



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

F

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado ponente

STC3920-2023

Radicación nº 11001-02-03-000-2023-01118-00

(Aprobado en sesión del veintiséis de abril de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023).

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el Acuerdo nº 034 de 16 de diciembre de 2020 de esta Corporación y en aras de cumplir los mandatos destinados a proteger la intimidad y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en providencia paralela a esta los nombres de las partes involucradas en el presente asunto serán reemplazados por otros ficticios a fin de evitar la divulgación real de sus datos.

Advertido lo anterior, se resuelve la tutela que Raúl Ernesto Torrez Benítez, en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad, interpuso contra la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, extensiva a las autoridades, partes e

intervinientes en el proceso de restitución internacional con radicado n° 700013110001-2022-00166-01.

ANTECEDENTES

1. El actor pretende que se deje sin efectos la sentencia que resolvió la segunda instancia del proceso objeto de revisión (1° feb. 2023).

En sustento, adujo ser de nacionalidad española, así como residir en ese país junto con su compañera sentimental *-colombiana-* y su hijo común. Relató que en el 2021 suscribieron un acuerdo de custodia y cuidado personal compartido que fue avalado por una autoridad judicial de ese estado. Expuso que la progenitora y su hijo viajaron a Colombia de vacaciones con su consentimiento (ene. 2022); sin embargo, en febrero de 2022 la madre tomó la decisión de no retornar.

Ante esa situación solicitó la restitución internacional de su hijo la cual fue resuelta de forma favorable (31 oct. 2022); no obstante, tras la apelación, el Tribunal accionado revocó el veredicto de primer grado (1° feb. 2023). De esa determinación deriva la lesión a sus derechos fundamentales y los de su hijo pues considera que el Tribunal no apreció adecuadamente las circunstancias que rodearon el caso concreto, lo que derivó en un desconocimiento del Convenio de la Haya que regula el asunto.

2. El tribunal accionado remitió el link del expediente objeto de análisis.

CONSIDERACIONES

1. El amparo será concedido porque el tribunal accionado, al desatar la impugnación, desconoció los parámetros establecidos en el Convenio de la Haya de 1980 para determinar la ilicitud de la retención. Además, interpretó dicho tratado en desmedro de los intereses del niño involucrado en la controversia.

2. Esta Sala comparte los racionios de la sentencia T-202 de 2018, en los que se han analizado *«los presupuestos de la **retención ilegal** y la restitución»*. En esa ocasión se predicó que:

*«A partir del precepto normativo citado, es posible caracterizar la **retención ilegal como aquella conducta en la cual una de las personas o instituciones que tiene a cargo o comparte el “derecho de custodia” sobre un menor de edad, lo mantiene en otro país más allá de un período acordado.** Esto implica que, el traslado a través de una frontera internacional, estuvo precedido de una autorización temporal otorgada para ese propósito por parte de quien también ejercía ese derecho...*

*En consideración a lo anterior, **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: (i)** que el*

niño, niña o adolescente retenido **tenga menos de dieciséis años** de edad (art. 4); **(ii)** que exista un **ejercicio individual o compartido del derecho de custodia** sobre el menor de edad (art. 3); **(iii)** que la **residencia habitual del menor** retenido sea la del **país requirente** (art. 4); **(iv)** que el menor retenido **se encuentre efectivamente en el país requerido** (art. 1); **(v)** que la Autoridad Central del país donde se encuentra el menor retenido **agote la etapa de restitución voluntaria** (art. 10); **(vi)** que la solicitud de restitución del menor se haya presentado **dentro del año siguiente a la retención** (art. 12); y; **(vii)** que no se configure ninguna de las causales de excepción previstas en el Convenio (art. 13).

125. Adicional a lo anterior, y solo en el evento en el que la solicitud de restitución del menor se haya presentado dentro del término de un (1) año siguiente al momento de la retención ilegal, deberá descartarse que el menor se ha integrado a su nuevo medio social y familiar (inc. 2, art. 12).

126. 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» (Resaltado propio).

De allí que las consideraciones expuestas constituyan *criterios orientadores* que deben ser observados por los juzgadores al momento de resolver sobre tales situaciones; no obstante, no pueden tomarse como único racero para determinar la *ilicitud* de la retención o el traslado, pues, para ello, en cada caso, debe procurarse una interpretación sistemática del texto de la Convención a la luz del principio del interés superior del menor.

