental, que los hace vulnerables a cualquier tipo de riesgo y por ello, deben ser protegidos no solo por su familia, sino además por el Estado y las autoridades en aras de evitarles daños futuros en su edad adulta; y por ello, nuestra Jurisprudencia constitucional les ha otorgado estatus de sujetos de especial protección constitucional reforzada con fundamento en el art 44 de la Carta Política.

Significa entonces lo anterior, que el interés superior del menor debe ser considerado como pilar fundamental del Estado Social de Derecho y una manifestación del deber general de solidaridad, otorgándosele un trato preferente como sujeto de especial protección, incluso, en casos prevaleciendo por sobre los derechos de otras personas cuando entran en tensión sus derechos, sin que ello signifique, en manera alguna, que su derecho sea absoluto, porque si bien, en principio, el Estado no puede interferir o intervenir en conflictos o relaciones paterno filiales o familiares, si se debe y se tiene que intervenir cuando ese interés del menor se encuentre en amenaza o se presuma un eventual daño o riesgo.

También, es un derecho de los NN a tener una familia y a no ser separado de ella (art 2 CIA), salvo que ésta misma, no le garanticen su protección.

En este caso en concreto, considera la demandada ACP a través de su apoderado que corren riesgo sus menores hijos IN y BN si se ordena su regreso al Reino Unido de donde son natales, pues no existe garantía que al vivir en un nuevo hogar con su progenitor, no se verían inmersos nuevamente en violencia domestica como ya sucedió en el pasado, por cuanto AMNJ tiene problemas comportamentales de ira, como quedó evidenciado ante el Departamento de servicios sociales de Wandsworth; sumado al consumo de cannabis y a la incipiente colaboración de las autoridades de Londres respecto del comportamiento sexualizado que ha mostrado la menor IN, siendo posible, que le entreguen la custodia de los menores a su padre ante la causa criminal que este le adelanta por secuestro y que es inminente su captura si vuelve a ese país, lo cual le generaría graves traumas a sus hijos.

Igual planteamiento señalan la Procuradora 30 delegada para los NNA y la defensora de familia del ICBF, al señalar que en este caso debe analizar si el retorno de los menores a su país de origen que los requiere es adecuado, dadas las condiciones y razones por las cuales llegaron a Colombia, por la violencia doméstica de que fue víctima su progenitora, lo cual debe ser visto también con perspectiva de género ante una violencia no solo física, sino psicológica y económica que si bien no fue dirigida por NMNJ directamente hacia sus hijos, ello si afecto el ambiente o entorno en que se desarrollaban los infantes, logrando afectarlos

emocionalmente como ha sucedido con IN.

Por su parte el juez de apelaciones al desatar la alzada, la revocó y concluyó que la retención de los menores en Colombia había sido ilícita, para ello dijo que:

Así las cosas, lo que la Sala percibe es que la señora ACP interrumpió de manera intempestiva el plan de apoyo e intervención sociofamiliar que sobre su núcleo familiar estaban adelantado las autoridades locales del lugar de residencia habitual de los menores, el cual se reitera, estaba dando resultados positivos, así como el procedimiento judicial en el que se estaba discutiendo un convenio regulador de los menores, y en que vale reiterar, ya se había reconocido a la madre de estos su custodia efectiva, y en el que además, el 24 de mayo de 2019, se le dio orden expresa de retornarlos al Reino Unido.

4.8.- Tal parece que a la señora ACP tiene dificultades para cumplir órdenes emanadas por autoridad competente, pues, además de desacatar al Juzgado Central de Familia de Londres, lo hizo también con el Juzgado de conocimiento, cuando pese a existir orden de facilitar contacto con el progenitor de los menores a través de medios tecnológicos, impidió tal acercamiento so pretexto de que el padre utilizaba lenguaje inapropiado en las conversaciones, circunstancia que no encontró demostración en otros medios de prueba, y que resulta difícil de aceptar pues se evidencia contradicción en su dicho, cuando primero afirmó que no podía siquiera escuchar la voz del señor AMNJ, porque eso la hace entrar en estado de ansiedad, pero luego dijo que este último utiliza lenguaje inapropiado al charlar con la niña IN, lo que supone que si debía estar al tanto de las conversaciones en cuestión, quedando en duda entonces, si es cierto lo del lenguaje obsceno del padre, pues, si la señora ACP no puede tolerar escuchar a su ex pareja, como es que si lo hace para vigilar las conversaciones que este tiene con los niños.

