

ASPECTOS PROCESALES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS

DR. CARLOS FRADIQUE-MÉNDEZ*

Resumen

En este trabajo se analiza el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro –*en estricto sentido sustracción*– internacional de niños suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980 y aprobado por Colombia según Ley 173 de 22 de diciembre de 1994. El Convenio se armoniza con los demás tratados que forman el bloque constitucional y en especial la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989 y aprobada por Colombia según Ley 880 de 19 de enero de 2004.

Desde 1994 hasta la fecha se han presentado casos de traslado de menores hacia Colombia, y desde Colombia, que han dado lugar a peticiones de restitución en aplicación de la Convención de La Haya y varias de las decisiones que han resuelto las demandas, han sido revisadas por la Honorable Corte Constitucional, juez supremo que ha orientado la aplicación procesal del tratado bajo diferentes procedimientos que hoy hacen difícil la aplicación de la norma.

El Convenio NO está correctamente reglamentado y es necesario aclarar la línea delgada o zona de penumbra que en muchos casos hace imposible la protección del interés superior del menor involucrado en un caso de traslado ilegal o de no retorno oportuno a su residencia donde se debe ejercer la custodia o realizar la visita.

Palabras claves: Convenio, traslado ilícito, retención ilícita, restitución, custodia, residencia habitual, Autoridad Central, interés superior del menor.

* Miembro del Instituto de Derecho Procesal. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Profesor de derecho civil y de familia.

I Introducción.

1 La familia, núcleo fundamental de la sociedad, ha sufrido en los últimos treinta años cambios significativos en el mundo entero. La familia fuerte, estructurada para permanecer en el tiempo y brindar hogar y apoyo a los hijos, en gran parte ha desaparecido. El traslado de un país a otro se ha facilitado tanto que hoy es posible, en el mismo día, hacer un recorrido de doble vía, que hace dos o tres generaciones demandaba varios meses. El transporte aéreo permite el milagro de partir de Europa y llegar a los Estados Unidos el día anterior. La internacionalización de la vida comercial, la apertura de fronteras entre países que han firmado pactos de cooperación mutuo y la búsqueda de mejores sueños por quienes se consideran desposeídos de la riqueza en países de bajo desarrollo, han estimulado que padres osados decidan tomar a sus hijos como si fueran parte de su equipaje y ocultarse frente al otro progenitor para evitar el contacto con sus hijos¹.

2 Ante semejante y triste realidad, los países que se unen para velar por la vigencia universal de un orden justo, decidieron dictar normas que eviten el traslado ilegal de menores y la consecuente separación de sus familias. Los países firmantes del Convenio de La Haya sobre restitución internacional de menores, en el preámbulo, declararon lo siguiente:

"Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Deseando proteger al menor en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita han decidido celebrar un Convenio a este efecto y han convenido las siguientes disposiciones: ...".

¹ Dice José Carlos Arcagni, con relación al apartamiento operado por los padres que "la realidad doméstica de los fracasos matrimoniales, ya de por sí conflictiva, se agrava cuando el matrimonio posee contactos con diversos territorios. La facilidad y celeridad del transporte internacional interdependiente, facilitan el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejano, como la migración hacia otros países en búsqueda de una mejor calidad de vida. Ante el conflicto matrimonial el padre o madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia" ("La convención de La Haya los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el Derecho internacional privado tuitivo", Revista La Ley, N° 153, p. 1, 10/08/95).

3 La multitud de familias colombianas que han emigrado, especialmente a los Estados Unidos y Europa sin legalizar su situación o sin ubicarse laboralmente o por el rompimiento de su vida en pareja, se ven obligadas a regresar a Colombia y ante este hecho deben tomar una decisión relacionada con la residencia de sus hijos.

4 No menos relevante es el que haya muchas mujeres que han formado pareja con extranjeros y sus hijos tienen derecho a doble nacionalidad y ante el rompimiento de la vida en común los extranjeros deciden irse del país con sus críos y las madres quedan sin opción real para ejercer el derecho a la tenencia o visitas.

5 Otros eventos de los que se pueden derivar conflictos por la residencia del menor son los relacionados con los permisos de salida del país y acuerdos sobre custodia ejercida temporalmente en otros países. En la mayoría de los casos los niños no son restituidos a Colombia y las visitas no se cumplen.

6 No debe perderse de vista que el Derecho de Menores, plasmado germinalmente en las Declaraciones de Derechos Humanos y Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño, se inspira en un fin humanista que se expande desde lo meramente local con apetito de universalidad.

Para garantizar entre los pueblos estos derechos se aprobó el Convenio sobre sustracción internacional de menores, que es objeto de análisis en este artículo.

II La agenda que desarrollaré es la siguiente:

- Visión panorámica del Convenio de La Haya.
- Principios fundamentales que deben tenerse en cuenta para la aplicación del Convenio.
- Leyes y jurisprudencia aplicables.
- Hechos que dan lugar a la aplicación del Convenio.
- Proceso que debe seguirse.
- Demanda.
- Legitimidad para demandar.
- Demandados.
- Terceros intervinientes.
- Notificaciones.

- Excepciones.
- Resolución o Sentencia.
- Recursos.
- Medidas cautelares.
- Países que han aprobado el Convenio.
- La restitución según la Convención de Montevideo.
- Conclusiones.

III *Visión panorámica del convenio de la haya*²

7 Los Estados miembros de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en la fecha de su decimocuarto período de sesiones, el 25 de octubre de 1980, firmaron el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro –*en estricto sentido sustracción*– internacional de niños, cuyos propósitos fundamentales son los siguientes:

a) La finalidad del Convenio es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

b) El Convenio se aplica a todo menor de dieciséis años que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita.

c) Los Estados contratantes deben designar una Autoridad Central, administrativa o judicial, encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.

d) Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y lograr los demás objetivos del presente Convenio.