En ese sentido, no debe perderse de vista que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3°, destaca que *«en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»*.

Bajo estos derroteros, teniendo en cuenta que *«los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia»*, el referido Convenio de 1980 busca *«proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual»*.

Por esa razón, entre sus finalidades se encuentra la de *«velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor»* (artículo 1°), pues con ello se pretende evitar un uso arbitrario de la custodia, para proteger el derecho del niño a relacionarse con ambos padres y así, en palabras de la homóloga Constitucional, *«(...) conservar el statu quo de las relaciones familiares»*.¹

¹ Sentencia T-202 de 2018

Para dichos efectos, la Convención en su artículo 5° dispuso que «*el derecho de custodia*» comprenderá, tanto el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, como el de decidir sobre su lugar de residencia.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resaltado la importancia de interpretar la Convención de la Haya bajo los preceptos del interés superior del menor, con el fin de evitar que los actos de los padres afecten el desarrollo del niño, o lo alejen de su familia y de sus raíces:

«in matters of child custody, for example, the reason for considering the “child's best interests” may be twofold: firstly, to guarantee that the child develops in a sound environment and that a parent cannot take measures that would harm its health and development; secondly, to maintain its ties with its family, except in cases where the family has proved particularly unfit, since severing those ties means cutting a child off from its roots» (Gnahoré v. France, no. 40031/98, ECHR 2000-IX) ²

The Court is of the view that the concept of the child's “best interests” is also a primary consideration in the context of the procedures provided for in the Hague Convention. Inherent in that concept is the right for a minor not to be removed from one of his or her parents and retained by the other, that is to say by a parent who considers, rightly or wrongly, that he or she has equal or greater rights in respect of the minor (Maumousseau and

² En materia de custodia de menores, por ejemplo, la razón para tener en cuenta el «interés superior del niño» puede ser doble: en primer lugar, garantizar que el niño se desarrolle en un ambiente sano y que uno de los padres no tome medidas que perjudiquen su salud y desarrollo; en segundo lugar, mantener sus vínculos con su familia, excepto en los casos en que la familia haya demostrado particularmente no ser apta, ya que cortar esos lazos significa cortar a un niño de sus raíces.

*Washington v. France, no. 39388/05, ECHR:2007:1206JUD003938805).*³

Por otro lado, la Convención dispone que el traslado o la retención se considerarán ilícitos en dos casos (artículo 3°):

- a) ***Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;***
- b) ***Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.***

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

En ese sentido, cuando dicha prerrogativa está en cabeza de ambos padres y uno de ellos fija el domicilio del menor sin el consentimiento o aquiescencia del otro, ejerce de manera arbitraria el «*derecho de custodia*» e incurre en una *retención ilícita* a efectos del Convenio. Esta misma

³ El Tribunal pertenece a la visión de que el concepto del "interés superior" del niño es también una consideración primordial en el contexto de los procedimientos previstos en el Convenio de La Haya. Inherente a este concepto es el derecho de un menor a no ser separado de uno de sus padres y retenido por el otro, es decir, por un progenitor que considere, con razón o sin ella, que tiene iguales o mayores derechos respecto del menor.

postura ha sido asumida por la jurisprudencia española en el auto del Tribunal de Barcelona de 4 de abril de 2006:⁴

*(..) el concepto de custodia recogido en el artículo 5 del Convenio es muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia. La ruptura fáctica de la pareja afirmada por la demandada, inmediatamente anterior al traslado, no implica que se otorgue a la madre la custodia con el derecho a decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos y **en consecuencia la decisión adoptada de forma unilateral por la misma, de quedarse a vivir en España con sus hijos, sin el consentimiento o aquiescencia del padre, constituye una retención ilícita a los efectos del Convenio.***

En definitiva, la retención ilícita se configura cuando la persona o institución que está a cargo de la custodia del menor, que ha sido retirado de su residencia habitual, la ejerce de manera arbitraria, esto es, con desconocimiento de los límites que la ley y/o los acuerdos sobre ella le han otorgado. De modo que dicho fenómeno no se presenta exclusivamente cuando se supera el plazo otorgado para el retorno de aquél, sino que pueden existir otros eventos en los que el comportamiento del encargado, debidamente acreditado, constituyen un ejercicio abusivo de ese derecho de custodia y, por tanto, hace exigible la restitución internacional del menor.