[...]

4.13.- Vale la pena precisar que, sin proponérselo, la Juzgadora de primer grado terminó orientando el debate probatorio a establecer cuál de los dos padres es mejor para la crianza de los hijos, como cuando por ejemplo, indagó sobre la familia extensa del padre de los niños en el Reino Unido y lo mismo frente a la madre en este país, mutando el tema de la Litis a un proceso de custodia, siendo que tal cuestión está expresamente prohibida por el Convenio de La Haya, que como se vio en precedencia, señala que los aspectos sobre la custodia de un menor no deben ser decididos de fondo por las autoridades del país requerido, pues, es de la esencia de esa normativa, que sea bajo las leyes del país de origen de un menor sustraído que se resuelva sobre el particular.

Revisada la providencia controvertida, considera este juez constitucional de segundo grado, tal como concluyó el primigenio, que la colegiatura censurada, incurrió en una inadecuada apreciación de los medios probatorios recaudados, pues no los valoró en su conjunto como se lo imponía el artículo 176 del CGP, lo que llevó a proferir la decisión que se revisa en esta sede.

Nótese, que el juez singular minimizó el riesgo al que estaban expuestos los menores IN y BN, al decir que:

De otro lado frente a la violencia doméstica presenciada por los niños, la profesional destacó que en la niña IN no se evidencia impacto psicológico y que aunque la madre manifiesta que sufrió violencia con su pareja, la niña IN no refleja secuelas relacionadas con situaciones agresivas, respecto del niño BN, no conceptuó dado que este no interactuó lo suficiente y prefirió dedicarse a jugar durante la entrevista, la cual terminó con que los niños denotan capacidad para adaptarse a nuevo medio y son emocionalmente estables.

De igual forma, valoró de manera fraccionada la declaración del trabajador social que conoció del caso en Londres, señor Brett Paarsley, diligencia que valga mencionar fue un tanto accidentada por la dificultad del idioma, ya que la traductora que colaboró en la audiencia al parecer no lo hacía de forma literal frente a lo que el deponente expresaba, y por ello los apoderados de las partes y la misma demandada frecuentemente interrumpían para que indicara exactamente lo que decía el testigo; finalmente de lo que se logró, quedó establecido que el profesional afirmó que la señora A.C.P., tenía razones para estar alejada junto con sus hijos del padre de estos, que al hacer la valoración familiar frente al historial de violencia doméstica del niño BN «no generó "impresión" de afectación», sin embargo, pasó por alto el tribunal que en ese aspecto el declarante también dijo que como el niño era muy pequeño no tenía la capacidad de expresar de forma clara la situación y que durante la entrevista se la pasó jugando, distraído.

En cuanto al señor A.M.N.JR, el profesional manifestó que «en su presencia» el padre «siempre fue bueno y no demostró ira», pero que «no podía afirmar si dicho señor podría o no hacerse cargo de los niños» pues los mismos siempre han estado con la mamá; insistió en el hecho de que, en caso de que los pequeños retornen a su país de origen no hay garantías de que vuelvan con el padre ya que previamente debe hacerse nueva valoración al referido señor; luego dijo el juez plural, que los episodios de violencia doméstica sufridos por los menores y la mamá de estos,

[...] no son de la envergadura insinuada por la progenitora de los menores, máxime cuando, además de los reportes de violencia referidos por la madre, y que por ello se encuentran relacionados en los comités celebrados por el servicio social de Wandsworth, no existe en el paginario documentos que den cuenta de cómo se desarrolló tal conflicto, a guisa de ejemplo, dictámenes de medicina legal o sentencia condenatoria por agresión en contra del señor AMNJ. (Subrayado propio).

En este punto, es preciso preguntar, para que la violencia impartida a un menor, ya sea de forma directa o porque ve que maltratan a su madre, pueda considerarse «de envergadura» ¿es necesario que exista una condena en contra del agresor?, es que resulta que para que se llegue a una condena en ese aspecto, es porque el nivel de violencia deja consecuencias trágicas, por lo que no puede ser de recibo que el juez colegiado haya restado la importancia que el asunto tiene, y no haya estudiado el tema, no solo desde el marco normativo que regula este asunto, sino que debió analizarlo desde una perspectiva de género, ya que las circunstancias del caso lo ameritaban, en atención a las personas víctimas de las conductas violentas, toda vez que los jueces «Son sujetos garantizadores, aplicadores de derechos y pedagogos sociales; son sujetos de conocimiento con posibilidades intelectuales, éticas y

emocionales para comprometerse a fondo con la compleja comprensión de esta temática, con posibilidades y capacidades para transformar y crear nuevas realidades desde la producción jurídica».

[2: VELÁSQUEZ TORO, Magdala. Género y Justicia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010 p. 28. Plan de Formación de la Rama Judicial. Disponible en <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-15.pdf>]

En la misma línea se pronunció esta Sala en sentencia CSJ STL13747-2018, así:

Debe tenerse presente, que en asuntos como el que se revisa, no se puede dictar una decisión meramente formal sin una perspectiva de género, pues los jueces al igual que todas las autoridades públicas, están llamados no sólo a seguir lo dispuesto en la Constitución Política y en las leyes, sino además, a efectuar un control de convencionalidad, el cual les impone, revisar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados concordantes, tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -"Convención De Belém Do Pará"-, ratificada por Colombia desde el 10 de marzo de 1996; al igual que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) firmada en 1979, que además de definir la discriminación de tal grupo poblacional, hizo un llamado a los Estados a que ratifiquen su erradicación, instrumentos que no fueron considerados por los falladores en este caso.

Debe recordarse igualmente, que la violencia psicológica y doméstica que ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos. Por tanto, es claro que las víctimas de tales agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. En esa medida, desde una perspectiva de género, es necesario que los administradores de justicia, empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se evidencian actos de violencia al interior del hogar, como ocurrió en este caso. CC T-338-2018.

Entonces, es claro que el fallador de segundo grado, se preocupó más por dar aplicación, de manera simple y plana, al convenio internacional, que en garantizar los derechos superiores de los pequeños, IN y BN, que también son nacionales colombianos, como se lo impone el artículo 44 de la Carta Política; igualmente erró el fallador de segundo grado al considerar que la juez del conocimiento «terminó orientando el debate probatorio a establecer cuál de los dos padres es mejor para la crianza de los hijos», al indagar sobre la familia extensa del progenitor «mutando la litis a un proceso de custodia», afirmación que no corresponde a la realidad, pues en líneas anteriores se afirmó por el colegiado que no estaba acreditada la integración de los menores a su nuevo entorno porque según el informe rendido por el asistente social del juzgado, «la estadía de los estos (sic) en Londres no es significativa para los mismos, pero que tampoco muestran experiencias de vida indicadores de su arraigo e integración en este país».

Pues en efecto era deber de la falladora analizar sobre la familia extensa por parte de cada progenitor, y al encontrar que el padre, original de Brasil pero con nacionalidad Británica, no tiene ningún pariente en el Reino Unido, mientras que la madre, vive con su progenitora, abuela de los niños, con quien comparten los menores; análisis que resultaba determinante a fin de evitar que un nuevo desarraigo genere un efecto contrario al pretendido, y produzca daños físicos o psíquicos en ellos, teniendo en cuenta que quien se ha encargado siempre de los cuidados y atención de IN y BN es la señora ACP como quedó demostrado en el proceso.

En este sentido, esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos como el presente, entre otras en CSJ STL14673-2017 y CSJ STL3957-2019, en esta última se consideró:

Dentro de ese conjunto de garantías, se halla el derecho de los hijos de tener contacto con sus progenitores cuando viven separados en atención a que por su naturaleza y finalidad la visita es un «derecho familiar» del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio ha de estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares, por cuanto de allí depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en menoscabo de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil, haciéndose por tanto imperioso para las autoridades administrativas y judiciales el propender porque los derechos de los menores no queden supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus ascendientes, en atención a que gozan de prelación sobre todos los demás. (Subrayado para resaltar)

Así las cosas, al no encontrar razones suficientes para revocar el fallo impugnado, se procederá a su confirmación.

**JURISPRUDENCIA RELACIONADA:** CC T-338/19; CSJ STL13747-2018; CC T-338/18; STL14673-2017 y CSJ STL3957-2019

**PARTE RESOLUTIVA:** PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, pero por las razones expresadas en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a los interesados por el medio más expedito.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

---