² Por ser más clara y estar mejor redactada, tomé como fuente la LEY 23.857 de la República Argentina por la cual se aprobó el "Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en su 14a. sesión el 25/10/80 - Aprobación. Sanción: 27 septiembre 1990. Promulgación: 1º octubre 1990. Publicación B. O. 31/10/90.

e) La restitución puede ser demandada por la persona, institución u organismo que sostenga que un menor, ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia.

f) Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. El procedimiento debe fijarlo el Estado contratante.

g) La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido NO está obligada a ordenar la restitución I) si se demuestra que 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, II) había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención, III) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, IV) si el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones V) si el menor se ha adaptado a su nuevo medio social, o VI) si no es permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

h) La restitución no es objetiva, ni obligatoria. Por sobre todo, se debe proteger el interés superior del menor no solo inmediato, sino mediato.

i) Al decidir sobre la restitución debe tenerse en cuenta el bloque constitucional, para no lesionar el estatuto jurídico interno.

j) En el proceso, por norma general, no se generan costas, ni agencias en derecho. Se puede condenar al pago de los gastos de transporte para el regreso del menor.

k) La restitución o la garantía del derecho de visita no pueden ordenarse de oficio.

l) El Convenio puede aprobarse con reservas.

m) El Convenio sólo reglamenta los aspectos civiles de la sustracción, llamada secuestro, de manera impropia por Colombia y no tiene relación con aspectos penales del secuestro, cuya regulación es competencia de cada Estado³.

³ No hay duda de que los menores pueden ser objeto de secuestro por sus padres. Y cuando los padres ejercen de manera arbitraria la custodia, ocultan a los hijos e impiden las visitas, incurren en responsabilidad penal al tenor del Art. 230 A del código penal.

IV. Principios fundamentales que deben tenerse en cuenta para la aplicación del convenio.

8 No pueden ser otros que los predicados para la defensa del interés superior del menor, según lo entiende la legislación colombiana y no los particulares de quienes se disputan la tenencia del menor.

La sentencia T-412/00, Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes M., enseña que:

“El interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar bueno o mejor para el niño. 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:

1) En primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas;

2) En segundo término, 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;

3) En tercer lugar, 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;

4) Finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo.

Luego la Corte concluye: A juicio de la Corte, en el presente caso no se dan los elementos antes establecidos para que pueda justificarse la separación de la madre y el hijo en nombre del interés superior del menor. Por el contrario, considera la Corte que, en el caso que ocupa la atención de esta Corporación, el actor quiere romper los vínculos entre la madre y el hijo fundado, exclusivamente, en sus propias preferencias”.

La sentencia T-442/94, Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, enseña que:

“En el artículo 44 de la Constitución, se señalan prolijamente, aunque en forma enunciativa, los derechos de los niños, con miras a lograr que en su modo de existencia y desarrollo físico y psíquico en el ambiente familiar y social se cumplan los principios y valores reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Como complemento necesario del designio protector del Constituyente y para hacer efectivos materialmente los derechos de los niños, el inciso final de la norma en referencia declara, a modo de mandato dirigido a los operadores jurídicos que **“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”**, con lo cual se manifiesta la entonación con que el Constituyente quiso realzar la importancia de los derechos de los menores y la libertad para expresar su opinión y, obviamente, como un derivado de ésta, el peso y la valoración de la misma, en los eventos en que se presenten disputas entre quienes pretenden su custodia y cuidado. Por consiguiente, pueden enunciarse como reglas válidas, meramente indicativas, aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos del menor y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su cuidado y custodia, las siguientes:

a) Aun cuando la ley señala los criterios que deben observarse para su discernimiento, sus mandatos no pueden operar como algo automático y mecánico, pues atendiendo la efectividad de los derechos constitucionales del menor (arts. 2° y 44), la custodia y el cuidado del menor deben contar con una base suficiente de legitimación o merecimiento; en tal virtud, es obvio que para otorgar la custodia y el cuidado del menor, debe valorarse objetivamente la respectiva situación para confiar aquéllas a quien esté en condiciones de proporcionar las seguridades que son ajenas al goce pleno y efectivo de sus derechos, y al logro de su bienestar y desarrollo armónico e integral, y abstenerse de otorgar dicha custodia y cuidado a personas que no estén en condiciones de ofrecer las garantías adecuadas para tales fines.

b) En cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho Estado.

c) La opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento

apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión, más aún, si aquella se adecua al mantenimiento de las condiciones favorables de que viene disfrutando.

V Leyes y jurisprudencia aplicables a la restitución de menores.

9 Fundamentalmente se deben tener en cuenta las siguientes leyes y providencias judiciales, con sus correspondientes concordancias:

9.1 Ley 173 de 1994 por la cual se aprueba el Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. En estricto sentido se trata de sustracción de menores de dieciséis años, como se lee en los textos aprobados por otros países que tuvieron más cuidado en la traducción y redacción de la norma.

9.2 Ley 880 de 2004 por la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989.

9.3 Sentencia C-402/95 por la cual se declaró exequible la Ley 173 de 1994.

9.4 Sentencia C-912/04 por la cual se declaró exequible la Ley 880 de 2004.

9.5 Sentencia SU-195/98, en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre el caso de un menor llevado a los Estados Unidos por su padre, quien luego se negó a restituirlo a la madre, cuyo domicilio es Cali. Se protege el derecho de la demandante, como mecanismo transitorio y se ordena iniciar proceso de tenencia y cuidado, al tiempo que se dispone la restitución del menor de Estados Unidos a Colombia.

9.6 Sentencia T-412/00, en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre la restitución ordenada por un juez de familia de Pereira y consideró adecuado el procedimiento adelantado ante el juez de familia.

9.7 Sentencia T-357/02, en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre la Resolución No. 1399 de 1998 expedida por el ICBF y por la cual se negó la restitución de un menor a los Estados Unidos. La Corte declaró nulo todo lo actuado y ordenó que la petición se tramitara conforme al proceso ordinario de mayor cuantía y ante el juez civil del circuito.

9.8 Sentencia T-891/03, en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre el trámite que debe darse a la restitución y ordenó que se adelante **proceso verbal sumario ante juez civil del circuito.**

9.9 Sentencia T-466/05, en la que la Corte Suprema de Justicia, niega aplicar el criterio de la sentencia T-891/03 a la sentencia T-357/02

9.10 Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade. Expediente 6428 que: a) Negó la nulidad del Oficio O.J.T. 03357 del 31 de enero de 1998 por el cual el jefe de la oficina jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores designó como Autoridad Central al ICBF para atender los asuntos del Convenio; y b) Declaró la legalidad de la resolución No. 1399 del 18 de mayo de 1998, expedida por el ICBF, por medio de la cual se estableció el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de La Haya.

9.11 Es importante seguir el curso del proyecto de ley 072 de 2004, Cámara de Representantes, por la cual se regula la aplicación de los Convenios Internacionales en materia de niñez y familia y de manera especial la Convención de La Haya⁴.

9.12 Finalmente hay que tener en cuenta las Convenciones sobre derechos de los niños y los demás tratados sobre sustracción de menores tales como La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adoptada en México el 18 de marzo de 1994, aprobada por Ley 470 del 5 de agosto de 1998⁵ y que entró en vigor para Colombia el 21 de septiembre de 2000 y el de Montevideo, aprobado por Colombia por Ley 880 de 2004.

VI Hechos que dan lugar a la aplicación del convenio

Respecto de la sustracción.

10 Según el artículo tercero del Convenio, el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos, en los siguientes casos:

- a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución,

⁴ En las Sentencias T-357/02 y T-891/03 la H. Corte Constitucional, reiteran que "la falta de regulación específica sobre una materia donde convergen tan altos intereses del menor y de la institución familiar en general, exige que esa circunstancia sea puesta en conocimiento no sólo del Congreso de la República sino también del Consejo Superior de la Judicatura para que, si lo estiman pertinente, intervengan según sus atribuciones constitucionales y legales".

⁵ El artículo tercero reza: "Esta Convención abarcará, asimismo, los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras Convenciones internacionales sobre la materia".

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; y

- b) Cuando este derecho se ejercía en 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.

11 La infracción del derecho de custodia se puede presentar al trasladar ilícitamente un menor de un país a otro y también cuando se ha hecho el traslado de manera legal, pero ilícitamente se incumple con el deber de regresar el menor al Estado en el que tiene fijada su residencia habitual.

Según el artículo quinto del Convenio, el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Cuando se viola el derecho de custodia, así se haya decretado de manera compartida por el juez de la residencia habitual del menor, hay lugar a la acción de restitución.

12 Los siguientes ejemplos ayudan a entender mejor la situación:

12.1 Un menor, sin el permiso de uno de sus padres, quien es nacional colombiano, es llevado de Colombia a otro país. En este caso, el traslado es ilegal y la Autoridad Central del país al que ha sido trasladado el menor debe ordenar su regreso, salvo prueba de una de las excepciones contempladas en los Arts. 13 y 20 del Convenio.

12.2 Un menor, con permiso de sus padres, es llevado de Colombia a otro país, del cual es nacional el padre que ha tomado la decisión de trasladarlo. Luego se niega a traerlo a Colombia. En este caso, el traslado puede ser legal y la Autoridad Central del país al que ha sido trasladado el menor debe ordenar el regreso, salvo que se pruebe la existencia de una excepción de las contempladas en los Arts. 13 y 20 del Convenio. En estos casos el niño llega a su patria por ser hijo de nacional de ese país y en la mayoría de los casos se niega el regreso⁶.

12.3 Un menor, con permiso de sus padres, es llevado, temporalmente, de Colombia a otro país por sus padres y luego uno de ellos se niega a traerlo a Colombia. En este caso, el traslado fue legal y

⁶ Ver sentencia SU-195/98, Exp. T-797/89, Mag. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

la Autoridad Central del país al que ha sido trasladado el menor debe decidir sobre su regreso o no.

De la misma manera se pueden formular otras hipótesis en las que el menor sea trasladado a Colombia y luego se niegue su regreso al país de su residencia habitual.

Respecto del derecho de visita.

13 Según el artículo 21 del Convenio, es procedente la acción cuando se viola el derecho al ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las Autoridades Centrales deben adoptar las medidas necesarias para eliminar, en lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos.

En todo caso la violación al derecho de visitas debe darse respecto de un padre que vive en país diferente al de la residencia del menor.

Según el artículo quinto del Convenio, el derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. Cuando se impide o niega este derecho hay lugar al amparo previsto en el Convenio.

Con mucha frecuencia, uno de los padres autoriza la salida de su hijo para que visite al padre que vive en otro país y luego éste se niega a regresar el menor. En este caso estamos frente a un no regreso ilícito y no frente a la violación de un derecho de visitas. El riesgo está en que el Estado en el que se ha realizado la visita, se niegue luego a ordenar la devolución del menor, decisión frecuente cuando el menor tiene doble nacionalidad.

VII Proceso que debe seguirse.

14 Este es el aspecto más importante del trabajo, razón por la que merece mayor análisis.

VII-I Generalidades.

El Convenio es muy claro en los siguientes aspectos:

- 1) Cada Estado debe designar una Autoridad Central que haga cumplir las obligaciones del Convenio.

- 2) La Autoridad Central puede ser administrativa o judicial. Puede ser solo administrativa, solo judicial o mixta.
- 3) La decisión de restitución puede ser entonces administrativa o judicial. No necesariamente tiene que ser judicial.
- 4) Cada Estado debe establecer el procedimiento para la restitución.
- 5) En el trámite de restitución no puede debatirse el tema relacionado con la custodia o el ejercicio de la patria potestad. Pero estos temas pueden debatirse en proceso separado conforme a las leyes internas de cada País. Los Estados Unidos aplican la ley en este sentido.
- 6) El proceso se debe adelantar con carácter de urgencia.
- 7) La petición tiene prescripción de un año.
- 8) Este término de prescripción no es fatal.
- 9) El interés del menor prima por sobre los intereses de quienes se disputan la tenencia.
- 10) No hay lugar a costas, pero se puede obligar al pago del tiquete de regreso.

VII-II La Autoridad Central para Colombia.

15 El Ministerio de Relaciones exteriores por oficio O.J.T. 03357 del 31 de enero de 1998, designó al ICBF como Autoridad Central y esta designación está avalada por el H. Consejo de Estado, según sentencia de 23 de agosto de 2002, expediente 6428.

El ICBF como Autoridad Central, dictó la resolución 1399 de 1998 la cual fue declarada conforme a derecho por el H. Consejo de Estado.

El Consejo de Estado es la máxima autoridad de lo contencioso administrativo y ningún juez o Corte, ni aun la Constitucional, pueden desconocer sus fallos sobre legalidad de las normas administrativas.

Las sentencias de tutela que ha dictado la Corte Constitucional no pueden cumplirse si se desconoce al ICBF como Autoridad Central para adelantar los trámites de restitución en cumplimiento del Convenio de La Haya.

VII-III *Trámite administrativo ante el ICBF.*

16 Según el artículo décimo del Convenio, la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.

Esta primera etapa es un trámite administrativo y conciliatorio y en el acta en la que se deje constancia del acuerdo, deben quedar de manera muy clara y precisa los términos del regreso y la forma como se deberán cumplir las visitas en el futuro.

Es muy importante que el acta se redacte en idioma español y el que sea oficial del país al cual será restituido el menor. De ser posible este acuerdo debe hacerse con fuerza ejecutiva según la ley del país al cual se hará el traslado, para que haya una garantía mínima de que se cumplirán las visitas. El país al cual será trasladado el menor debe comprometerse a respetar el acuerdo a que han llegado las partes.

17 El ICBF mediante Resolución No. 1399 de 18 de mayo de 1998 reglamentó el procedimiento interno.

El Honorable Consejo de Estado decidió una demanda de nulidad contra la Resolución No. 1399 de 1998 y la declaró conforme a derecho, de tal manera que hoy el trámite es el siguiente:

- 1) El administrativo se adelanta ante el ICBF y tiene como finalidad procurar la restitución voluntaria del menor. Si hay causa para negar el retorno, debe negarse.
- 2) El ICBF en la Resolución No. 1399 de 18 de mayo de 1998 establece que las solicitudes de restitución son de competencia de la Subdirección de protección, hoy Subdirección de intervenciones directas, entidad que tiene competencia para convocar a los interesados con el fin de que manifiesten si están de acuerdo con la restitución del menor.
- 3) Debe recordarse que la misma Resolución 1399 en el artículo octavo da facultad al Defensor de Familia para disponer el no regreso del menor, cuando estén demostradas las circunstancias previstas en el artículo trece del Convenio y, por extensión, las del artículo veinte.
- 4) Sin embargo, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T-357 del 9 de mayo de 2002 decidió: Primero. INAPLICAR la Resolución No. 1399 de 1998 expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuanto atribuye competencias a los defensores y jueces

de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, por ser incompatible con los artículos 121, 122 y 150-23 de la Constitución Política.

- 5) Como puede observarse, a primera vista, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional para inaplicar la Resolución No. 1399 de 1998 y la sentencia del Consejo de Estado por medio de la cual declara ajustada a derecho la Resolución No. 1399 de 18 de mayo de 1998, son excluyentes. ¿Cuál de las dos decisiones tiene prevalencia?
- 6) Para responder se deben hacer primero hacer las siguientes consideraciones:
 - 6.1) La decisión de la Corte Constitucional solo produce efectos entre las partes por haberse dictado en un proceso de tutela.
 - 6.2) La decisión de la Corte Constitucional no decidió de manera definitiva sobre la legalidad de la Resolución No. 1399 de 1998.
 - 6.3) El Consejo de Estado es la máxima autoridad para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos.
 - 6.4) Las decisiones del Consejo de Estado respecto de la legalidad de los actos administrativos hacen tránsito a cosa juzgada y tiene efectos erga omnes.

18 En conclusión, hoy debe aplicarse sin ninguna restricción la Resolución No. 1399 de 1998, en cuanto a la competencia de los defensores de familia.

¿Pero, qué sucede respecto de la competencia que asigna la Resolución No. 1399 de 1998 a los jueces de familia para conocer del proceso de restitución cuando no ha habido acuerdo entre los interesados o el ICBF no decidió sobre el no retorno del menor?

Aun cuando esta parte de la Resolución fue declarada conforme a derecho por el H. Consejo de Estado, los jueces de familia y la Corte Constitucional han insistido en que la atribución es violatoria de la Constitución y han inaplicado la Resolución⁷.

⁷ En sentencia C-037/00, la H. Corte Constitucional enseñó que los actos administrativos, gozan del beneficio del derecho y no pueden ser inaplicados, por las autoridades administrativas. Dijo la Corte: "De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de

De lo anterior debe concluirse que en la actualidad el Defensor de Familia tiene competencia para convocar a los interesados a que diriman sus diferencias de mutuo acuerdo. Y si el defensor encuentra probada una siquiera de las circunstancias que establecen los artículos 13 y 20 del Convenio, deberá negar el retorno del menor⁸. En este evento no habrá trámite judicial.

Respecto del trámite judicial para decidir sobre el retorno o no del menor, en el evento de que el Defensor de Familia no haya tomado ninguna decisión, los interesados deben acogerse a las orientaciones dadas por los jueces en cada caso en concreto, porque lastimosamente no hay unidad de jurisprudencia al respecto.

VII.IV Trámite judicial.

19 Según el artículo once del Convenio las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis (6) semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos

ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine* tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos".

No es irrespetuoso afirmar que la H. Corte Constitucional incurrió en vía de hecho al inaplicar la Resolución No. 1399 de 1998, porque el H. Consejo de Estado ya había declarado que no era manifiestamente ilegal, declaración que hizo al admitir la demanda de nulidad contra la Resolución y otros actos. (Ver sentencia del Consejo de Estado, sección primera, en el expediente 6428 de 2002).

¿Y quien conoce de las vías de hecho de la Corte Constitucional? En primer lugar la misma Corte mediante recurso de anulación o de oficio. En segundo lugar los Tribunales Internacionales competentes para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el debido proceso.

⁸ El ICBF considera que no tiene competencia para negar el retorno del menor, al tenor del artículo octavo de la Resolución No. 1399 de 1998, porque la Corte Constitucional la inaplicó en sentencia T-357-02. La interpretación del ICBF es equivocada porque conforme a la sentencia del Consejo de Estado, Exp. 6428, la resolución está conforme a derecho y debe aplicarse en su integridad.

el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

20 Fracasada la conciliación de que trata el artículo décimo, y no habiendo decidido el defensor de familia sobre el no retorno del menor, es necesario adelantar el trámite contencioso, el cual puede darse ante autoridad judicial o administrativa según lo prevé el Convenio. Para Colombia, no existe duda de que la decisión de la controversia corresponde al juez que designe el Congreso, designación que no se ha hecho.

21 El trámite judicial tiene como finalidad decidir si procede o no la restitución, en evento de que ante el ICBF haya fracasado la conciliación y no se haya negado el retorno. Hasta el momento no hay norma que asigne de manera especial la competencia para conocer del proceso, por lo que en estricto sentido no sería posible tramitar el proceso. Pero la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-357/02, consideró que debe recurrirse a la competencia residual de tal manera que el competente sería el juez civil del circuito y el proceso el ordinario de mayor cuantía⁹. Pero también ha dicho la Corte, que el competente es el juez civil del circuito y que el trámite es el del artículo 435 del C.P.C. lo que obliga a concluir que el competente es el juez civil municipal.

No hay razones que justifiquen tanta confusión.

VII.V Competencia del ICBF.

22 Según los lineamientos dados en la sentencia T-891/03, el ICBF tiene competencia para:

- 1) Recibir la solicitud de restitución.
- 2) Si no está conforme a ley devolverla.

⁹ En la tutela referida, dijo la Corte: "El artículo 16 del CPC, modificado por el Decreto 2282 de 1989 (artículo 1, num. 6), hace referencia a la cláusula de cierre, ya no respecto de la jurisdicción, sino en lo que tiene que ver con la competencia para resolver los conflictos entre particulares, dejándola en manos de los jueces civiles del circuito. (i) la jurisdicción ordinaria tiene carácter residual, en tanto es la encargada de conocer aquellos asuntos no asignados a otras jurisdicciones; (ii) los jueces civiles del circuito tienen competencia residual, en primera instancia, para resolver los conflictos de los asociados que no hayan sido asignados a otro juez, dejando a salvo la competencia de los jueces de familia".

- 3) Si lo está, aceptarla, establecer el paradero del menor, y adoptar las medidas de protección que sean necesarias.
- 4) Simultáneamente, coordinar con la Autoridad Central del Estado desde el que se hace el requerimiento, o con la autoridad que tenga competencia para el efecto en el extranjero, una averiguación sobre las condiciones que pudiesen implicar un riesgo grave para el menor en el evento de su restitución.
- 5) Aproximar a los padres, buscando una solución de mutuo acuerdo.
- 6) Si no hay acuerdo presentar ante el juzgado del circuito del lugar en el que se encuentre el menor, demanda de restitución.

23 Esta última conclusión a la que llega la H. Corte riñe con lo dispuesto en la Resolución No. 1399 de 1998, la cual dispone que el Defensor de Familia, puede negar la restitución si encuentra probada una de las circunstancias que refiere el artículo trece del Convenio y, por extensión, el artículo veinte.

Como la Resolución No. 1399 de 1998, fue encontrada conforme a derecho por el H. Consejo de Estado, esta decisión prima por sobre la recomendación de la Corte y debe entenderse que el Defensor de Familia sí tiene competencia para negar el retorno en las circunstancias arriba anotadas.

VII.VI ¿Es competente el juez de familia?

24 La H. Corte Constitucional en sentencia T-412/00, al declarar que no hubo vía de hecho en la sentencia dictada el 27 de agosto de 1999, por la cual el Juez Tercero de Familia de Pereira, con fundamento en el precitado Convenio, ordenó la restitución inmediata del menor J. E. S. H. al Estado de Georgia, en los Estados Unidos de Norteamérica, de manera tácita avaló la competencia del juez de familia y el trámite surtido para ordenar la restitución.

Aun cuando a la H. Corte se le solicitó que se pronunciara sobre la competencia, no lo hizo de manera expresa, pero al no encontrar vía de hecho, de manera tácita avaló la competencia del juez de familia.

No sobra advertir que la sentencia de tutela solo tiene efectos para ese caso y no para los demás, como la misma Corte Constitucional lo ha reconocido y ratificó la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, en fallo de tutela de 4 de mayo de 2005, exp. 2005/0466, Mag. Dr Jaime Arrubla Paucar.

VII.VII *¿Es competente el juez civil del circuito?*

25 En sentencia T-357/02 la H. Corte se pronunció sobre la competencia de los Defensores de Familia para conocer del trámite de restitución y de contera sobre la constitucionalidad de la Resolución No. 1399 de 1998 dictada por el ICBF.

En esta sentencia la H. Corte decidió lo siguiente:

Primero. INAPLICAR la Resolución No. 1399 de 1998 expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuanto atribuye competencias a los defensores y jueces de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, por ser incompatible con los artículos 121, 122 y 150-23 de la Constitución Política.

(Debe recordarse que luego, el 23 de agosto de 2002, el H. Consejo de Estado declaró que la Resolución No. 1399 de 1998, está ajustada a derecho, por lo que la decisión tomada por la H. Corte tres meses atrás puede resultar ineficaz).

Segundo. REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela de la referencia. En su lugar, CONCEDER la tutela por violación de los derechos fundamentales al juez natural y al debido proceso del señor C. E. B. M.

Tercero. Por falta de **competencia funcional**, con la consecuente violación de los derechos fundamentales al juez natural y al debido proceso, DECLARAR LA NULIDAD del proceso de restitución internacional de M. M. B. A., seguido ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

(*En estricto sentido no es falta de competencia funcional, sino eventualmente falta de jurisdicción*).

Cuarto. ORDENAR a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que remita el expediente del proceso de restitución internacional de M. M. B. A, al Juzgado Civil del Circuito de Bogotá (reparto), para que una vez asignado, el juzgado de conocimiento promueva el mismo con la mayor diligencia para definir la situación de la menor.

Además, de conformidad con lo previsto en el artículo 277-1 del Código del Menor, el Defensor de Familia deberá intervenir en el mencionado proceso.

26 En esta sentencia, que debe ser objeto de estudio a fondo por abogados y jueces, la H. Corte Constitucional incurrió en varios desaciertos, que respetuosamente señalo en los siguientes términos:

- 1) Inaplicó la Resolución No. 1399 de 1998, estando pendiente un juicio de legalidad y existiendo un pronunciamiento previo de beneficio de derecho, dictado por el H. Consejo de Estado, máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, al admitir la demanda de nulidad contra la Resolución.
- 2) Declaró la nulidad de todo lo actuado ante el ICBF y sin embargo ordenó enviar el expediente declarado nulo y por lo tanto sin ningún valor jurídico, al juez del Circuito para que adelantara el proceso de restitución, sin tener en cuenta que era necesario presentar una demanda formal como lo ordena la ley procesal.
- 3) Declaró la nulidad de todo lo actuado por el ICBF por falta de competencia funcional. En el evento de que el ICBF no hubiera tenido competencia, el defecto configuraría una verdadera falta de jurisdicción, defecto sustancialmente diferente de la falta de competencia funcional.
- 4) Dispuso que el trámite que debía seguirse era el del proceso ordinario de mayor cuantía.
- 5) Protegió el derecho fundamental al debido proceso, en un caso en el que no se había violado tal derecho.

VII.VIII ¿Es competente el juez civil municipal?

27 La Corte Constitucional, en sentencia T-891/03 llegó a la siguiente conclusión:

“Por otra parte debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el numeral 10 del mismo artículo 435 del CPC, se tramitarán por el proceso verbal los asuntos que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio. En este caso, corresponde al juez del circuito conocer del trámite de restitución, el cual, de acuerdo con el artículo segundo del Convenio debe tramitarse a través de los procedimientos de urgencia”.

28 La conclusión es contradictoria, porque conforme al artículo 14 del C.P.C. los procesos verbales de que trata el artículo 435 son de competencia de los jueces civiles municipales, en única instancia.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional no tiene facultad para modificar la ley y menos por vía de tutela.

Lo más probable es que la Corte haya incurrido en un *lapsus calami* al escribir juez del circuito en vez de juez municipal como ha debido hacerlo.

29 La H. Corte Constitucional, incurrió en otro error al considerar que el proceso de restitución tiene que ver con "... 5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquellos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar... la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez previstos en la Ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

El trámite de restitución internacional no tiene nada que ver con que los procesos de custodia, ejercicio de la patria potestad y no necesariamente el conflicto se presenta entre los padres del menor.

VII.IX *¿Proceso ordinario de mayor cuantía o verbal sumario?*

30 En sentencia T-891/03, en términos generales la H. Corte Constitucional enseña lo siguiente:

1. "... una primera interpretación sugiere que el legislador no ha encomendado a ninguna autoridad la resolución de esta clase de controversias". La conclusión es válida y así ha debido declararlo la H. Corte.
2. Agrega la H. Corte: Sin embargo, un análisis reposado lleva a la conclusión contraria y demuestra que en realidad el ordenamiento prevé una solución para el caso: su trámite corresponde a los Jueces Civiles del Circuito.
3. El juez civil del circuito tramita la demanda, ordena traslados, decreta pruebas, oye al menor para decidir sobre su grado de madurez y su voluntad de regresar o no a su lugar de residencia habitual y decide.
4. Establecidos los presupuestos para el efecto, ordenar la restitución del menor, salvo que se establezca una de las circunstancias previstas en la cláusula trece del Convenio. (Debe agregarse el Art. 20).

5. Se aprecia que no hay ningún procedimiento que de manera especial se haya previsto para el trámite de restitución.
6. Entonces el procedimiento aplicable sería el ordinario por el que se tramita todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial.
7. *Pero ese proceso no parece adecuado a los cometidos propios del trámite de restitución y como se trata de controversias que se suscitan entre padres, o cónyuges, o entre aquellos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad, el proceso será el verbal sumario.* (Hago la siguiente observación: No siempre la controversia es entre padres y nada tiene que ver con el ejercicio de la patria potestad).

VII.X *¿Restitución por vía de tutela?*

31 En sentencia T-891/03, la H. Corte Constitucional enseña que:

“En el caso concreto, el anterior conjunto de situaciones exigiría establecer el status de la madre en los Estados Unidos y su capacidad para garantizar la estadía de los menores en ese país. Esa consideración, entre otras, llevó al juez de primera instancia a declarar infundada la solicitud. **Aunque es equivocada la expresión empleada por el juez de instancia, porque comporta un pronunciamiento sobre asuntos de fondo que escapan al ámbito de una controversia de restitución internacional,** resulta una conclusión razonable desde la perspectiva de la decisión de restituir o no al menor, porque un presupuesto para que el juez ordene tal restitución es que se acredite la regularidad de la permanencia de los menores y de su progenitora en los Estados Unidos y la capacidad de ésta para hacerse cargo de ellos”.

...

“En este contexto, cabe advertir, que si bien, de ordinario, la acción de tutela no puede sustituir el trámite que se desprende del Convenio de La Haya de 1980, si serían susceptibles de protección por el trámite sumario de la tutela los derechos fundamentales de los menores cuya violación sea consecuencia de la dilación injustificada del trámite de restitución”.

De la lectura atenta de este párrafo se debe concluir que no es posible ordenar la restitución de un menor por vía de tutela, porque para decidir de

fondo sobre este asunto es necesario investigar si se da alguna de las circunstancias previstas en el artículo trece del Convenio de La Haya y, por extensión, en el artículo veinte.

32 A lo anterior debe agregarse que la Corte por sentencia SU-195/98 expediente T-79789, Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, ordenó la entrega de un menor que fue llevado a los Estados Unidos y luego el padre, de nacionalidad estadounidense, se negó a regresar a Colombia.

Los criterios de esta sentencia han sido modificados posteriormente como ya se dejó dicho.

VIII Requisitos de la demanda.

33 Si se atienden las orientaciones de la Corte, criterio que es observado por el ICBF¹⁰, se trata de dos demandas, a saber: Una ante el ICBF y otra ante el juez.

Ante el ICBF, como Autoridad Central, la demanda debe satisfacer los requisitos que ordena el artículo octavo del Convenio, a saber:

- a) Informaciones sobre el nombre del solicitante, del niño y de la persona de la que se alegare o se hubiere llevado o retenido al niño;
- b) La fecha de nacimiento del niño, cuando fuere posible obtenerla;
- c) Los motivos en que se basare el solicitante para reclamar el regreso del niño;
- d) Toda información disponible sobre el paradero del niño y el nombre de la persona con quien se presume está el niño;

La solicitud podrá estar acompañada o completada por:

- 1) Copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- 2) Atestación o declaración jurada que emane de la Autoridad Central u otro organismo competente donde el niño residiere habitualmente o de una persona habilitada (o competente), relativa a la legislación del Estado en la materia;

¹⁰ Así lo sostuvo la Dra. Martha Lorena Padrón Gómez en la ponencia que presentó en el seminario que sobre la restitución de menores se realizó el 2 de mayo de 2005, en el Palacio de San Carlos.

Cualquier otro documento pertinente.

Es necesario indicar la fecha del traslado o del incumplimiento de las visitas para establecer si hay o no prescripción de la petición.

Para que el funcionario tenga argumentos para decidir se recomienda anexar copia legalizada de decisiones judiciales o administrativas o de los acuerdos en los que se base el reclamo y la certificación de autoridad competente del Estado donde el menor tiene su residencia habitual sobre el derecho vigente en el mismo.

IX Legitimidad para demandar.

34 El artículo octavo del Convenio, según la redacción hecha para Colombia, reza lo siguiente: *“La persona, institución u organismo que pretendiere que un niño ha sido trasladado o retenido en violación de un derecho de guarda podrá hacerlo saber ya sea a la Autoridad Central donde el niño residiere habitualmente o bien a la Autoridad Central de cualquier Estado Contratante para que éstas brinden su asistencia con el fin de asegurar el regreso del niño”.*

35 Según al artículo citado pueden demandar la restitución del menor, i) las personas; ii) instituciones; u iii) organismos que tengan interés directo en el regreso del menor.

Las personas serán quienes tienen la custodia o guarda del menor. generalmente serán los padres, así no haya habido decisión judicial sobre la custodia. También pueden ser los curadores o tutores y los demás que hayan recibido la custodia por resolución judicial o por conciliación o acto que tenga igual validez en el país donde habitualmente reside el menor.

Las instituciones serán las Autoridades Centrales encargadas de velar por el cumplimiento del Convenio.

Los organismos serán las entidades oficiales o privadas que tienen como objetivo velar por el no traslado ilícito de los menores y aquellas que tengan bajo su cuidado al menor, como por ejemplo, un hogar de paso.

Es importante anotar que la restitución no opera de oficio.

X Demandados.

36 Serán las personas que hayan trasladado ilícitamente al menor y quienes lo tengan en el país de su nuevo domicilio. Si no hay responsables

por identificar la Autoridad Central lo debe ubicar, entregarlo en protección temporal y decidir sobre su regreso o no.

XI Terceros intervinientes.

37 Para el caso colombiano, en la etapa judicial, debe intervenir el Defensor de Familia, para garantizar la real protección del interés superior del menor y no necesariamente los intereses de los adultos en conflicto. También puede hacerlo el Ministerio Público en interés de la familia y de la aplicación justa de las leyes.

XII Notificaciones.

38 De la primera providencia debe hacerse la notificación en forma personal como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Para las demás, debe tenerse en cuenta el Código Contencioso Administrativo y el C.P.C. según se trate de la etapa ante el ICBF o ante el juez.

XIII Excepciones generales.

39 Conforme a los artículos 13 y 20 del Convenio, quienes demuestren interés legítimo en oponerse al regreso del menor, el Defensor de Familia y el Ministerio Público, pueden, o mejor deben, pedir todas las pruebas tendientes a demostrar 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;
- b) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;
- c) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable¹¹;

¹¹ En el siguiente caso era evidente que la menor se ponía en una situación intolerable: En julio de 2001, la menor DANA MORENO viajó con sus padres a los Estados Unidos, sin tener visa de residente. Su padre Pablo Moreno fue deportado a Argentina. La madre de DANA permaneció en USA con su hija, pero de manera ilegal y en forma clandestina. La Autoridad Central de Argentina demandó la restitución de la menor y al cabo de dos años

- d) El propio menor se opone a su restitución, manifestación que es válida cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en el que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones; y,
- e) Los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, no permiten la restitución del menor.

Para demostrar los hechos objeto de excepciones hay libertad de prueba y en todo caso será necesario un estudio social y opiniones dadas por psicólogos expertos en infancia y adolescencia.

XIII.I Excepción de prescripción

40 El artículo doce del Convenio, según el texto aprobado por Colombia, reza lo siguiente: *“Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo tercero y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato”*.

De la lectura desprevenida del anterior artículo se podría concluir que si luego del traslado o retención ha transcurrido un año, la Autoridad Central debe ordenar el traslado inmediato del menor.

41 El artículo doce del texto aprobado por la República Argentina, reza lo siguiente: *“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo tercero y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un (1) año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”*¹².

los Estados Unidos ordenaron el regreso de la menor a Mendoza, Argentina. ¿Cómo puede permanecer una niña de manera ilegal en los Estados Unidos? De no haber sido restituida la menor a Mendoza, viviría bajo la zozobra de ser deportada.

En el evento de que la niña hubiese sido trasladada a Argentina y luego reclamada por su madre para ser restituida a los Estados Unidos, país en el que la madre vive de manera ilegal, la Autoridad Central de Argentina ha debido negar la restitución.

¹² El artículo doce del Convenio reza lo siguiente: *“Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the*

Del texto transcrito, se concluye que si el procedimiento de restitución se inicia luego de transcurrido un año se puede proponer la excepción de prescripción de la petición, que es el mismo término previsto en el artículo catorce de la Convención de Montevideo aprobada por Colombia, por Ley 880 de 2004¹³.

XIV Resolución o Sentencia.

42 En la actualidad, según el Convenio y la Resolución No. 1399 de 18 de mayo de 1998, el ICBF tiene facultad para aprobar el acuerdo a que lleguen las partes sobre el regreso o no del menor y si encuentra demostrada una de las causales contempladas en el artículo trece del Convenio y, por extensión, del veinte, deberá negar el retorno mediante resolución motivada.

Si no hay acuerdo y el ICBF no niega el regreso del menor, debe acudir al juez, quien previo el trámite del proceso dictará sentencia, negando o autorizando el regreso.

XV Recursos.

43 Contra la providencia que niegue el regreso del menor y que dicte el Defensor de Familia es procedente el recurso de reposición y de apelación, conforme a los parámetros del Código Contencioso Administrativo.

Contra la sentencia que dicte el juez, se debe atender a la naturaleza del proceso que se adelante, pues como se vio en párrafos anteriores, el proceso puede ser ordinario de mayor cuantía o verbal sumario.

XVI Medidas cautelares.

44 La Autoridad Central, según lo dispone el artículo séptimo del Convenio, está obligada a tomar las siguientes medidas, algunas de las cuales no tienen el carácter estricto de cautelares:

proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith."

¹³ Artículo 14. "Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario, contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente".

Respecto de menores cuyo paradero se desconozca el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados.

- a) Localizar al niño trasladado o retenido ilícitamente;
- b) Prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes interesadas, tomando o haciendo tomar medidas provisionales, tales como vigilancia, impedimento de salida del país, ubicación en hogar de paso, u otra semejante.
- c) Asegurar la entrega voluntaria del niño o facilitar una solución amistosa, para lo cual debe citar a los interesados.
- d) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio y hasta donde fuere posible, la eliminación de cualquier obstáculo a su aplicación.

XVII Países que han aprobado el Convenio.

45 Hasta la fecha los países signatarios de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores son los siguientes:

Alemania 1 de diciembre de 1990, Argentina 1 de junio de 1991, Australia 1 de enero de 1987, Austria 1 de octubre de 1988, Bahamas 1 de enero de 1994, Belarús 1 de abril de 1998, Bélgica 1 de mayo de 1999, Belice 1 de septiembre de 1989, Bosnia y Herzegovina 1 de diciembre de 1991, Brasil 1 de enero de 2000, Burkina Faso 1 de agosto de 1992, Canadá 1 de diciembre de 1983, Chile 1 de mayo de 1994, China, sólo la Región Administrativa Especial de Hong Kong 1 de septiembre de 1997, Colombia 1 de marzo de 1996, Costa Rica 1 de febrero de 1999, Croacia 1 de diciembre de 1991, Chipre 1 de febrero de 1995, Dinamarca 1 de julio de 1991, Ecuador 1 de abril de 1992, Eslovaquia 1 de febrero de 2001, Eslovenia 1 de junio de 1994, España 1 de septiembre de 1987, Estados Unidos de América 1 de julio de 1988, Ex República Yugoslava de Macedonia 1 de diciembre de 1991, Fiji 1 de junio de 1999, Finlandia 1 de agosto de 1994, Francia 1 de diciembre de 1983, Georgia 1 de octubre de 1997, Grecia 1 de junio de 1993, Honduras 1 de marzo de 1994, Hungría 1 de julio de 1986, Irlanda 1 de octubre de 1991, Islandia 1 de noviembre de 1996, Israel 1 de diciembre de 1991, Italia 1 de mayo de 1995, Luxemburgo 1 de enero de 1987, Malta 1 de enero de 2000, Mauricio 1 de junio de 1993, México 1 de septiembre de 1991, Moldova 1 de julio de 1998, Mónaco 1 de febrero de 1993, Noruega 1 de abril de 1989, Nueva Zelandia 1 de agosto de 1991, Países Bajos (Holanda) 1 de septiembre de 1990, Panamá 1 de mayo de 1994, Paraguay 1 de agosto de 1998, Polonia 1 de noviembre

de 1992, Portugal 1 de diciembre de 1983, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte 1 de agosto de 1986, República Checa 1 de marzo de 1998, Rumania 1 de febrero de 1993, Saint Kitts y Nevis 1 de agosto de 1994, Sudáfrica 1 de octubre de 1997, Suecia 1 de junio de 1989, Suiza 1 de enero de 1984, Turkmenistán 1 de marzo de 1998, Turquía 1 de agosto de 2000, Uruguay 1 de febrero de 2000, Uzbekistán 1 de agosto de 1999, Venezuela 1 de enero de 1997 y Zimbabwe 1 de julio de 1995.

XVIII La restitución según la Convención de Montevideo.

46 Por Ley 880 de enero 19 de 2004 se aprobó la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989.

Esta Convención es sustancialmente igual al Convenio de la Haya y sus diferencias se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- 1) Se llama de Restitución Internacional y no de Sustracción.
- 2) Los Estados signatarios no son los mismos que han aprobado el de La Haya.
- 3) Tiene por objeto además, hacer respetar el ejercicio del derecho de custodia o guarda por parte de sus titulares.
- 4) El procedimiento de restitución se puede ejercer a través de exhorto o carta rogatoria; o mediante solicitud a la Autoridad Central, o directamente, o por la vía diplomática o consular.
- 5) Las excepciones para oponerse a la restitución deberán presentarse dentro del término de ocho días hábiles, contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciere saber a quien lo retiene.
- 6) Las autoridades judiciales o administrativas deberán enterarse del derecho aplicable y de los precedentes jurisprudenciales o administrativos existentes en el Estado de la residencia habitual del menor.
- 7) Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.

- 8) Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario, contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente.
 - 9) Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.
- 47 En el evento de que se presente conflicto entre Colombia y un país respecto del cual obliguen las dos Convenciones, quien demande la restitución del menor deberá expresar a cuál de los dos se acoge para efectos de la demanda.

XIX Conclusiones.

- 1) En Colombia la Autoridad Central es el ICBF.
- 2) En todo caso debe primar el interés superior del menor.
- 3) Al decidirse sobre la restitución debe tenerse en cuenta la equidad y reciprocidad con que ha actuado el país requirente, frente a casos similares.
- 4) La restitución no es ni extradición, ni repatriación, ni expulsión de un país.
- 5) La restitución no es objetiva.
- 6) Siempre que se presente una razón para negar la restitución debe negarse.
- 7) Las excepciones deben investigarse de oficio.
- 8) El ICBF tiene facultad para citar a conciliación con el fin de solucionar el conflicto por mutuo acuerdo.
- 9) El ICBF puede negar el regreso del menor.
- 10) Si no hay conciliación o decisión del ICBF sobre el no regreso del menor debe recurrirse a la vía judicial.

- 11) El juez de conocimiento es el civil del circuito por competencia residual.
- 12) El proceso debe ser el ordinario de mayor cuantía, tramitado con celeridad especial.
- 13) La restitución no se puede ordenar por vía de tutela.
- 14) La tutela es procedente cuando se viole el debido proceso tanto en el trámite administrativo, como en el judicial.
- 15) Las sentencias de tutela que sean contrarias a la Resolución No. 1399 de 1998, en cuanto al trámite administrativo, no obligan.
- 16) Los jueces deben ser muy prudentes al conceder permisos de salidas del País y al aprobar los acuerdos sobre residencia de los menores en el exterior. Las partes deben conocer los inconvenientes que se les pueden presentar si se incumplen los acuerdos.
- 17) Es necesario que la Conferencia de la Haya adicione el Convenio para establecer que los acuerdos entre las partes y las sentencias sobre salidas del país y visitas en el exterior se cumplan de plano y sin necesidad de exequátur.

Bogotá, 10 de mayo de 2005

Carlos Fradique-Méndez
fradique@polcola.com.co