⁴ AAP Barcelona de 4 de abril de 2006. [Restitución de menores a Alemania.] Id Cendoj: 08019370182006200201 ECLI:ES:APB:2006:5294A Link: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=547134&links=&optimize=20070315&publicinterface=true>

3. En el asunto objeto de juicio, el tribunal revocó la decisión de restitución porque consideró que, de un lado, el juzgador de primer grado no hizo un estudio sobre «*la ilicitud de la retención alegada*», con lo cual –*a su juicio*- desconoció la legalidad de esta; y de otro, porque la solicitud del trámite no se elevó dentro del año siguiente a la retención, sino con antelación a ella.

3.1. Respecto de la ausencia de análisis que enrostró a su *a quo*, señaló:

*«(..) lo primero que se devela de la sentencia que se revisa, es que **el juez de primer grado dio por descontada la prueba de la ilicitud de la retención alegada**, y encausó directamente su estudio a determinar si de acuerdo con lo dicho por la demandada, el asunto encajaba en alguna de las excepciones antes mencionadas, **olvidando definir preliminarmente si la retención que alegaba el solicitante podía ser considerada ilícita**, siendo que, como se dijo, ello constituye el punto de partida para el análisis subsiguiente.»*

No obstante, de la revisión de la audiencia en la que se dictó la sentencia de primera instancia se pudo constatar que el juzgador **sí** se refirió de manera concreta sobre la ilegalidad de la retención; tanto, que fue sobre esa temática *-en parte-* que se fundó el problema jurídico a resolver (minuto 1:07:12, reiterado a minuto 1:08:17). El juez de familia hizo referencia a los presupuestos jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para determinar la ilicitud de la retención, previamente transcritos y, conforme a las pruebas practicadas, consideró que se apreciaban satisfechos y

suficientes para dejar en evidencia la ilegalidad de la retención del niño (minuto 1:07 a minuto 1:40).

En concreto, advirtió que **i).** el niño tenía menos de 16 años de edad, **ii).** existía derecho de custodia compartida conforme al acuerdo suscrito por los progenitores *-avalado por autoridad judicial española-*, **iii).** la residencia habitual del menor era en España, **iv).** el infante se encontraba en Sincelejo, Colombia **v).** Se agotó la etapa de restitución voluntaria ante el ICBF, **vi).** la solicitud de restitución se presentó tan pronto el padre conoció la decisión de retener al niño en Colombia y, **vii).** las pruebas descartaron la configuración de causales que impidieran la restitución conforme al artículo 13 del convenio de la Haya.

Valga decir que la situación expuesta también fue percibida por la magistratura accionada en los antecedentes de su veredicto *-folios 12 a 15-*; no obstante, fue desconocida en la parte considerativa del fallo, situación suficiente para dejar al descubierto la contradicción del juzgador de segundo grado.

Resulta evidente, entonces, que *-contrario a lo predicado por el tribunal-* el juzgador de primer grado **sí desplegó un análisis fáctico, probatorio y jurisprudencial** en torno a la invocada ilegalidad de la retención, con resultado favorable a la pretensión del progenitor. De allí que sea ostensible el desafuero argumentativo de la magistratura, según el cual, el juzgado de familia no examinó la ilegalidad de la retención denunciada.

3.2. Posteriormente, procedió a exponer la razón por la que, en su criterio, se predicaba la *licitud* de la retención. Sobre ese punto señaló:

«(..) recuérdese, la ilicitud se determina por la transgresión o incumplimiento de un “derecho de custodia”, que en el particular asunto, lo otorgó el acuerdo regulador al que llegaron los padres el 1° de diciembre de 2021, y que fue homologado mediante sentencia N° 00015/2022 de fecha 19 de enero de 2022, proferida por el Juzgado de primera instancia N° 7 de Oviedo, España, de modo que su “infracción” es la que define la “ilicitud” de la retención, debiéndose en consecuencia memorar lo concertado en ese documento.

*Así, en lo que interesa al caso, lo que pactaron los padres fue “distribuirse el periodo navideño íntegramente para uno de ellos, correspondiendo al padre los años impares y a la madre los pares”, de donde se infiere que para el año 2022 (par) le correspondía a la mamá. Y su retorno debía ser una vez finalizado el período vacacional, esto es, “el día anterior a la reanudación del curso escolar”. De ahí seguramente que la autorización otorgada por el padre haya sido hasta el **30 de marzo de 2022.***

*Pues bien, esa circunstancia llama la atención de la Sala, pues fácilmente se percibe que **la solicitud de restitución se promovió ante el ICBF, el 21 de febrero de 2022, es decir, anterior a la fecha límite en que se había permitido el regreso del infante a su residencia habitual en aquel país,** acontecimiento que resulta relevante, porque permite inferir que **para esa calenda la señora MOLINA RAMIREZ aún no se encontraba en “retención ilícita”,** por más que hubiera manifestado su intención de no volver a España pues la “ilicitud” se predica del hecho, no de la voluntad de contrariar la ley, de*

modo que es necesario la consumación del acto ilícito, que para el caso en particular correspondía a no retornar en la fecha límite concertada para ello, época que además no se corroboró a ciencia cierta, pues en el acuerdo se estipuló que el regreso vacacional sería hasta “**el día anterior a la reanudación del curso escolar**”, y no al arbitrio del padre, de manera que –en sentido estricto- **si este pretendía la restitución, debía probar que la detención era ilícita, es decir, que excedía los límites temporales estipulados en el memorado acuerdo**; empero, no existe prueba en el plenario que indique la fecha en la que el menor debía retornar a clases.

Y si en gracia de discusión se adoptara como fecha límite el 30 de marzo de 2022, por ser esa la calenda que se dispuso en el formato de autorización de viaje, pues es evidente que **ese día no había llegado cuando se pidió su restitución** (21 de febrero de 2022).

En otras palabras, **no podía solicitarse la restitución internacional del menor cuando aún no existía retención ilícita, dado que no podía suponerse o anticiparse la realización del acto ilícito**, incluso si se hubiere amenazado con cometerse, pues **hasta ese instante solo existía el deseo, el ánimo o la intención de no regresar**, planes que no son castigados por la ley internacional, mientras el hecho no se consume.

Y es que, esta Sala no desconoce que **existe evidencia que demuestra esa intención de la demandada de no regresar a España**, porque así quedó acreditado con los audios y chats aportados en la solicitud, y en ello le asiste razón al no recurrente, sin embargo, vuelve y se repite, ese pensamiento o querer no se había materializado, y por consiguiente la ilicitud no se había configurado».

Destáquese cómo para el tribunal la *ilicitud* de la retención no se produjo en la medida que –*para la época de la petición de restitución internacional (21 feb. 2022)*- el niño se encontraba en Colombia con ocasión de la autorización de su progenitor, cuya fecha límite era el 31 de marzo de esa anualidad. Sin embargo, no analizó, más allá del cumplimiento del plazo establecido, si la madre del menor ejerció de manera arbitraria su derecho a la custodia al determinar de manera unilateral la nueva residencia del menor.

Por tal razón, se impone la concesión del amparo para que el estudio de la legalidad de la retención se efectúe conforme a la situación fáctica y probatoria acaecida en el paginario y advertida por el juzgado de primera instancia.

4. De otra parte, aún si se considerara razonable la posición del Tribunal respecto a que, de conformidad con el acuerdo de custodia, el menor podía estar en Colombia hasta el 31 de marzo de 2022, y que, por lo tanto, las actuaciones desplegadas por el padre al iniciar el referido mecanismo fueron prematuras, pues para esa data -21 de febrero 2022- no se había configurado una retención irregular; no puede perderse de vista que, en el caso que nos ocupa, la retención continuó después de la fecha estipulada para el regreso.

De manera que, en todo caso, la lesión de los derechos del niño aquí involucrado se materializó en la medida en que la madre, pasado el plazo para retornarlo a España, lo mantuvo en Colombia y no cumplió el pacto. De surte que

una interpretación de la convención de la Haya sobre esta controversia hacía que el término para activar el mecanismo internacional se interpretara a la luz del interés superior del menor, para entender que, en últimas, en la actualidad el infante sigue separado de su residencia y entorno habitual.

Nótese que la demandada reconoció como hecho cierto que el 17 de febrero de 2022 le comunicó vía telefónica al padre su decisión de no regresar junto con su hijo a España;⁵ incluso, de los documentos aportados por ella, se advierte que matriculó al menor en un colegio en Sincelejo.⁶ Además, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en auto de trámite del 23 de marzo de 2022, fijó como fecha para realizar «*diligencia de persuasión a retorno voluntario*» en el marco del trámite de atención extraprocésal de Restitución Internacional a favor del menor; diligencia que fue fallida ante la oposición de la madre (29 de marzo),⁷ lo cual llevó a que se presentara demanda (**25 de abril**) e iniciase el trámite judicial el **29 de abril siguiente**.⁸ De lo que se colige que, si bien se pudiera pensar que se acudió al trámite administrativo con antelación a la fecha pactada de regreso, el judicial se inició una vez cumplido dicho término, ante la inminente determinación de la madre de fijar unilateralmente el domicilio del menor en Colombia.

Por lo tanto, ante esa realidad, en el presente caso es necesario dar prevalencia al derecho sustancial sobre el

⁵ *Ibidem*, fol. 179

⁶ *Ibidem*, fol. 196

⁷ *Ibidem*, fol. 133 a 137.

⁸ *Ibidem*, auto admisorio proceso restitución interaccional, PDF «04 admite2022-166 admite restablecimiento de derecho juli»

procesal, ya que, tal y como se dijo en párrafos anteriores, la interpretación de la referida Convención de 1980 debe desplegarse conforme a la hermenéutica más favorable a los niños, niñas y adolescentes. De manera que, aun con esta perspectiva, también se abre paso el resguardo para que el Tribunal vuelva a resolver el asunto con atención a la totalidad de las pruebas que obran en el expediente y que develan el verdadero contexto del caso concreto.

No olvida la Corte que los ciudadanos deben activar los mecanismos judiciales cuando el derecho que reclaman sea exigible, en tanto la demanda es el hito temporal con el que el juez resuelve sobre las pretensiones. De modo que, en los casos en que se demande justicia en una relación sustancial que no era exigible para el momento de la presentación del escrito de postulación, ya sea porque no se había cumplido un plazo o condición pactado, entre otros eventos, es elemental que tales peticiones deban ser desestimadas por estar presente una excepción de mérito temporal.

No obstante, aunque esa regla es inviolable en cuanto a intereses privados se trata, no parece acorde con la constitución y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, en los casos en que está de por medio los intereses de los niños, niñas y adolescentes, ya que por el valor de estos, así como por las consecuencias que ello provocaría en sus vidas, parece necesario flexibilizar esa máxima en su beneficio. Sobre todo, cuando de los elementos de convicción que obran en el expediente, en este caso, se advierte que de todos modos la madre del menor no cumplió

el término pactado para su regreso y este se encuentra retenido de forma ilícita en Colombia.

5. En definitiva, comoquiera que el tribunal desatendió los presupuestos establecidos en la Convención de la Haya de 1980 para determinar en qué casos se considera ilegal la retención de un niño, niña o adolescente e interpretó dicho tratado en detrimento de los derechos del niño involucrado, no queda alternativa distinta a conceder la salvaguarda para que el tribunal encartado vuelva a resolver el asunto como en derecho corresponda y con observancia de las consideraciones expuestas en esta providencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución, resuelve: **CONCEDER** la tutela instada por Raúl Ernesto Torrez Benítez, en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad.

En consecuencia, se deja sin efecto la sentencia de 1° de febrero de 2023, a través del cual la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo desató la apelación en el proceso con radicado n° 700013110001-2022-00166-01, y las demás providencias que de ella dependan, para que, en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta determinación, resuelva nuevamente la segunda instancia

del litigio como en derecho corresponda y con atención a las consideraciones expuestas en esta providencia.

Infórmese a los participantes por el medio más expedito y remítase el paginario a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no impugnarse esta resolución.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS