

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA**

**MAESTRIA EN DERECHO DE FAMILIA**

**ALCANCES DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ EN LA DECISIÓN DE  
LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

**JEANETT RAMÍREZ PÉREZ**

**BUCARAMANGA, MAYO DE 2011**

# INDICE

## INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACION DE LA FIGURA
  
2. MARCO LEGAL
  - 2.1. AMBITO NACIONAL
  - 2.2. AMBITO INTERNACIONAL
  
3. MARCO JURISPRUDENCIAL
  
4. ANÁLISIS DE LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENOR
  - 4.1. PARÁMETROS DE APLICACIÓN
    - 4.1.1. TRASLADO ILEGAL
    - 4.1.2. RESIDENCIA HABITUAL
    - 4.1.3. MINORÍA DE EDAD
    - 4.1.4. DELIMITACIÓN DE LA DECISIÓN

## 4.2. PROCEDIMIENTO

### 4.2.1. COMPETENCIA

### 4.2.2. NATURALEZA DEL PROCESO

## 4.3. TRÁMITE ADMINISTRATIVO

## 4.4. TRÁMITE JUDICIAL

## 5. CAUSALES DE NEGATIVA DE LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN

## 6. ALCANCE Y APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

### 6.1. NATURALEZA DE LAS DECISIONES DEL JUEZ DE FAMILIA

### 6.2. FUNDAMENTOS DE LA TEORIA DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

### 6.3. OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

### 6.4. LA DISCRECIONALIDAD EN LAS CAUSALES DE NEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCION

A través de este ensayo nos proponemos profundizar un poco en el tema - muchas veces desconocido para el mundo jurídico- de la RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES, entendido como el mecanismo de origen internacional mediante el cual se facilitan los trámites entre Estados a efectos de garantizar que las personas o entes titulares del derecho de cuidado sobre un menor, puedan requerir jurídicamente la devolución del mismo al lugar donde se encontraba antes del traslado ilegal, enfrentando así al titular legítimo de la custodia con quien la pretende de hecho.

Gracias a la suscripción de tratados internacionales como son el CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS –mas conocido como Convenio de La Haya- , o la CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES, se crean reglas supranacionales mediante las cuales se establecen condiciones uniformes respecto de los trámites que se requiere adelantar en los eventos de traslado ilícito de un menor de un país a otro.

Al comienzo del presente estudio se hace una mención del marco legal que rige esta figura, tanto en el campo nacional como en el internacional, y a continuación se hace una relación de las jurisprudencias que se han ocupado del tema, luego de lo cual se entra de lleno al estudio del tema en sí, siendo necesario previamente analizar los parámetros de aplicación de las normas, y para ello se estudian algunos temas específicos que son de gran importancia para definir si es viable o no la aplicación de esta figura.

De ahí que se estudian con detenimiento conceptos como el de “traslado ilegal”, o el de “residencia habitual”, así como el criterio establecido en la ley y los tratados internacionales sobre lo que se considera “minoría de edad”. Adicionalmente se concreta que el tema al que debe referirse la decisión será exclusivamente el de la restitución del menor, sin que con ello se esté invadiendo competencias para determinar la custodia o las visitas del mismo, así como la prohibición vigente para decidir cualquier otro asunto referido al menor hasta tanto no se dicte la sentencia que defina el requerimiento hecho por quien ejercía legalmente el derecho de custodia en el país de origen.

Posteriormente se acude al estudio sobre los aspectos procedimentales, tanto lo referido a la competencia para conocer el asunto, a la naturaleza del proceso, así como a las dos instancias que se contemplan, todo ello tanto respecto del trámite administrativo como del trámite judicial, para incluir ya en el tema de la decisión del juez, las causales por las que el juez puede negar la solicitud de restitución, analizando cada una de ellas conforme a los parámetros previstas en la ley.

Por último, y como tema central del Ensayo, tendremos el capítulo referido a los alcances de la discrecionalidad del juez en la toma de la decisión final, pues es solamente él quien tendrá la facultad de acceder o no a la restitución, argumentando con profundidad en su sentencia las razones por las cuales inclina la balanza de la justicia hacia un sentido o el otro.

Y como preámbulo de la profundización del tema, se analizará la naturaleza de las decisiones del juez de familia, que se diferencian de las sentencias de jueces de diferente jurisdicción, ya que es una de las áreas en donde se ha visto en forma mas marcada el fenómeno de la “irradiación” que sobre el derecho privado, y concretamente el derecho familiar, ejercen las normas y

principios de índole constitucional, en donde ese derecho se ve cada vez mas imbuido y afectado por el análisis prioritario de otros intereses diferentes a los de los simples protagonistas del caso.

Así, se mirará como el operador judicial debe, en todos los asuntos del Derecho de Familia, y concretamente en el tema de la Restitución Internacional de menores, realizar una seria ponderación de los principios constitucionales, afectando con ello la decisión de carácter objetivo, y convirtiendo su tarea en una juiciosa valoración del interés superior del menor, como derrotero inequívoco de su decisión.

Igualmente, para sustentar la teoría de la discrecionalidad del juez, se consagran algunas consideraciones sobre la amplia libertad que tiene el juez en relación con el método de interpretación del derecho, lo que dependerá en manera importante, de su propia formación, y sobre todo del criterio de lo que debe ser el derecho y los efectos que se producen en su entorno, y de manera especial sobre la posibilidad que tiene de “crear” o no el derecho que va a aplicar al caso concreto. Es esa formación filosófica y de hermenéutica lo que sustenta la existencia del margen de autonomía de la decisión judicial, que se va a reflejar en el sentido de su decisión frente al caso concreto.

No se olvida tampoco la imperiosa obligación que invade al operador judicial sobre la aplicación en todas sus decisiones del principio del interés superior del menor, como derrotero que debe seguir todo el trámite en los procesos de naturaleza de familia, así como en el tema de la restitución o no del menor al lugar donde se encontraba antes del traslado ilícito.

Y por último, se analizarán cada una de las causales por las cuales el juez puede llegar a tomar una decisión negativa a la solicitud de restitución, definiendo cuáles de ellas son de naturaleza exclusivamente objetiva, y por el contrario, cuáles serán objeto de una decisión sustentada en el criterio y en la convicción íntima del juez de estar actuando en el sentido adecuado y favorable para el menor.

Allí se mirará en forma concreta esa discrecionalidad en que puede bucear el operador judicial al dictar su sentencia, la que deberá ser lo suficientemente sustentada para evitar el calificativo de arbitrariedad en el actuar del juez, lo que le puede colocar en una situación conflictiva desde el punto de vista disciplinario o penal.

Este será el derrotero a seguir en el desarrollo de este escrito, que no pretende otra cosa mas que llamar la atención sobre un tema que día a día adquiere mayor importancia dada la ampliación del campo de acción de las actividades familiares del mundo globalizado de hoy, y dentro de este marco, resaltar la amplia discrecionalidad del juez en el actuar sobre asuntos de esta naturaleza.

## 1. PRESENTACION DE LA FIGURA

La RESTITUCION INTERNACIONAL DEL MENOR es un mecanismo de carácter supranacional, que tiene su origen en la llamada tendencia a la adopción de normas internacionales en el Derecho Privado, y concretamente del Derecho de Familia, y que surge debido a la necesidad de establecer procedimientos y actuaciones concertadas para eventos en los que está en juego algo mas que la simple relación familiar.

Dada la apertura originada en la globalización, se tiene hoy un mundo llamado por algunos "*aldea global*" (1), donde todo lugar diferente al nuestro nos parece cada vez mas cercano, y por ende las normas que rigen las relaciones de las personas se ven en mayor frecuencia interferidas unas con otras.

De ahí que para permitir una convivencia uniforme y concertada entre los habitantes de nuestro *pequeño mundo*, se ha acudido a un mecanismo especial, como lo es el de suscribir pactos y convenciones internacionales, en donde se consignan pautas mínimas y uniformes para los estados que los suscriban, de tal modo que no haya sombra de duda frente a las disposiciones aplicables en situaciones previamente determinadas.

---

<sup>1</sup> "*Aldea global*" es un término atribuido al filósofo canadiense Marshall McLuhan, y se refiere al hecho de que con la mayor y mas rápida intercomunicación de todo el mundo, la sociedad cambiaría su forma de vida y se convertiría en una sola aldea.



Si bien esta solución a los conflictos internacionales no es nueva, tomó fuerza a partir de la creación de organismos internacionales como la ONU y la OEA (2) que han propiciado la suscripción de tratados específicos (3), en relación con temas que pueden originar conflictos entre países, constituyendo así lo que se ha llamado como una “*internacionalización del derecho particular*”(4), que aparentemente deja aislada la legislación interna de un Estado para convertirlo en parte de una gran legislación globalizada.

En medio de todos estos convenios internacionales, encontramos una figura que cada día recobra mas actualidad, como lo es la RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (5), mecanismo que nos permite actuar en forma unívoca frente a las situaciones de traslado ilegal de menores de edad de un país a otro, generalmente causado por los mismos padres, o en casos excepcionales por quienes pretenden ejercen la custodia de un menor sin el lleno de los requisitos legales para ello.

En efecto, son cada vez mas comunes los conflictos que surgen entre los padres por el ejercicio de la custodia y régimen de visitas de padres separados

---

2 La ONU fue fundada el 24 de octubre de 1945 al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas, y la OEA en el mes de mayo de 1948.

3 Véanse por ejemplo: “La Declaración Universal de Derechos Humanos” (ONU. 1948), “Declaración de los Derechos del Niño” (ONU, 1959), “ Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos” (ONU, 1996), “Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias” (OEA, 1989),

4 Véase MONROY CABRA Marco Gerardo, “Derecho de Familia y de Menores”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, Novena Edición.

5 Definida por el profesor MARCO GERARDO MONROY CABRA como la situación en la que “... la custodia o tenencia o la guarda de un menor se ha visto interrumpida por haber sido retenido ilegalmente y trasladado al exterior, o porque habiendo viajado de acuerdo con la ley, dicho menor ha sido retenido ilegalmente en otro Estado diferente al de su residencia. MONROY CABRA, Ob.cit. ,pag. 599.

que residen en países diferentes, y que pretenden, cada uno de ellos, conservar junto a sí a los menores de edad, hijos comunes, presentándose así la disputa ya no a nivel interno del país, sino traspasando fronteras, convirtiendo su disputa personal en un conflicto de talla internacional.

Ahí es donde entran a tener importancia los convenios internacionales que hayan sido suscritos entre el país requirente y el país receptor, pues a simple vista, estando previamente identificado el procedimiento y las soluciones prácticas a tomar, bastaría solamente con que se verificaran los hechos, se comprobara la existencia de los presupuestos acordados, para así actuar de manera unívoca y concertada en la solución de la disputa familiar.

Sin embargo, la aplicación de estas “*leyes supranacionales*”(6) cuyo conocimiento y dominio por las autoridades administrativas y judiciales debería ser cada día mas profundo, se torna en ocasiones difícil frente a la proliferación de los conflictos familiares entre los residentes en diferentes países, además de la falta de efectividad y agilización de los procedimientos que a veces se vuelven demasiado lentos por la intrincada “*burocracia*” administrativa, todo en perjuicio de la función primordial que las autoridades tienen de “... *garantizar prontamente la estabilidad de los menores, la decisión sobre la custodia, régimen de visitas y lugar de residencia ...*” (7)

No obstante, la finalidad de la figura de la RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES adquiere cada día mayor trascendencia e importancia frente a la necesidad de establecer reglas fijas ante el traslado irregular de un menor de

---

6 Que constituyen la materialización de la tendencia cada vez mayor hacia la “Internacionalización del Derecho Privado”

7 Colombia, Corte Constitucional .Sentencia T-808-2006, M.P. MANUEL JOSE CEDEPA

un país al otro, siendo necesario precisar que tal institución tiene como objetivo solamente el de devolver la situación al estado anterior al traslado abusivo del menor, pero sin que en ningún momento se trate de un mecanismo para asignar en forma definitiva la custodia del mismo, como lo dispone la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (8) aprobada en nuestro país por la Ley 880 del año 2004, al igual que el artículo 19 del CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, que en su texto dice: *“Una decisión acerca del regreso del niño dada en el marco del Convenio no afectará el derecho de guarda en cuanto al fondo.”*( 9)

Esto, por cuanto a veces tanto las autoridades administrativas como judiciales a quienes les corresponde aplicar estas normas de la Restitución Internacional de Menores, así como las mismas partes inmersas en el conflicto familiar, pretenden que en la decisión del juez les quede asignada en forma definitiva la custodia y el cuidado de los menores, además de que se reglamenten asuntos relacionados con los derechos de visitas y alimentos de los mismos, esto es, que se les solucionen situaciones que si bien afectan indudablemente a la parte mas débil del conflicto familiar, como lo es el menor, deberán ser asignados y definidos en otras instancias diferentes a la que nos ocupa.

---

8 ARTÍCULO 15. La restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda.

9 Colombia, Congreso de la República, Ley 173 de 1994 que aprobó el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980.

## **2. MARCO LEGAL**

Para concretar los pormenores de la figura de la RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, objeto de nuestro estudio, debemos precisar cuál es la legislación que actualmente se encuentra vigente, iniciando por el campo nacional, para luego precisar los mecanismos o pactos de carácter internacional, que básicamente son los que nuestra legislación interna ha adoptado.

No sobra aclarar que los tratados internacionales hacen parte de nuestra legislación en virtud del concepto de “bloque de constitucionalidad” originado en el derecho francés, que tiene amplia aplicación en el derecho constitucional comparado, mediante el cual se admite la existencia de otras normas que a pesar de no estar incluidas en el texto de una constitución política, son de obligatoria aplicación por cuanto “...esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes (...) y forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución ...” (10)

### **2.1. ÁMBITO NACIONAL**

Como ya se ha indicado, nuestra legislación Nacional se limita prácticamente a acoger los convenios internacionales suscritos por el Estado en cumplimiento de los postulados supranacionales, que son ratificados por los principios y

---

10 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995 M.P Dr Alejandro Martínez Caballero

reglas contenidos en la constitución política, propia de un estado de Derecho (11)

Por tanto, son solamente las leyes aprobatorias de tales tratados, con sus respectivos decretos que ordenan su promulgación, los que rigen hoy la aplicación de este mecanismo específico de la Restitución Internacional de Menores, pues se considera que éstos son suficientemente claros en el procedimiento a seguir en los eventos referidos al tema de la restitución.

Tales leyes son en su orden de expedición:

**LA LEY 173 DE 1994**, expedida el 22 de diciembre de ese año, por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, la que luego de ser analizada, en cumplimiento de las formalidades propias de la adopción de Tratados Internacionales, fue declarada exequible por la sentencia C-402 de 1995 (12)

**EL DECRETO 517 DE 1996**, expedido el 14 de marzo por el cual se promulga el "Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños", suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980".

**LA LEY 470 DE 1998**, de fecha agosto 5 de ese año, mediante la cual se aprobó la "Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores",

---

11 Colombia, Constitución Política, 1991, Artículos 1º y 93

12 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-402 de 1995 M.P.

dictada en México, D. F., México, el dieciocho (18) de marzo de mil Novecientos noventa y cuatro (1994).

**LA LEY 880 DE 2004**, del 19 de enero de 2004 por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, ley que fue declarada exequible luego del estudio constitucional que se le hiciera por parte de la Corte Constitucional (13)

**EI DECRETO 1914 DE 2009**, de mayo 27 de ese año, mediante el cual se promulgó la ley 880 de 2004, aprobatoria la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, luego del cumplimiento de las formalidades propias del Derecho Internacional Privado, lo que determinó que el citado instrumento internacional entrara en vigor el 12 de abril de 2009.

A manera de anotación, y como justificación a la demora por un lapso de casi veinte años del Estado colombiano para poner en vigencia la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores e Montevideo, expedida como se ha indicado a mediados del año ochenta y nueve (1989), -la que solamente entró en vigencia a partir del 12 de abril del año 2009-, habrá que decir que inicialmente se profirió por parte del legislativo colombiano la ley 620 del año 2000, que al ser estudiada en su conformidad con la constitución por parte de la Corte Constitucional, fue declarada inexecutable en la sentencia

---

13 Colombia, CorteConstitucional, Sentencia C-912 de 2004 M.P.

C-951 de 2001 por las razones allí indicadas(14), siendo procedente en consecuencia volver a expedir una ley que diera aprobación al convenio,— la ley 880 de 2004- que solo se dictó tres años mas tarde debido a la demora del órgano legislativo, y luego de revisada y declarada su constitucionalidad por la Corte Constitucional en el mismo año 2004, solo pudo ser promulgada el 27 de mayo de 2009, esto es, cinco años mas tarde, cuando por fin se dio cumplimiento a la totalidad de las formalidades de ley.(15)

Ello solamente ilustra la falta de interés de las autoridades de nuestro país en acoger los postulados nacionales e internacionales de dar prioridad al tema de los derechos de los menores y de la familia, máxime cuando se trata de un fenómeno de tan común ocurrencia como lo es el traslado ilegal de menores, que según las autoridades administrativas encargadas inicialmente del conocimiento de estos asuntos, ha tenido notorio incremento dada las condiciones cada vez mas internacionales de los conflictos en las relaciones de familia.

Pero además de las normas citadas que, como se ha indicado, constituyen solamente mecanismos legales para adoptar los tratados o convenios de naturaleza internacional, el legislador interno se ocupó de tratar temas concretos para estos casos de Restitución Internacional de Menores, tales como la determinación del tipo de proceso a seguir, o la asignación de la

---

14 En la sentencia citada, la Corte Constitucional consideró que dada la existencia de insaneables vicios de forma en la expedición de la ley 620 de 2000 era inevitable su declaración de inexecutable y por tanto era conveniente la expedición de una nueva ley

15 La ley 7 del 30 de noviembre de 1944 dispone que los Tratados, Convenios, Convenciones, Acuerdos, Arreglos u otros actos internacionales aprobados por el Congreso, no se considerarán vigentes como leyes internas, mientras no hayan sido perfeccionados por el Gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente.

competencia, falencias que hasta ese entonces habían dado lugar a numerosas contradicciones y conflictos entre los interesados, los que finalmente fueron solucionados a través de la expedición de la LEY 1008 del 23 de enero de 2006, que se dictó concretamente a instancias de la Corte Constitucional, quien en reiteradas oportunidades (16) y concretamente en la sentencia T-891 de 2003 expresó al respecto:

*“Pese a que, como se acaba de señalar, la Sala ha encontrado que no es procedente la acción de tutela para la solución del presente caso, no puede dejar de advertirse que la ausencia de una ley que de manera específica regule la aplicación en Colombia del trámite de restitución internacional de menores previsto en el Convenio de La Haya de 1980, ha dado lugar a confusiones y dilaciones injustificadas en el trámite de los proceso de restitución.*

*Por esa razón, considera del caso la Corte insistir ante el Congreso de la República, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno Nacional para que a la brevedad posible se tramite una ley que desarrolle de manera específica el contenido del Convenio.” (17)*

Es importante indicar que igualmente puede considerarse normatividad de carácter nacional, relacionada con el tema de la Restitución Internacional de menores, la LEY 12 de 1991, mediante la cual se aprobó la Convención de los Derechos del Niño dictada por la ONU en el 20 de noviembre de 1989, que constituye la columna vertebral de todo estatuto referido al tema, sea en la legislación local o en la internacional.

Así mismo, la LEY 1098 DE 2006, mediante la cual se profirió el CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, consagró varios artículos sobre el tema

---

16 Véanse la Sentencias T-357 de 2002 M.P. y T-300 de 2006 M.P. de la Corte Constitucional de Colombia.

17 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-891 -2003, M:P: RODRIGO ESCOBAR GIL



de la Restitución Internacional de menores (18), que analizaremos mas adelante al acoger el estudio específico de algunos pormenores del tema.

## **2.2. ÁMBITO INTERNACIONAL**

Como ya se ha indicado, al adherir nuestro país a los convenios internacionales, éstos quedan conformando el bloque de constitucionalidad ya referido, en virtud del cual el operador de justicia colombiano deberá acudir a su aplicación íntegra, incluso con preferencia a la legislación interna, como lo consagra expresamente nuestro Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 6º (19), siempre tomando como prioridad el interés superior del menor.

De ahí que como pilar fundamental de orientación en todos los temas referidos a la garantía de los derechos de los niños, y por ende a las situaciones en que es necesaria su Restitución Internacional, se tiene la mencionada CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 20 de noviembre de 1980, la que fue aprobada por nuestro país mediante la Ley 12 de 1991, ya mencionada, en

---

18 Véanse los artículos 112, 139 y 137 Código de la Infancia y la Adolescencia

19 Ley 1098 de 2006 artículo 6 del Código de la Infancia y la adolescencia dispone: Reglas de interpretación y aplicación: Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente, La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

cuyo desarrollo se han suscrito diferentes convenios y tratados internacionales aprobados por nuestra legislación.(20)

Adicionalmente, y ya sobre el tema concreto que nos ocupa, el de la Restitución Internacional del menor, existen algunos convenios internacionales que sobre la materia establecen no solamente los parámetros a ser analizados, sino que determinan lo relacionado con el procedimiento a seguir por las autoridades internas de los estados en la solución de los conflictos familiares que traspasan las fronteras físicas de los países.

Tales convenios son:

**EL CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS**, suscrito en ciudad de La Haya el 25 de octubre de 1980, dictado dentro de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, que como se ha mencionado fue aprobado por nuestra legislación interna mediante la Ley 173 de 1994, y cuya constitucionalidad fue estudiada por la Corte Constitucional en famosa sentencia (21), convenio que fue posteriormente promulgado por el Decreto 517 de 1996, que determinó su vigencia a partir del 1º. de marzo de 1996, esto es, casi dieciséis años después de su suscripción.

---

20 Ver LEY 765 DE 2002 por medio de la cual se aprobó el "*Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía*" y la LEY 833 DE 2003 por la cual se aprobó el "*Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*"

21 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-402 de 1995

**LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**, suscrita en la ciudad de Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, y que fue aprobada mediante la Ley 880 de 2004 sometida a control de constitucionalidad y estudiada por la máxima autoridad constitucional en sentencia que le dio su viabilidad jurídica (22), la que luego de cumplir los requisitos de ley fue promulgada con el Decreto 1914 del 12 de abril de 2009, fecha tomada como inicio de su vigencia, es decir, veinte años después de que se firmara el acuerdo.

**La CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES**, dictada en México el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), aprobada en nuestro país mediante la Ley 470 de 1998, sometida a control constitucional en donde fue declarada su exequibilidad (23), y promulgada posteriormente -previo cumplimiento de las formalidades de ley- por medio del Decreto 2560 de 2000, por lo que se tiene que conforme a la ley dicho convenio entró a regir solo hasta el 21 de septiembre del año dos mil.

### **3. MARCO JURISPRUDENCIAL**

A pesar de que se trata de un instituto jurídico muchas veces desconocido para el ciudadano del común, y en no pocas ocasiones para profesionales del

---

22 Colombia, Corte Constitucional sentencia C-912 de 2004

23 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 1999

Derecho, no son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema de la RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

No solamente en las sentencias de constitucionalidad de la máxima autoridad en la materia como lo es la Corte Constitucional, que se ha encargado de estudiar la conformidad jurídica de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales en donde ha analizado los alcances, su importancia y la aplicabilidad en nuestro ámbito legal, y sobre todo la necesidad de que se cumplan los pactos y las formalidades que allí se consagran.

En efecto, existe un pronunciamiento sobre el tema en donde al revisar una sentencia de tutela sobre un caso particular, luego de un profundo estudio de dos artículos consignados en una resolución dictada por la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (24) en la que se asignó la competencia para asumir conocimiento definitivo de los casos de Restitución internacional de Menores a los Defensores de Familia, la Corte Constitucional hace un pronunciamiento en el sentido de que no se puede aplicar lo allí previsto por estar abiertamente en contra de la Constitución Política, ya que la única autoridad competente para decidir un asunto relacionado con la Restitución Internacional de Menores en forma definitiva es el Juez de Familia y no un funcionario de carácter administrativo el Defensor de Familia. Así lo expresa textualmente:

*“11.- En la medida que la Resolución No. 1399 de 1998 es un acto administrativo que atribuye a los defensores de familia la competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, y que esa competencia solamente puede ser atribuida mediante ley, lo que no ocurre en esta oportunidad, debe ser inaplicada acudiendo para ello a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, como se explicará más adelante. En*

---

24 Colombia, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Resolución No. 1399 de 1998, arts. 8 y 11

*efecto, según fue señalado (fundamentos 8 y 9), la Corte considera que un acto administrativo no puede asignar competencias a una autoridad administrativa sin que previamente exista fundamento legal que le confiera esa atribución; y sin ella no puede invocarse dicha facultad, so pena de vulnerar los artículos 121, 122 y 150-23 de la Constitución.*

*Sin embargo, podría aducirse, como parece hacerlo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que esa facultad legal sí existe y se deriva tanto del Convenio Internacional como del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), en cuyo artículo 277 señala las funciones del Defensor de Familia. Bajo esta óptica, la Resolución No. 1399 simplemente desarrollaría y precisaría esa potestad. No obstante, esa apreciación es errada por los siguientes motivos: de un lado, porque según fue explicado, el Convenio Internacional tan solo hace referencia a autoridades judiciales o administrativas encargadas de resolver las solicitudes de restitución internacional, pero no precisa, como es natural, cuál es la encargada de hacerlo para el caso colombiano. Por el otro, porque en las funciones previstas en el Código del Menor para los defensores de familia no se encuentra ninguna relacionada con procesos de restitución internacional (...)*

*En consecuencia, para la Corte es claro que no existe fundamento constitucional o legal que autorice a los defensores de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, bien sea en forma voluntaria, bien de manera forzosa; a pesar de que existe un acto administrativo que así lo establece, dicho acto resulta manifiestamente inconstitucional porque existe reserva legal para atribuir esa competencia. Y tampoco es de recibo el argumento según ese acto simplemente desarrolla una atribución legal, pues como fue explicado, esa facultad no se fundamenta en norma legal o constitucional alguna. (25)*

Así mismo, en la sentencia T-891 del año 2003 al revisar una decisión de la Corte Suprema de Justicia proferida en segunda instancia dentro de un trámite de tutela, luego de hacer un enjundioso pronunciamiento sobre la figura de la Restitución Internacional de Menores, concluye que no puede acudirse a este

---

25 Colombia, Corte Constitucional sentencia T-357-2002 M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

mecanismo constitucional de excepción como lo es la acción de tutela, por existir un procedimiento específico, definido en acuerdos internacionales que son de cumplimiento forzoso y obligatorio, fijando de paso la competencia y procedimiento para estos conflictos, (se entiende que fue el fecha anterior a la expedición de la Ley 1008 de 2006, cuando existía gran confusión al respecto). Allí se indica que son los jueces Civiles del Circuito los competentes para tramitar la acción de Restitución Internacional de Menores, pero no por la vía ordinaria (ante la falta de asignación de otro trámite) sino por el Proceso Verbal Sumario de que trata el artículo 435 del C.P.C. (26), en razón de la urgencia de una definición judicial atendiendo los postulados del Convenio de la Haya y los principios constitucionales de prevalencia de los derechos de los niños, y del Interés Superior del Menor. Dice la Corte en dicha sentencia:

*“Observa la Corte que de acuerdo con las disposiciones del Tratado, para el trámite de restitución, los Estados parte deben acudir a sus procedimientos de urgencia, y que si bien, pese a que la ley no ha señalado cual es la autoridad competente, es posible establecer que tal competencia corresponde a los Jueces Civiles del Circuito. Sin embargo cabe preguntar acerca del procedimiento que deben cumplir los jueces del circuito para cumplir los cometidos que les corresponden conforme al tratado.*

*En esta materia se aprecia que no hay ningún procedimiento que de manera especial se haya previsto para el trámite de restitución en los términos contemplados en el tratado y que se han sistematizado en esta providencia.*

*Acudiendo a las normas del Código de Procedimiento Civil se tendría que el procedimiento aplicable sería el ordinario, en la medida en que por esa vía,*

---

26 El artículo 435 del Código de Procedimiento Civil dispone que se tramitarán en única instancia por el procedimiento verbal sumario, “... 5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos 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, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; 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

de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 396, se tramita todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial. Pero ciertamente ese proceso, ni responde a la noción de instrumento de urgencia, ni parece adecuado a los cometidos propios del trámite de restitución, en el que están de por medio los intereses superiores del menor de conformidad con el artículo 44 de la Constitución.

Tal consideración conduciría nuevamente a la conclusión de que el tratado resultaría inaplicable. Sin embargo, es posible una interpretación distinta, puesto que de acuerdo con el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, se tramitarán en única instancia por el procedimiento verbal sumario, "... 5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos 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, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; 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." Si bien el proceso de restitución internacional de menores no está expresamente previsto, ni hay referencia alguna a la Ley 173 de 1994, aprobatoria del Convenio de la Haya de 1980, no es menos cierto que de acuerdo con su naturaleza y con la Resolución 1399 de 1998 del ICBF - cuya legalidad fue avalada por el Consejo de Estado -, el trámite de restitución internacional de menores responde a una controversia entre padres, respecto de sus hijos menores y en los cuales el Defensor de Familia debe actuar en representación de los intereses de estos últimos. En dicha norma procesal se dejan a salvo las competencias que conforme a la ley le corresponden al ICBF, y por consiguiente es claro que el juez debe adaptar el trámite a la circunstancia de que existe una previa fase administrativa, en los términos que se han reseñado en esta providencia. Por otra parte debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el numeral 10 del mismo artículo 435 del CPC, se tramitaran 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 2º del Convenio debe tramitarse a través de los procedimientos de urgencia." (27)

Pero además de los citados pronunciamientos jurisprudenciales en los que se han definido situaciones respecto de la competencia y del trámite que se debe dar a los procesos de restitución internacional de menores, existen otras decisiones emitidas por la Corte Constitucional en la función de revisión de las sentencias de tutela dictadas por los diferentes “jueces constitucionales”, dadas las facultades que en tal sentido le fueron asignadas en la reciente constitución política de 1991. (28)

En efecto, aprovechando la contundencia y efectividad del mecanismo de la acción de Tutela, surgida en nuestro ordenamiento jurídico con la relativamente reciente constitución política de 1991, se ha acudido a esta acción constitucional como vehículo para que se revisen los casos en que se considera ha existido vulneración de los derechos fundamentales tanto de los menores como de los mismos padres, dentro de los trámites de restitución Internacional de los menores trasladados ilegalmente.

De ello nos dan cuenta sentencias como la T-412 de 2000, donde al estudiar un caso de un accionante que alegaba existencia de vías de hecho en una decisión de un Juez de Familia de la ciudad de Pereira sobre el traslado ilegal de su hijo a los Estados Unidos al considerar que no existía una valoración adecuada de las pruebas y se había hecho caso omiso de la voluntad del menor, decidió confirmar las decisiones de los jueces constitucionales de instancia que habían denegado la tutela por considerar que el trámite se había

---

28 Constitución Política. Artículo 86º—Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...).



ajustado a lo previsto en el Convenio de la Haya de 1980. Sobre el tema explica:

*“9. Al estudiar la constitucionalidad del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, la Corte entendió que se trataba de un instrumento que hace parte de un conjunto mayor de tratados internacionales, "que procuran la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, cuando éste ha sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares. Igualmente impone a los Estados Contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor. Con ello se busca proteger los intereses del menor sobre cualesquier otros, dando aplicación al principio del derecho internacional que consagra la prevalencia de los derechos de los niños. (...)*

*10. A juicio de la Corte Constitucional, el referido tratado, "guarda plena concordancia con los principios constitucionales y los preceptos de la Carta Política que establecen la protección especial del menor y la primacía de sus derechos. Al respecto, esta Corporación indicó que el citado tratado internacional desarrolla lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta, "pues se encamina a garantizar que todo menor residente en un país miembro del Convenio reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico, así los intereses particulares de los padres en una situación de disolución de la familia queden relegados ante el interés superior y prevalente de los menores.*

*11. En casos como el presente, la labor del juez es la de definir si ha existido un traslado o una retención ilícita de un menor en contra de la voluntad de quien al momento del traslado o la retención, ejercía la custodia plena o compartida. Si ello fuera demostrado y no se presentara ninguna de las causales del artículo 13 del convenio, el juez deberá ordenar la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual. El proceso de restitución del menor no tiene la finalidad de definir el derecho de guarda o custodia, lo que deberá ser debatido en el país de origen. “(29)*

---

29 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-412 de 2000, Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ,

En igual sentido existen dos pronunciamientos del año dos mil seis de la Corte Constitucional, que si bien no se refieren concretamente a la Restitución Internacional de Menores, si tratan sobre el cuidado que debe tener el juzgador al decidir sobre situaciones que implican traslado de los menores fuera del país, y la necesidad de que se mantenga el permanente contacto con los dos padres a efectos de garantizar el normal desarrollo del menor.

Así, en la sentencia T-808 del citado año 2006 se analiza el caso en que se invoca la tutela como mecanismo para salvaguardar la vulneración del derecho constitucional de los miembros de la familia, frente a la posible sentencia de un Juzgado de Familia en conceder permiso de salida a una menor sin haber realizado una valoración completa del material probatorio arrimado al proceso, sentencia en la que se ratifican los postulados imperantes en la legislación referida a los menores de cara a los posibles conflictos que se pueden presentar en la garantía del derecho de los padres y de los menores a permanecer en comunicación continua cuando se han trasladado a Estados diferentes, situación que explica así:

*“De conformidad con lo que establece el artículo 44 de la Carta, el desarrollo armónico e integral de los niños es responsabilidad primaria de la familia, pero también de la sociedad y del Estado. A fin de que ese desarrollo armónico sea efectivo, la familia del menor, y en su defecto el Estado y la sociedad, tienen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y en el ejercicio pleno y goce efectivo de sus derechos.*

*“Si bien es cierto el desarrollo armónico e integral es un concepto complejo, que comprende múltiples aspectos, la legislación y la jurisprudencia han reconocido el papel fundamental que cumple el cuidado y el amor materno y paterno del menor en ese desarrollo. En el ámbito legal, el Código Civil, por ejemplo, establece los derechos y deberes recíprocos de padres e hijos el Código del Menores, por su parte establece el deber de los padres de velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 12 de 1991, establece en su artículo 9.3. el deber de los Estados Partes de respetar el derecho del niño*

*que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, y en su artículo 10.2, el derecho de los niños cuyos padres residan en Estados diferentes, a mantener, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.” (30)*

En igual sentido, en la sentencia T- 953 de 2006, la Corte Constitucional concluye que el concepto de “interés superior del menor” debe ser un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con los cuales han entrado en conflicto, concretamente en un caso sobre privación de patria potestad, que podría implicar un traslado del menor a otro país, pues concede la tutela bajo la premisa de que en la privación de la patria potestad frente a un padre debe analizarse con detenimiento las consecuencias que esto implica, no solo frente al tema en sí, sino al consecuente traslado del menor, alejándolo totalmente de su entorno, tema que tiene relación íntima con el traslado de residencia del menor a un estado diferente al de la residencia de sus dos padres, y por ende a la potencial situación que amerita aplicación de la figura de la Restitución Internacional del menor, mención que se hace en los siguientes términos:

*“En este sentido, la Corte ha indicado que “afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalecientes no significa que sean excluyentes o absolutos; según se precisó en la sentencia T-510 de 2003, “el sentido mismo del verbo ‘prevalecer implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e*

---

30 Colombia, Corte Constitucional Sentencia T-808 de 2006 M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.

*intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley’.*

*En estos términos y teniendo en cuenta que el juez constitucional debe de oficio dar prelación al interés superior de la menor y proteger sus derechos fundamentales, resulta fundamental solicitar a los jueces de la causa que evalúen la situación descrita en el expediente y garanticen, de oficio, la custodia y residencia de la menor en el lugar en el cual pueda ser satisfecha de mejor manera la obligación de cuidarla, asistirle y protegerla desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y en el cual puedan promoverse de mejor manera el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos. Dada la importancia de garantizar prontamente la estabilidad de la menor, la decisión sobre la custodia, régimen de visitas y lugar de residencia de la menor debe establecerse en la misma sentencia en la cual se resuelva sobre la patria potestad. De otra forma la protección del derecho al debido proceso del padre tendría un efecto negativo en los derechos a la estabilidad afectiva de la menor y vulneraría el principio del interés superior del niño, el cual, en todo caso, debe prevalecer sobre los intereses y derechos de los padres. (31)*

#### **4. ANÁLISIS DE LA RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES**

Establecido el marco legal y jurisprudencial que se aplica al instituto jurídico de la Restitución Internacional de los menores de edad, entraremos ya a realizar

---

31 Colombia, Corte Constitucional Sentencia T-953 de 2006 M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

el estudio concreto de la figura, indicando los parámetros de su aplicación, el procedimiento a seguir, y con mayor énfasis las causales de negativa de la restitución, para luego entrar al punto central de este ensayo, como lo es el alcance de las facultades consagradas en estas normas nacionales e internacionales al Juez, y que pueden constituir una verdadera discrecionalidad de su parte en ordenar o no la devolución del menor que ha sido trasladado irregularmente a otro país.

Para ello, tendremos que hacer un análisis conjunto de las normas contenidas al respecto en el CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (LEY 1098 DE 2006), así como el texto completo del CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS, -suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, aprobado por la ley 173 de 1994 y con vigencia a partir del 1º. de marzo de 1996-, y de la CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES firmada en Montevideo el 15 de julio de 1989 y aprobada por la Ley 880 de 2004, el que como se ha explicado empezó a regir en nuestro país solo hasta el 12 de abril de 2009, y cuyas normas que son coincidentes -casi en su totalidad- con las del Convenio de la Haya.

#### **4.1. PARÁMETROS DE APLICACIÓN**

Ante todo es importante analizar que, como lo expone el profesor HORACIO CRUZ TEJADA, (32) la Restitución Internacional de Menores es un fenómeno cada vez mas creciente en nuestra época, que afecta a miles de niños y por ende a sus familias en el mundo, y que en lugar de haber entrado en control, da lugar a continuos pleitos ya no nacionales sino transnacionales al involucrar

---

32 Véase su intervención en el XXXI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL celebrado en Bogotá en Septiembre de 2010

a entidades y organismos judiciales de diferentes Estados en tal conflicto familiar.

De ahí que sea necesario tratar de precisar algunos conceptos básicos que serán de gran trascendencia en la aplicación de este medio de Restitución Internacional de Menores, referentes a definir cuándo hay traslado ilícito de un menor, cuál debe tomarse como su lugar habitual de residencia, cuál es el concepto que se establece en las normas sobre la minoría de edad, y aún mas, cuál es la delimitación del tema a que se puede referir la decisión judicial o administrativa, para lo cual procederemos a consagrar breves pero precisos comentarios al respecto:

#### **4.1.1. TRASLADO ILEGAL**

Al respecto el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, si bien no contiene una definición de lo que se considera como tal, sí es claro en determinar que dichas normas se aplican al caso de *“Los niños, niñas o adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado...”* (33), mencionando como situación general la de la retención indebida, pero sin entrar a determinar nada con relación al traslado que puede conllevar la retención referida.

---

33 ARTÍCULO 112. de la Ley 1098 de 2006 – CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS. LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES. 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.

Sin embargo, sobre el punto son muy claras las normas del CONVENIO DE LA HAYA, al contemplar dos eventos específicos de cuándo se considera ilícito el traslado de un menor,

*“a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, 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.” (34)*

En igual sentido, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de Montevideo, consagra que:

*“Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.” (35)*

Esta última definición nos parece mas práctica al momento de determinar la existencia de los supuestos exigidos, pues bastará con verificar si de una parte existen derechos de custodia o guarda en cabeza de los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución respecto de un menor; y de la otra parte, si es cierto que tales derechos han sido vulnerados con ocasión del traslado o retención, para concluir la existencia de un traslado ilegal del menor, lo que da vía libre para la aplicación de la figura.

---

34 Véase el artículo 3º. del CONVENIO DE LA HAYA

35 Confróntese el artículo 4º. de la CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES,

#### 4.1.2. RESIDENCIA HABITUAL

En relación con este requisito, la CONVENCIÓN INTERAMERICANA contiene una referencia que es importante destacar, como lo es el hecho de que la custodia sobre el menor trasladado esté siendo ejercida “...*de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor*” (el subrayado es mío), situación un poco ambigua para los eventos en que el menor haya tenido en forma sucesiva varios lugares de residencia temporal - por ejemplo por viajes continuos- ya que existirá la confusión respecto de cuál será su “residencia habitual”, definición que será de gran trascendencia no solamente para determinar la existencia de uno de los supuestos para que opere la restitución, sino para legitimar la posterior decisión sobre la custodia definitiva del menor, ya que el mismo traslado ilícito realizado por un prolongado tiempo, podría ser considerado como cambio de la “residencia habitual”, lo que habilitaría al juez del Estado sustractor para conocer judicialmente del tema de custodia del menor, lo que va en contra de la premisa que exige que cualquier discusión al respecto deba someterse al domicilio anterior del menor, como mecanismo para hacer mas dispendiosa al infractor su petición, pues para ello deberá obligatoriamente desplazarse al país de origen (residencia habitual del menor) a debatir tal custodia.

De ahí que como lo expresa el tratadista MARCO GERARDO MONROY CABRA, (36) que se echa de menos tal precisión, ya que el artículo 4º. de la CONVENCION INTERAMERICANA no contiene la definición que sí se incluyó en los convenios bilaterales firmados por Uruguay con países como Argentina, Chile y Perú, en los que se expresa con claridad que la residencia es el “*centro de vida*” del menor.

---

36 MONROY CABRA, Ob.cit. ,pag. 602.



Sobre el tema existe un pronunciamiento del Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgericht*) de Stuttgart, citado por el tratadista Horacio Cruz Tejada, (37) emitido en sentencia del 23 de junio de 1975 que expresa:

*“Por residencia habitual del menor hay que entender una situación efectivamente existente, creada después de un período de cierta duración, el domicilio efectivo, el lugar del verdadero centro de gravedad determinante del modo de vida del menor; lugar que no deriva del domicilio de los padres, y que está determinado de forma autónoma; una condición de la existencia de la residencia habitual estriba en una cierta integración en el medio; las relaciones de tipo provisional aún no establecidas sólidamente no son suficientes; la residencia debe haber durado cierto tiempo o haberse proyectado para un período de cierta duración”*

Conforme a esta definición, es claro que no es el sitio donde se encontraba el menor al momento de producirse el traslado ilícito el que debe tomarse como “residencia habitual”, ya que podría tratarse de una residencia temporal, a la que podría haber sido llevado incluso con la aquiescencia de ambos padres, sitio del que posteriormente uno de ellos decide su traslado ilegal en forma unilateral.

En tal evento, deberá verificarse la titularidad del derecho de custodia con respecto de las normas legales o decisiones judiciales del domicilio habitual y permanente del menor, y no de aquel en que se encontraba provisionalmente, lo cual variaría sustancialmente lo relacionado con los supuestos de “traslado ilegal” y de “derecho o titularidad de la custodia” conceptos en los que es fundamental tomar en cuenta el sitio donde habitualmente tiene su domicilio el menor trasladado.

---

37 Artículo citado, pag. 620

No sobra recordar que el término “residencia” es diferente a otro concepto que se tiene respecto del lugar donde se ubica una persona, como lo es el del “domicilio”, que conforme está previsto en el artículo 76 del C.C. tiene una connotación diferente, pues consagra que *“El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”*. Para precisar tal distinción, el tratadista JORGE PARRA BENÍTEZ nos confirma que *“Se enseña por la doctrina que existen diferencias, para efectos jurídicos, entre los conceptos de domicilio, residencia y morada. El primero, dicho está, es asiento legal de una persona, mientras que la residencia “es el lugar donde vive de manera normal”. Y la morada o habitación es “el sitio donde uno se encuentra incluso momentáneamente”* (38)

#### **4.1.3. MINORÍA DE EDAD**

Otro de los elementos determinantes en la aplicación de estas normas, es el de fijar el concepto de “menor” en ellas mencionado. Para esto, tendremos que precisar el rango de edad en que debe encontrarse el niño para que pueda solicitarse respecto de él la restitución internacional.

Tanto el CONVENIO DE LA HAYA como la CONVENCION INTERAMERICANA coinciden en que la edad tope para su aplicación es la de los dieciséis (16) años, tal como consta en una norma expresa de este último tratado, concretamente en el Artículo 2º. que consagra que *“Para los efectos de*

---

38 PARRA BENITEZ, Jorge. “Derecho Civil General y de las Personas”, Primera Edición, Editorial Leyer, Bogotá, 2008

*esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad.”*

No obstante surge un interrogante: Qué sucede si en el transcurso del trámite el beneficiario de las normas supera esa edad?. Para el caso, el CONVENIO DE LA HAYA contiene norma expresa, (39) que fija como causal para cesación del trámite el hecho de que el llegue a los dieciséis años, siendo una causal exclusivamente objetiva; pero no sucede lo mismo en el caso de la CONVENCION INTERAMERICANA, que no se refirió a este evento, por lo cual ha de entenderse que no se excluye la posibilidad de continuar el trámite, ya que se exige el límite de edad solo en el momento de la solicitud, y al no existir prohibición normativa, habrá de tomarse en cuenta que ese menor de todos modos se encuentra en situación de inferioridad, que requiere especial protección de las autoridades, y que ha sido objeto de disputa por parte de sus padres o quienes ejercen su custodia.

De otra parte, sobre el tema de la edad en que se considera un niño como “menor”, la "CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES", suscrita en México el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) dispone en su artículo 2º. Que “ (...) *Para los efectos de la presente Convención: a) "Menor" significa todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años ...*”

Sea del caso aclarar que si bien en la aplicación de las normas sobre la Restitución Internacional se establece la “minoridad” en los dieciséis años, podrán presentarse situaciones de conflicto frente a lo previsto en la legislación interna de cada uno de los países, ya que si bien son muchos los países en los

---

39 Artículo 4º. El Convenio se aplicará a todo niño que residía habitualmente en un Estado Contratante inmediatamente antes de la violación de cualquier derecho de visita. La aplicación del Convenio cesará cuando el niño llegue a los 16 años de edad.

que se adquiere la mayoría de edad a los dieciocho años, existen otros estados que consagran una edad diferente, como por ejemplo en Albania se es mayor de edad para todos los efectos a los 14 años, en Iran e Irak a los 15 años, en Cuba, Reino Unido y Rusia a los 16 años, en Corea del Norte a los 17 años, en Canadá a los 19 años, en Japón y Corea del Sur a los 20 años, y en Puerto Rico, Honduras, Irlanda y muchos países africanos es a los 21 años. En todo caso, la legislación interna de cada país deberá ser respetada en este punto, aún frente al conflicto que puede presentarse en la aplicación de tales tratados.

Igualmente hay un punto en el cual se podrán presentar conflictos, como sería el evento en que el “menor de edad” goce de diferentes nacionalidades. En este evento, habrá que definirse cuál es la nacionalidad que ostenta para efectos de la aplicación de los Tratados Internacionales y por ende de la edad que tiene frente al tema de la “capacidad” o mayoría de edad.

Para solucionar este evento de plurinacionalidad, deberá acudir a uno de los sistemas propuestos para solucionar esta clase de conflictos, como lo es el previsto en el artículo 5º. del Convenio de La Haya de 1930 y conocido en la doctrina como el principio de la “Nacionalidad efectiva”, definido por el tratadista MARCO GERARDO MONROY CABRA como “... *la de aquel país donde tiene, además de la nacionalidad, el domicilio, y si no lo tuviese en ninguno de los países cuya nacionalidad tiene, la de aquel país en que psicológicamente arraiga*” (40)

---

40 MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Temis, Sexta Edición, Bogotá, 2006.

#### **4.1.4. DELIMITACION DE LA DECISIÓN**

Igual importancia merece el hecho de que las normas que rigen la materia son enfáticas en señalar que este procedimiento va encaminado exclusivamente a decidir sobre la RESTITUCION del menor, sin que sea viable para las autoridades judiciales o administrativas la toma de otro tipo de medidas como definir la custodia o las visitas, pues el objetivo neto de la acción será el volver al estado anterior que las cosas tenían antes del traslado ilegal.

En efecto, al salir de la esfera del funcionario o juez cualquier otro tema diferente de la orden de restituir o no al menor al lugar en que se encontraba antes del traslado ilícito, se le prohíbe tomar otro tipo de medidas que a veces se encuentran en tales decisiones, como por ejemplo entrar a definir custodias individuales o compartidas, reglamentar visitas, o decidir en forma negativa o positivas las solicitudes de permiso de salidas del país. Si bien es innegable que el menor que reencuentra involucrado en este conflicto requiere decisiones sobre todas estos tópicos, se mutaría la naturaleza del proceso, pues implicaría la práctica de pruebas y trámites mas engorrosos para tomar una serie de decisiones mas profundas, lo que correspondería a otro escenario diferente al que acá nos ocupa.

En tal sentido, es conveniente entonces que se insista en la limitación del tema del proceso solo a la decisión de “reparar” ese traslado ilegal que impide al titular de la custodia el ejercicio de su derecho, y entender que cualquier decisión respecto al tema de la custodia del menor corresponderá, por conveniencia de los interesados y del mismo menor, a las autoridades del país de origen, que en principio sería el lugar de su residencia habitual.

Ello, porque como lo afirma la tratadista y profesora de la Universidad de Oviedo en España, Pilar Jiménez Blanco en su libro *“Litigio sobre la custodia y sustracción internacional de Menores”*:

*“El mantenimiento de la competencia judicial de los tribunales de origen en los casos de restitución internacional, a pesar de que físicamente el menor no se encuentre en el territorio del Estado cuyos tribunales van a conocer, es consecuente con la garantía de tutela judicial y con el desincentivo de las sustracciones” (41).*

Es mas, como una medida de precaución para evitar coexistencia de asignación de derechos de custodia (o guarda como se consagra textualmente) sobre el mismo menor de quien se reclama la restitución, el tanto el CONVENIO DE LA HAYA como la CONVENCION INTERAMERICANA (42) contienen disposiciones en el sentido de prohibir a la autoridad del Estado sustractor que resuelva de fondo sobre la asignación de la custodia hasta tanto se decida la solicitud de restitución internacional.

Así mismo, ambos convenios (43) determinan que la decisión que se tome respecto de la restitución no significa prejuzgamiento en relación con el tema de la custodia del menor, ya que en este evento no se está determinando a quién corresponde el cuidado o la guarda del menor, sino simplemente la existencia del traslado ilegal y su consecuente restitución o no, como insistentemente se ha dicho.

---

41 CRUZ TEJADA (p.619) cita a JIMENEZ BLANCO, Pilar. Obra citada, pag. 31

42 Ver artículos 16 del CONVENIO DE LA HAYA y de la CONVENCION INTERAMERICANA

43 Ver el artículo 19 de la CONVENCION DE LA HAYA y el artículo 15 del CONVENIO INTERAMERICANO.

## 4.2. PROCEDIMIENTO

Si bien bastaría el repaso de los marcos legales y jurisprudenciales que hemos reseñado para determinar todo lo relacionado con el trámite a seguir en la reclamación de reintegro del menor al lado de quien ejerce legalmente la custodia, tenemos que no son pocos los problemas que se presentan en el momento de abordar en la práctica tal determinante tarea.

Esto, por cuanto deberá acudir a la legislación interna del país sustractor, es decir aquel a donde fue trasladado ilegalmente el menor, dificultad que se acrecienta más en los casos en que exista otro tipo de convenios entre estados, o normas de carácter internacional, como sucede por ejemplo en la Unión Europea, donde como lo advierte el catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, existen otros acuerdos y normas reglamentarias de los organismos supranacionales, que se han acogido paulatinamente por los estados comunitarios:

*“Siendo la sustracción el punto de partida y el Convenio de La Haya de 1980 el bálsamo que ha servido para resolver el concreto supuesto del retorno/no retorno, a este convenio de 29 años, envejecido en algunos aspectos (en ocasiones no tanto por las posibilidades que ofrece, cuanto por la estandarización en torno a su práctica y una cierta condena pública de las resoluciones de no retorno), a este Convenio, digo, le han salido parientes más jóvenes con los que comparte la global solución de un traslado: la decisión sobre el retorno y, eventualmente, la decisión sobre el ejercicio de la custodia sobre el menor. En el contexto comunitario, el Reglamento 2201/2003 contiene una regulación relativamente amplia y compleja (excesivamente compleja para*

*mi gusto) que integra en los supuestos regulados al propio Convenio de La Haya de 1980 (44)*

Por ello, vamos a dar una mirada al trámite procesal que involucra esta reclamación, iniciando con la determinación de la competencia tanto en las fases administrativa y judicial, a la clase de proceso que corresponde, y a generalidades sobre el procedimiento en sí consagrado en las normas pertinentes.

#### **4.2.1 COMPETENCIA**

Son coincidentes las normas legales en cuanto a que existe un trámite administrativo y otro correspondiente a las autoridades judiciales.

Para efectos del TRÁMITE ADMINISTRATIVO, se estableció en el texto de los convenios citados, la obligación por parte de los estados firmantes de designar ante todo una “*autoridad central*”, que será la encargada de hacer cumplir lo pactado e intentar inicialmente un acuerdo o conciliación con el infractor respecto del regreso del menor al lugar donde se encontraba antes del traslado ilícito.

---

44 ÁLVAREZ GONZÁLEZ Santiago. Catedrático de Derecho internacional privado - Universidad de Santiago de Compostela - España – 17 Revista electrónica de Estudios Internacionales(REEI) consultada el 16 de marzo de 2001 en [http://www.reei.org/reei17/doc/recensiones/recension\\_ALVAREZ\\_Santiago.pdf](http://www.reei.org/reei17/doc/recensiones/recension_ALVAREZ_Santiago.pdf)



En nuestro caso colombiano, existe ya norma expresa en tal sentido: el inciso segundo del artículo 112 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) que determina que

*“(...) Para los efectos de este artículo actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La Autoridad Central por intermedio del Defensor de familia adelantará las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del niño, niña o adolescente y decretará las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar.”*

norma que ratificó lo dispuesto en la Resolución No. 1399 de 1998 del ICBF que había sido objeto de declaración parcial de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional en su sentencia T-357 de 2001 ya comentada, y frente a la cual no existe asomo de duda alguna.

Poco antes de la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, el legislador expidió, a instancias del máximo tribunal constitucional, la Ley 1008 de 2006 en la que hizo claridad sobre la competencia y trámite de esta clase de reclamaciones, y en relación con que en la fase administrativa indica que corresponde conocer del trámite a los Defensores de Familia (45), por lo cual es claro que es a éste a quien corresponde asumir las gestiones, como funcionario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, situación que lo coloca en una posición un poco ambigua: de una parte tiene que representar a la persona afectada con el traslado, tomando la bandera de la reclamación, y por la otra

---

45 ARTÍCULO 1o. LEY 1008/06 - COMPETENCIA, PREVALENCIA NORMATIVA Y PROCEDIMIENTO. El conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa y de los Jueces de Familia y Jueces Promiscuos de Familia en su fase judicial. En los municipios donde no haya Juez de Familia o Promiscuo de Familia, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales”.

defender los intereses del menor, tal como se indica en el inciso segundo del artículo 137 del Código de la Infancia y la Adolescencia que dice:

*“Art. 137.- (...) El defensor de familia intervendrá en representación del interés del niño, niña o adolescente retenido ilícitamente, sin perjuicio de la actuación del apoderado de la parte interesada.”.*

Corresponde entonces a esa entidad central, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, encargarse de recibir la solicitud de restitución, ya sea que provenga de la Autoridad Central del país de origen o de los mismos interesados, y procederá a la ubicación del menor, ya que si no se tiene la certeza de que éste ha sido trasladado al territorio nacional, podrá rechazar de plano tal solicitud.

Localizado el sitio donde se encuentra el menor, se asignará a un Defensor de Familia del lugar para que proceda a intentar el regreso voluntario del niño, funcionario que en tal labor podrá tomar las medidas que considere necesarias para favorecer los intereses del niño, como lo mencionan las instructivas internas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que al respecto expresan sobre el tema:

### *3.9.3. Cuando Colombia es país requerido*

*(...)\* El defensor de familia avoca conocimiento, cita al padre o madre sustractor o retenedor para persuadirlo en cuanto al retorno voluntario del niño o niña a su país de residencia habitual, o en cuanto a la regulación de visitas.*

*• Si no hay retorno voluntario ni ánimo conciliatorio al respecto, el defensor de familia, mediante resolución motivada, declara fracasada la etapa de conciliación y toma medidas provisionales para el restablecimiento de derechos. Estas son, entre otras: ordenar que se restablezca el contacto del niño, niña o adolescente con el padre o madre que reclama la restitución o regulación internacional de*

*visitas; regular visitas provisionales, impedir la salida del país; y presentar inmediatamente la demanda ante el juez competente (46)”.*

Agotada sin éxito la actuación del funcionario administrativo, se acudiría a la ETAPA JUDICIAL, donde la reclamación será ya de conocimiento del Juez de Familia o Promiscuo de Familia del lugar donde se encuentra localizado el menor objeto de la petición. El funcionario judicial podrá iniciar la actuación en forma oficiosa simplemente al tener conocimiento de la existencia de un traslado ilegal (47), o atenerse al informe presentado por el Defensor de Familia sobre el hecho de que intentado el retorno voluntario por la vía administrativa, continúa el desacuerdo entre las partes (48).

En ambos casos, procurará dar a la actuación la agilidad que el caso requiere, ya que cualquier demora en la tramitación va a ocasionar perjuicios irreversibles en la situación física y psicológica del menor, quien ante la prolongada separación de uno de sus padres puede sufrir desapego frente a él (máxime si se da el fenómeno de alienación parental), o sufrir grave desorientación sobre cuál es realmente su entorno, demora que va igualmente a colocar en situación de ventaja al padre infractor.

---

46 Véase el *Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez* expedido por el ICBF en el año 2007

47 Código de la Infancia y la Adolescencia, Artículo 121 del INICIACIÓN DEL PROCESO Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS URGENTES. Los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio. Al momento de iniciar el proceso el juez deberá adoptar las medidas de urgencia que la situación amerite para proteger los derechos del niño, niña o adolescente.

48 Código de la Infancia y la Adolescencia Artículo 137. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES. Con el informe del defensor de familia sobre el desacuerdo para la restitución internacional del niño, niña o adolescente, el juez de familia iniciará el proceso. El defensor de familia intervendrá en representación del interés del niño, niña o adolescente retenido ilícitamente, sin perjuicio de la actuación del apoderado de la parte interesada.

La asignación de competencia de esta clase de asuntos al Juez de Familia está contenida expresamente en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el numeral 3º. del artículo 119, en cuyo párrafo igualmente se impone al operador judicial la obligación de actuar con la celeridad requerida, incluso imponiendo una prelación especial, tal como se advierte en la norma:

*“Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: (...)*

*3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.*

*(...) PARÁGRAFO.- Los asuntos regulados en este código deberán ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.”*

Igual prelación se incluyó en el artículo 1º. de la ley 1008 de 2006, primera normatividad que sobre el tema fue expedida en nuestra legislación, en donde se consagra que *“El principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes.”*

De ahí que sea inadmisibles, por lo menos en forma teórica, que el juez que asume el conocimiento de esta clase de asuntos pueda demorar mas de dos meses en tomar la decisión definitiva de restitución o no del menor, lo que va en dirección al cumplimiento a los objetivos y finalidades de los convenios internacionales y de la legislación interna, que exige una rápida decisión, ya que cualquiera que sea la decisión va propender por la salvaguarda de los intereses del menor, quien se encuentra en el centro del conflicto familiar sobre su custodia.

Volviendo al tema de la competencia, es de anotar que conforme se ha indicado, el proceso de Restitución Internacional corresponde al Juez de Familia del lugar donde se encuentra el menor luego del traslado ilícito, por expresa disposición del Código de la Infancia y la Adolescencia, pero surge la posibilidad de que en ese municipio no exista esta categoría de jueces para asumir el conocimiento. En este evento, y conforme las reglas básicas procesales que rigen la materia, concretamente el numeral 5 del artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, (49) este asunto será de conocimiento del Juez Municipal en única instancia.

Lo anterior es expresamente ratificado en el artículo 120 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ya citado, en el que se determina que “*El Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal conocerá de los asuntos que la presente ley atribuye al juez de familia, en única instancia en los lugares donde no exista este*”, lo cual no deja duda alguna respecto que la competencia para tramitar el proceso de restitución de menor radica en cabeza de los mencionados jueces del lugar donde el menor trasladado ilícitamente se encuentra.

No sobra aclarar que para adelantar esta clase de actuaciones judiciales no será necesario el agotamiento del requisito de procedibilidad a que se refiere la ley 640 de 2001, como a veces se exige equivocadamente en algunos despachos, por cuanto si bien en ella se contempla como causal de rechazo de la demanda la falta de intentar la conciliación previa en algunos procesos a adelantar ante la Jurisdicción de Familia, y en forma expresa se consagran dos eventos en los que se puede incluir esta reclamación de restitución internacional, como son los

---

49 ARTÍCULO 14. COMPETENCIA DE LOS JUECES MUNICIPALES EN UNICA INSTANCIA. Los jueces municipales conocen en única instancia: (...) 5. De los procesos atribuidos a los jueces de familia en única instancia, cuando en el municipio no exista juez de familia o promiscuo de familia.

numerales 1º. y 6º. del artículo 40 de la citada ley 640 de 2001 (50), que se refieren a los conflictos sobre la custodia y al ejercicio de la autoridad paterna, tal exigencia no es aplicable al caso por cuanto conforme a lo previsto en el artículo 137 del Código de la Infancia y la Adolescencia, *“Con el informe del defensor de familia sobre el desacuerdo para la restitución internacional del niño, niña o adolescente, el juez de familia iniciará el proceso”*, norma ésta que por ser posterior a la del año 2001 y por referirse a un proceso específico, debe aplicarse con preferencia acorde con las normas de interpretación de la legislación. (51), lo cual indica que no se exigirá requisito adicional alguno al informe del defensor de Familia.

Además, no tendría sentido exigir el requisito de conciliación previa cuando precisamente el informe del Defensor de Familia será consecuencia del fallido trámite administrativo que pretendía un acuerdo conciliado sobre la restitución.

#### **4.2.2. NATURALEZA DEL PROCESO**

Definida ya la competencia del trámite judicial de Restitución Internacional de menores, procederemos entonces a determinar qué clase de proceso es el que corresponde.

---

50 Ley 640 de 2001- Artículo 40. Requisito de Procedibilidad en asuntos de Familia. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos: 1.Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.(...) 6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad (...).

51 Ley 153 de 1887 - ARTICULO 2o. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior. - ARTICULO 3o. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

En primer término, es claro que la ley 1008 de 2006, que como hemos aclarado en varias oportunidades se dictó a instancias de la Corte Constitucional que en reiterados pronunciamientos exigió al legislador que se ocupara del asunto, consagra en su artículo primero lo relativo a la clase de proceso, indicando que:

*“(…)En concordancia con las previsiones de los numerales 3, 5 y 10 del párrafo 1o del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, las autoridades judiciales señaladas en el inciso primero del presente artículo, según el caso, tramitarán los asuntos a que se refiere este artículo, mediante las reglas del proceso verbal sumario salvo en lo referente a la única instancia. En las controversias judiciales a que se refiere esta ley, que se resuelven en el marco de Tratados y Convenios Internacionales, se garantizará el principio de la doble instancia, la cual se tramitará de acuerdo con las disposiciones que la regulan para el proceso verbal de mayor y menor cuantía (...). (el subrayado es nuestro).*

Lo que indicaría que el legislador quiso imprimirle total celeridad al asignarle el trámite del proceso verbal sumario previsto en nuestro ordenamiento procedimental como el mas ágil para solucionar conflictos que requieren decisión casi inmediata. No obstante, en aras tal vez de acatar la garantía constitucional de la obligatoriedad de la segunda instancia (52), decidió incluir la salvedad de la única instancia que opera para esta clase de procesos verbales sumarios, lo que llevaría a la conclusión de que la decisión del juez de conocimiento de estos asuntos de restitución de menores sería objeto de revisión por el juez de segunda instancia, mediante el recurso de apelación, por expresa disposición del legislador expresada sin lugar a dudas en la citada ley 1008 del 23 de enero del año dos mil seis.

---

52 Véase el artículo 31 de la Constitución Política Colombiana que dispone: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. “

Pero sucede que tal postura legal no se mantuvo por mucho tiempo, pues al finalizar el mismo año 2006 (el 8 de noviembre), el legislador, al expedir el Código de la Infancia y la Adolescencia o Ley 1098 de 2006, consagró una disposición totalmente contraria, al incluir en el encabezamiento del artículo 119 lo siguiente:

*ARTÍCULO 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN ÚNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: (...)*  
*3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. (el subrayado es nuestro)*

De manera tal que siendo ambas normas de carácter especial -referidas ambas al trámite de los procesos de Restitución Internacional de Menores- y siendo contrarias por lo menos en el punto estudiado de la naturaleza del proceso, primará la aplicación de la segunda norma por ser posterior, conforme a las reglas de interpretación de los textos legales ya transcritas.

Se entiende de otra parte la conveniencia de establecer la única instancia para esta clase de procesos, pues como hemos reiterado, se requiere una decisión pronta para proteger la situación del menor, aunque podría esbozarse frente a ello el argumento de como lo indica el principio constitucional de la doble instancia consagrado en el artículo 31, y en aras de tomar una mejor decisión, las decisiones del operador judicial deben en todo caso ser revisadas por el superior del juez, evitando posibles equivocaciones judiciales que conlleven perjuicios irremediables al menor. Sin embargo es de anotar que no por el hecho de que exista la segunda instancia para revisar la decisión del *a quo*, se otorga plena garantía de certeza en el *ad-quem*, quien igualmente puede incurrir, de buena fe claro está, en una decisión que además de tardía, puede ser equivocada.



Por lo anterior, debemos concluir que el trámite a seguir en los asuntos de Restitución Internacional de menores, será el del proceso Verbal Sumario de que trata el Código de Procedimiento Civil (53) por expresa disposición de la ley 1008 de 2006, pero siguiendo la regla general de este tipo de procesos, que es la única instancia, trámite que se mantendrá luego de la reforma sustancial de procedimiento contenida en la Ley 1395 de 2010 que aún no ha entrado a operar totalmente, y que propende por la agilidad en la decisión judicial a toda costa.

#### **4.3. TRÁMITE ADMINISTRATIVO**

Teniendo claridad sobre la competencia y la naturaleza del proceso a seguir, se hace necesario entrar a determinar los pormenores del trámite que debe seguir el asunto cuando ya llega a conocimiento de las autoridades administrativas, escenario previo a la competencia de las autoridades judiciales.

---

53 ARTÍCULO 435. ASUNTOS QUE COMPRENDE. Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos: PARAGRAFO 1. EN CONSIDERACION A SU NATURALEZA:3. Fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos, y restitución de pensiones alimenticias (...) 5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos 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, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; 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. (...) 10. Los que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio, o a manera de árbitro.

Sea lo primero advertir que existe un término que podríamos llamar de “caducidad” para la interposición de la solicitud, previsto en la CONVENCIÓN INTERAMERICANA, concretamente en el artículo 14, que textualmente dice:

*“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(...).”*

Es decir, que el término dentro del cual se debe instaurar un proceso de restitución internacional de menores será el de un año contado a partir de la fecha del traslado ilegal. No ocurre lo mismo en los casos a que se refiere la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES suscrita en México en 1994, esto es, cuando el traslado de un menor se hace con propósitos y medios ilícitos, (54) ya que allí se consagra un plazo mas corto, de ciento veinte días, situación que se justifica en cuanto que esos eventos difieren de los casos objeto de este estudio en los que se trata del traslado ilícito por parte de uno de los padres o de quien ejerce la custodia, sin que exista un propósito manifiestamente ilícito en su actuar como lo sería el de propiciar el tráfico internacional de un menor.

Así mismo, es claro que la legitimación para interponer la acción de Restitución recaerá en la persona que esté acreditada como titular de la custodia en el Estado de residencia habitual del menor, tal como lo determina el artículo 12 de la CONVENCION INTERAMERICANA, y que la solicitud se presentará

---

54 ARTÍCULO 14. (...) La solicitud fundada de localización y de restitución deberá ser promovida dentro de los ciento veinte días de conocida la sustracción, el traslado o la retención ilícitos del menor. Cuando la solicitud de localización y de restitución fuere promovida por un Estado Parte, éste dispondrá para hacerlo de un plazo de ciento ochenta días. Cuando fuere necesario proceder con carácter previo a la localización del menor, el plazo anterior se contará a partir del día en que ella fuere del conocimiento de los titulares de la acción.(...)

inicialmente ante la Autoridad Central, sea del país de la residencia habitual del menor, o del país receptor, (55) a efectos de que éstas procedan a tomar las medidas inmediatas tendientes a procurar el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual, y que el estado de cosas vuelva a su situación inicial, siendo viable para el actor escoger si presenta su solicitud directamente ante dicha autoridad central, o si lo hace a través de exhorto o carta rogatoria, o por la vía diplomática o consular como lo indica el artículo 8 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA.

Dicha solicitud deberá ser muy completa en cuanto que debe indicar los antecedentes del caso, situaciones anteriores al traslado, la identificación clara del menor y de la persona que realizó el traslado ilegal, así como las indicaciones del sitio donde posiblemente se encuentra el menor, y los fundamentos legales que sustentan la solicitud. Con la petición se presentarán los documentos que sustenten las afirmaciones en ella contenidas, tales como las copias de las decisiones judiciales o acuerdos que asignen la custodia del menor, los documentos que comprueben la legitimación procesal del demandante, y la información sobre las normas vigentes del Estado de residencia habitual del menor, todos ellos debidamente traducidos. (56)

La Autoridad Central que recibe la petición, podrá rechazarla de plano en el evento en que advierta que no se está frente a la situación regulada por las normas de la Restitución Internacional de Menores, o que no existe mérito suficiente para hacer la reclamación, caso en el cual informará al solicitante las

---

55 Véanse el artículo 8 del CONVENIO DE LA HAYA y el artículo 6 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA

56 Véanse Artículo 8 del CONVENIO DE LA HAYA y el artículo 9 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA

razones de tal decisión, conforme lo establece el mismo CONVENIO DE LA HAYA (57).

Recibida la solicitud, y luego del examen preliminar a que se refiere el comentario anterior, la Autoridad Central tomará todas las medidas pertinentes para la ubicación del menor, y una vez tenga certeza de ello, tratará de que se produzca la restitución voluntaria del mismo al solicitante, pero en el evento de que no lo logre informará a la autoridad judicial competente a fin de que sea ésta quien proceda a dictar la decisión de si ordena o no la restitución. Recordemos que inicialmente se había asignado a la autoridad central la potestad para decidir el retorno del menor, pero ya quedó claro que ello será de competencia exclusiva de las autoridades judiciales.

Como lo dispone el artículo 11 del CONVENIO DE LA HAYA, es deber de las autoridades administrativas, al igual que las judiciales, proceder con la urgencia necesaria para proteger la integridad física y psicológica del menor, y si es necesario, llegar hasta el extremo de tomar a su cargo medidas como la prohibición de salida del país del menor, o asumir la custodia del mismo mientras se decide finalmente si hay lugar o no a su restitución, todo con el fin de que el menor no vea vulnerados sus derechos y de garantizar el cumplimiento de la decisión. Para ello, dispondrá de un plazo de seis semanas, contadas a partir de la fecha en que se dé comienzo a la actuación administrativa, ya que vencido dicho término, podrá ser requerido directamente por el Estado requirente o por el interesado, a efectos de que informe sobre los motivos de la demora.

---

57 Véase el Artículo 27 del CONVENIO DE LA HAYA: Cuando fuere manifiesto que no se reúnen las condiciones exigidas por el Convenio o que la solicitud no tiene fundamento, una Autoridad Central no estará obligada a aceptar dicha solicitud. En tal caso informará inmediatamente al solicitante de sus motivos o a la Autoridad Central que le hubiere transmitido la solicitud, según sea el caso.

#### 4.4. TRÁMITE JUDICIAL

Terminado el trámite administrativo, si no se ha logrado la restitución voluntaria del menor, la Autoridad Central (en cabeza del Defensor de Familia asignado para el asunto por la dirección nacional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF), procederá, como lo indica el artículo 137 del Código de la Infancia y la Adolescencia, (58) a emitir un informe sobre la situación, el que enviará al Juez de Familia competente a efectos de que éste de comienzo al trámite Judicial. En dicha etapa, el Defensor de Familia actuará en representación del menor, sin perjuicio de que exista un representante judicial de la parte solicitante, ya que se entiende que dicho apoderado defenderá a toda costa los derechos de la persona despojada del ejercicio de la custodia, cuyas pretensiones pueden o no coincidir con los intereses del menor trasladado ilícitamente.

Por tratarse de un trámite procesal, que como hemos explicado se adelantará por el procedimiento consagrado en el artículo 1º. de la Ley 1008 de 2006, esto es, el de un proceso Verbal Sumario, el juez que reciba el informe, o la demanda presentada directamente por el afectado, procederá inicialmente a dictar el auto admisorio, dentro del cual se ordenará vincular a la parte demandada, esto es, el autor del traslado ilícito, quien cuenta con un término de cuatro (4) días para dar su respuesta y si es del caso, formular la oposición, conforme al Código de Procedimiento Civil (59).

---

58 ARTÍCULO 137. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, LAS NIÑAS O LOS ADOLESCENTES. Con el informe del defensor de familia sobre el desacuerdo para la restitución internacional del niño, niña o adolescente, el juez de familia iniciará el proceso. El defensor de familia intervendrá en representación del interés del niño, niña o adolescente retenido ilícitamente, sin perjuicio de la actuación del apoderado de la parte interesada.

59 Véase el artículo 436 del C.P.C.

Lo anterior, no obstante que la CONVENCIÓN INTERAMERICANA contenga una disposición contraria, que consagra para el demandado un término diferente para oponerse, como consta en la siguiente norma:

*“Artículo 12 La oposición fundamentada a la que se refiere el artículo anterior deberá presentarse dentro del término de ocho días hábiles, contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciera saber a quien lo retiene (...).”*

Por ello, existiendo en nuestro estatuto procesal civil norma expresa para esta clase de actuaciones, primará su aplicación frente a la norma transcrita, por lo que concluimos que el término de oposición será el de solo cuatro días siguientes a la notificación personal del demandado.

Así, deberá dicho demandado dar contestación y referirse a los hechos de la solicitud, así como podrá presentar las pruebas o solicitar su decreto, conforme a las normas procesales vigentes, y como dispone el artículo 437 del C.P.C., si el demandado propone excepciones de fondo, dará traslado de ellas al demandante por el término de tres días para garantizarle su derecho de defensa y permitir que el solicitante pida pruebas adicionales para controvertirlas. Recordamos que en esta clase de asuntos, dada la urgencia de la decisión a tomar, y especialmente la necesidad de que el menor retorne pronto al lugar de su residencia habitual, se limitarán muchas de las actuaciones procesales de las partes, como por ejemplo el demandado no podrá proponer excepciones previas y cualquier alegación en tal sentido lo tendrá que hacer mediante reposición del auto admisorio de la demanda, al igual que se prohíbe la reforma de la demanda, la reconvención, la tramitación de incidentes, solicitar la acumulación de procesos y la suspensión del trámite salvo por acuerdo entre las partes.(60)

---

60 Al respecto, consultar artículo 440 del C.P.C.

Entrabado el proceso con la notificación del demandado, procederá el juez a fijar fecha para la celebración de la Audiencia de que trata el artículo 430 del C.P.C., la que se realizará conforme lo previsto en la legislación procesal (61), intentando nuevamente la conciliación entre las partes, y en caso de no lograrse, allí mismo decretará y procederá a practicar la totalidad de las pruebas, luego de lo cual vendrán las alegaciones de las partes y el proferimiento de la sentencia en la que decida sobre la prosperidad o no de la solicitud de restitución del menor.

Todo conforme a los parámetros de la legislación procesal vigente, que se aplica en lo posible dentro del marco de la oralidad que se implantó por la Ley 1395 de 2010, que modificó entre otros este procedimiento para hacerlo todavía mas ágil. Con ello se cumple igualmente el postulado previsto en el artículo 12 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA, que determina que la autoridad judicial o administrativa contará con un término para decidir de sesenta días calendarios contados desde que se recibe del demandado su manifestación de oponerse a la restitución.

Es claro que si el operador de Justicia encuentra justificada la solicitud, procederá a dictar la correspondiente sentencia en la que ordene en forma inmediata al perturbador del derecho de custodia el cese de la vulneración ocasionada con el traslado ilícito y proceder a la restitución del menor, quien deberá ser entregado al solicitante. Adicionalmente en la sentencia se podrá condenar en costas al demandado por haber dado lugar a la tramitación del proceso con su actitud arbitraria.

---

61 Véase el artículo 432 del C.P.C. reformado por el Artículo 25 de la Ley 1395 de 2010

Para efectos de lograr el traslado del menor, como lo dispone el artículo 13 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA, contará el solicitante, o la autoridad que requiere la restitución, con un plazo máximo de cuarenta y cinco días a efectos de que tomen las medidas que sean necesarias para ejecutar dicha orden de restitución, pues si transcurre este término sin que se adelanten los trámites tendientes a ello, queda sin efecto la sentencia proferida por el Juez (62), puesto que la demora se tomaría como una señal inequívoca de la conformidad del solicitante con la situación y estado de las cosas, sin que sea por tanto necesario el regreso del menor.

Vale aclarar que los gastos que ocasione tal regreso del niño correrán por cuenta del solicitante, como lo disponen los artículos 13 y 23 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA, pero si éste carece de recursos, será el Estado requirente quien los sufrague, sin perjuicio de que se pueda repetir posteriormente contra el verdadero causante de tales costos, tal como igualmente se establece en el artículo 26 del CONVENIO DE LA HAYA (63).

---

62 “ARTÍCULO 13. CONVENCIÓN INTERAMERICANA. 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. Los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que este careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal.”

63, ARTÍCULO 26 del CONVENIO DE LA HAYA: “(...) Al ordenar el regreso del niño o al resolver sobre el derecho de visita en el marco del Convenio, la autoridad judicial o administrativa podrán, según sea el caso, imponer a cargo de la persona que hubiere trasladado o retenido al niño o quien hubiere impedido el ejercicio del derecho de visitas el pago de todas las costas necesarias ocasionadas por el solicitante o en su nombre, especialmente los gastos de viaje, los gastos de representación judicial del solicitante y del regreso del niño, así como todas las costas y gastos ocasionados para ubicar al niño.



En el evento contrario, es decir, cuando el juez advierte que no están plenamente demostrados los supuestos requeridos para ordenar la restitución del menor, según las causales que se analizarán con mayor detenimiento en el acápite siguiente, denegará la petición, lo que implicará la toma de otra clase de medidas a fin de preservar los derechos del niño, pero sin que sea viable en esta clase de procesos la condena en costas a la parte vencida en el juicio, toda vez que como claramente lo disponen tanto el artículo 26 del CONVENIO DE LA HAYA, como el artículo 23 de la CONVENCION INTERAMERICANA, ni las autoridades administrativas ni las judiciales podrán imponer condenas en costas por el trámite adelantado, ya que no habrá gastos en esta clase de actuaciones, siendo de cargo de cada uno de las partes el costo de los honorarios de los abogados que hubieran designado para su representación.

Tal decisión será definitiva, pues como ya se indicó, se trata de un proceso de única instancia, sin que sea viable entonces la revisión por parte de ninguna otra autoridad administrativa o judicial.

No sucede lo mismo en el ámbito internacional, concretamente en la Unión Europea, en donde, en virtud de lo previsto en el Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003,<sup>(64)</sup> relativo a la

---

64 El Anexo IV del Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003 dice en su parte pertinente lo siguiente: “En caso de que un órgano jurisdiccional dicte una resolución de no restitución, debe transferir el expediente a la jurisdicción competente del país de la UE donde el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado. Esta jurisdicción tiene la última palabra para decidir si debe restituirse o no al menor. El juez debe dar al menor y a las partes la posibilidad de ser escuchados y tener en cuenta también los motivos y los elementos de prueba sobre la base de los cuales el primer juez dictó su resolución de no restitución. Si el juez del país de la UE de origen dicta otra resolución, es decir que el niño debe ser restituido, esta resolución será reconocida y ejecutiva en el otro país de la UE, de manera automática y sin que sea necesaria una declaración de ejecutoriedad («supresión de *exequatur*»). No será posible oponerse a la resolución siempre que el juez del país de la UE de origen haya expedido un certificado.

competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental -acogido ya por varios países-, luego de que la autoridad judicial del país requerido deniega la solicitud de restitución, se da una posibilidad adicional frente a las autoridades judiciales competentes del país de origen o de residencia habitual del menor, quienes luego de analizar la situación y practicar algunas pruebas, pueden decidir la viabilidad de la restitución, orden que es de obligatorio y automático cumplimiento para las autoridades judiciales del país donde se encuentra el menor, sin que se admita oposición alguna, y sin que sea necesario aplicar el procedimiento general del exequátur para la validez de las sentencias de tribunales extranjeros.

## **5. CAUSALES DE NEGATIVA DE LA SOLICITUD DE RESTITUCION**

Merece especial atención el estudio de los motivos que pueden llevar al operador judicial a denegar la petición de restitución internacional del menor, lo que ocurre solo en los eventos especialmente descritos en los tratados internacionales tantas veces mencionados, ya que en nuestra legislación interna no existe norma particular al respecto.

Así, conforme a lo previsto en los artículos 13 del CONVENIO DE LA HAYA, y el artículo 11 de la CONVENCION INTERAMERICANA, son relativamente limitadas las situaciones en las que se puede dictar decisión negando la restitución solicitada, y corresponderá al juez que tenga a su cargo la definición del asunto llenarse de todos los argumentos y razones tanto legales como sociológicas y psicológicas para sustentar su posición.

Por ello, como los mismos Tratados Internacionales lo aconsejan (65), corresponderá al Juez ordenar la práctica de las pruebas que considere necesarias para tomar una dimensión del asunto, de las diferentes posiciones de las partes, y sobre todo de la situación real del menor, para lo cual tendrá especial acceso a los informes que pueda obtener tanto de las autoridades nacionales como las del país de origen.

Los casos en los cuales el juez puede negarse a conceder la restitución del menor, previstos en los tratados internacionales vigentes, son los siguientes:

**A. Que quien formula la solicitud de restitución no tenía realmente el derecho de custodia sobre el menor cuando se produjo su traslado ilegal.**

Es claro que conforme al procedimiento estudiado, con la solicitud formulada por el Estado requirente a través de la Autoridad Central, o con la petición presentada directamente por el interesado, deberá aportarse la prueba del derecho de cuidado o custodia que se ejercía en situación anterior al desplazamiento ilícito del menor. De dicha prueba depende todo el andamiaje que sustenta esta figura, pues como se ha dicho con suficiencia en este estudio, lo que se pretende es restablecer las cosas a su estado anterior, es decir, devolver al menor a quien ejercía legalmente la custodia.

---

65 Véase inciso final del artículo 13 del CONVENIO DE LA HAYA que dice: "(...) 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.

De ahí que si existen dudas sobre la legalidad de tal derecho de custodia en cabeza del solicitante, y aún a pesar de que la autoridad Central haya formulado el informe de fracaso de regreso voluntario como acto inicial del trámite ante el juez, éste podrá amparar su decisión definitiva de negar dicha restitución alegando no ser contundente la titularidad del derecho, lo que podría equipararse al fenómeno de la “Falta de Legitimación en la causa”, propio de nuestro derecho procesal vigente.

No sobra advertir que tal calificación sobre la legitimidad o no del solicitante deberá tener en cuenta lo dispuesto en las leyes vigentes del lugar de residencia habitual del menor, premisa esencial en cuanto a que tal situación dependerá exclusivamente de la legislación del país requirente, sin que tenga trascendencia o no que tal situación coincida con lo que dispongan al respecto las leyes del país requerido.

**B. Que el solicitante haya dado su consentimiento previo o su aprobación posterior al traslado ilícito.**

Puede suceder que la posición del solicitante respecto del traslado ilícito del menor no sea tan determinante para establecer si estuvo o no de acuerdo con él, o que una vez realizado el traslado manifestó su aprobación, situaciones que posteriormente cambiaron para tomar la iniciativa de acudir al mecanismo de la Restitución Internacional.

Tal sería el evento en que quien ejercía la custodia conjuntamente dio su consentimiento inicial para que el menor fuera llevado a otro país, pero que luego de ello surgieron otras circunstancias que llevan a un desacuerdo sobre la forma en que se lleva a cabo tal traslado o la custodia que ello implica, lo

que indica que no se estaría frente a un caso de “traslado ilícito” desde el inicio de dicho acto, sino que fue un traslado “consentido” por el titular de la custodia caso en el cual desaparece el supuesto de “ilicitud” que debe rodear este trámite.

Igualmente puede suceder el caso contrario, esto es, que el traslado si fue ilícito desde el comienzo, pero que luego de producido el titular de la custodia ha dado muestras de su aquiescencia o conformidad con la nueva situación, la que aceptó con hechos claros y determinantes, pero que luego de transcurrido algún tiempo, y por la ocurrencia de hechos sobrevinientes, exprese su no conformidad con el traslado, pretendiendo que se revierta la situación dada la prueba contundente de la ilicitud del traslado.

Se entiende que tal aquiescencia o conformidad debe ser inequívoca, pues no podría derivarse de una actitud negligente como la prevista en los tratados aplicables, en donde el solo hecho de dejar transcurrir algún tiempo desde el traslado sin acudir al mecanismo de la restitución, podría generar una supuesta conformidad con los hechos. Acá, no puede olvidarse que lo que está en juego es la situación irregular del menor, quien por el traslado puede resultar gravemente afectado -física o psicológicamente-, independientemente de la actitud pasiva de su cuidador.

De ahí, que al no ser tan clara la oposición al traslado o al resultado de éste, el juez podrá determinar que el traslado no fue ilícito por haber existido aprobación de parte del titular de la custodia, o que existiendo el “traslado ilícito”, el titular lo aceptó, al menos provisionalmente, con actos ciertos y determinantes.

**C. Que la restitución del menor lo coloque en situación de grave riesgo físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable para él.**

En este evento, a pesar de estar acreditado el “traslado ilícito” del menor, y que el titular de la custodia sea quien formula la solicitud, el juez se verá obligado a sustentar su negativa a conceder la restitución, en hechos que sean totalmente inequívocos en cuanto a que dicho traslado va a ocasionar un grave perjuicio al menor, desde el punto de vista físico o psicológico.

Acá se trata de que el operador judicial debe realizar un juicio de “ponderación” entre los derechos derivados de la custodia, y los intereses y bienestar del menor. De ahí que deberá tomar en cuenta todas las circunstancias que pueden haber rodeado el hecho del traslado, para lo cual podrá decretar y practicar todo tipo de pruebas, aportando así los elementos necesarios para advertir la existencia de un “grave” riesgo para el menor, tanto en el aspecto de su seguridad e integridad física, como en el campo psicológico, lo cual será un poco más difícil de concretar.

Es igualmente viable para el juez negar la restitución aduciendo la circunstancia de que el regreso del menor lo va a colocar en una “situación intolerable”, lo que implica un análisis más de tipo subjetivo, tratando de adentrarse en lo que puede acarrear para el menor dicha decisión de traslado, y de lo que será el devenir de su existencia al regresar al hogar del que fue sustraído ilícitamente.

Aquí sí tendrá que sustentar con mayor tino el juez su decisión, pues implica que analice en forma muy particular las circunstancias en las que el menor se verá

inmerso al regresar al lado del titular de la custodia, sopesando cada una de las situaciones que coloque al menor en tal situación que no podrá tolerar bajo ninguna circunstancia.

**D. Que exista oposición del menor, cuya opinión merece ser tomada en cuenta dada su edad y madurez.**

Implica esta situación que el operador judicial deberá realizar ante todo un estudio de la validez de la opinión del menor respecto de su traslado, y para ello mirará la edad, y sobre todo la madurez psicológica, punto en el cual tendrá que ser muy cuidadoso dado el continuo cambio de la edad mental que tienen hoy los jóvenes, sometidos a un constante bombardeo de información por los amplios canales de comunicación.

Así, no podrá basarse en estándares, estadísticas o estudios que aunque estén bien cimentados, pueden ser aplicables a otras instancias pasadas, pues deberá analizar -con ayuda lógicamente del equipo interdisciplinario que impera en todas las decisiones en materia del Derecho de Familia- si en el caso concreto sometido a su estudio ese menor tiene la edad y la madurez necesaria para que su opinión sea tomada en cuenta.

Y además de lo anterior, deberá analizar la validez o no de dicha oposición, pues generalmente puede estar inducida por situaciones de “alienación parental” que constituyen de fondo el conflicto entre los padres con ocasión de la crianza del hijo, y por lo mismo aun existiendo las circunstancias de la edad y de la madurez, puede desatender la oposición radical del menor al regreso, al

advertir que éste no es consciente de los alcances de dicha repulsa, ya que no percibe con total imparcialidad las circunstancias que rodearon tanto al traslado ilícito como el ambiente de su anterior y nuevo entorno.

De ahí que gran labor le espera al juzgador en su decisión de negar el reintegro del menor atendiendo su “opinión”, sustentación que deberá ser totalmente clara y contundente para evitar posibles errores que no solamente le puedan ocasionar inconvenientes en su ejercicio como tal, sino que son determinantes en la vida del menor que va a orientar su existencia en una forma muy diferente con la decisión del juez en uno u otro sentido.

**E. Que con posterioridad al traslado se haya producido integración del menor a su nuevo medio.**

Tal situación se desprende de lo previsto en el inciso final del artículo 12 del Convenio de la Haya, (66) y en el último inciso del artículo 14 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA (67) en los que se establece la obligación para el Estado requerido, de devolver al menor al lugar del que fue trasladado ilícitamente, salvo que esté claro que el menor se ha integrado al nuevo medio o entorno.

---

66 ARTÍCULO 12. (...) La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio. (...)

67 ARTÍCULO 14. (...) Por excepción el vencimiento del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.



Lo anterior implica que por mas que el solicitante cumpla con todos los requisitos, es decir, que haya ejercido legalmente la custodia, que el menor haya sido trasladado en forma ilícita esto es sin su consentimiento o posterior aprobación, que haya presentado la solicitud antes del vencimiento del término de un año a partir del traslado, el juez le podrá negar la solicitud de restitución por el solo hecho de que se compruebe que el menor se encuentra muy “integrado” a su nuevo hogar, y por tanto, sería un perjuicio sicológico y físico separarlo de ese entorno para devolverlo al lugar de origen.

Es una situación de fácil ocurrencia, sobre todo si se trata de un menor escasa edad, que es de fácil adaptación a su nuevo sitio, y quien muy probablemente en pocos meses se sienta muy a gusto al verse rodeado de personas que le prodigan afectos, compañía y cuidados de los que en su parecer carecía en el lugar inicial.

**F. Que la restitución del menor no esté permitida por los principios constitucionales del Estado requerido, relacionados con la protección de los derechos humanos y las libertades individuales.**

Es un último evento en que el juez puede negar la restitución, y obedece al hecho de que en el Estado requerido existan unas normas o principios constitucionales que amparen de tal forma los derechos y libertades de los ciudadanos que impidan bajo ninguna circunstancia que se produzca el regreso del menor al lugar del que fue trasladado.

Si bien con la suscripción de los tratados internacionales y las normas supranacionales se comprometen los Estados a respetar los derechos y las

libertades de los asociados, incluso pasando por encima de las normas internas de un país, pueden existir situaciones en las que exista alguna prohibición expresa sobre la imposibilidad de la orden de regreso de un menor, caso en el cual estos tratados, que conforman el bloque de constitucionalidad, son inocuos para lograr tal regreso, y permiten su inaplicación.

Tal situación está prevista en el CONVENIO DE LA HAYA, en donde se consagra expresamente que:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, se podrá negar el regreso del niño si ello no fuere permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”*<sup>(68)</sup>

En idéntico sentido se consagró norma expresa en la CONVENCION INTERAMERICANA, concretamente en el artículo 25 (69) que admite como negativa de la decisión de restitución del menor el hecho de que tal medida sea lesiva de los principios fundamentales del Estado.

La justificación de esta última causal radica, según el tratadista MARCO GERARDO MONROY CABRA (70) *“(…) en que las normas de derechos humanos son de jus cogens por haber sido aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto y estar contenidas en las Cartas de la ONU, OEA, OUA y numerosos instrumentos internacionales. La obligación de respetar los*

---

68 Véase el Artículo 20 del CONVENIO de la LA HAYA.

69 ARTÍCULO 25. La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño.

70 MONROY CABRA, obra citada, pag. 610.

*derechos humanos es internacional, por cuanto deriva de tratados internacionales y no es de la jurisdicción interna de los Estados”.*

## **6. ALCANCE Y APLICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ**

Analizadas las situaciones en las cuales el juez puede negar la solicitud de restitución de un menor, nos queda una sensación de que por lo menos en dos de ellas, el operador judicial puede inclinar la decisión en uno u otro sentido, dependiendo de algunos criterios que pueden no ser de naturaleza totalmente objetiva y formalista. Ello por cuanto en su interpretación el operador judicial, además de la aplicación escueta de las normas analizadas sobre el tema, deberá tomar en cuenta ciertos principios y valores, de índole constitucional que enmarcan necesariamente su decisión y que se van a ver reflejadas en el resultado de su trabajo como operador judicial.

### **6.1. NATURALEZA DE LAS DECISIONES DEL JUEZ DE FAMILIA**

Tenemos que recordar que, dada la naturaleza del tema a decidir, y concretamente al reintegro del menor al entorno familiar inicial, el Juez de Familia debe, al igual que en la totalidad de los asuntos sometidos a su estudio, actuar con especial cuidado y prevención, teniendo siempre como objetivo el de propender con el bienestar físico y psicológico del menor, quien es la parte débil de la relación familiar, y por tanto se puede ver afectado en mayor proporción que los mayores que lo rodean.

Innegable es que a partir de la promulgación de la constitución política de 1991, con la aparición de conceptos como los *principios y valores constitucionales*, el

juez, y de mayor manera el Juez de Familia, se ha visto impelido a cambiar su forma de interpretar el derecho, toda vez que tales normas produjeron el llamado **“efecto de irradiación”**, explicado con suficiencia por el filósofo Robert Alexy en su obra *“Teoría de los Derechos Fundamentales”* lo que implica que se fueron *“... modificando conceptos fundamentales que tradicionalmente lo habían inspirado para incorporar de manera efectiva el derecho a la igualdad en el seno de la institución familiar y los postulados de protección a la familia, a la infancia y los menores de edad. Desde el punto de vista la interpretación jurídica se destaca la utilización del método teleológico-sociológico y la creciente utilización de las técnicas de la ponderación, la proporcionalidad y los test de igualdad ...”*(71).

No bastará con que el juez se documente sobre la existencia y aplicabilidad de las normas sobre la materia, sino que deberá además preocuparse por los efectos que éstas van a producir sobre sus destinatarios, que en este evento de la Restitución Internacional serán los padres o quienes ejercían la custodia y el propio “menor”, de quien se solicita la orden de reintegro al hogar del que fue trasladado ilegalmente.

Precisamente en este punto el juez tendrá que tomar en cuenta muchos elementos para forjar su decisión -que no será de manera alguna tarea fácil- ya que es cierto que *“cuando una autoridad deba decidir en un asunto en el que un niño se vea concernido, debe tomar en consideración todos y cada uno de los intereses concurrentes, incluyendo los de los padres, ponderarlos, prestar especial atención a las demandas del interés del niño y resolver en consecuencia. Esto significa que la observancia del principio del interés superior del niño no implica desconocer las prerrogativas de los padres, sino una*

---

71 GÓMEZ SERRANO, Laureano y CORTÉS FALLA MÓNICA “La irradiación constitucional en la jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia” Revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS No. 58

*subordinación a éstas a favor de aquel, si son irreconciliables. En todos los casos, se debe fomentar que el niño tome parte en la determinación de su interés, coadyuvando con la manifestación de sus deseos de acuerdo a su edad “*  
(72)

De ahí que el criterio a seguir se fundamente en el llamado fenómeno de la “ponderación” de los principios, analizando la tensión que se produce entre los intereses de las dos partes, en este caso el derecho de quien ejerce la custodia legalmente, frente a la conveniencia que puede tener para el menor el traslado que si bien fue ilícito, lleva a que el menor se encuentre en unas condiciones favorables, de cara a su bienestar y al desarrollo que puede tener de sus potencialidades como ser humano.

## **6.2. FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ**

Como se ha indicado, en la decisión que debe asumir el juez frente al asunto bajo estudio, además de tener que aplicar de los principios y valores constitucionales, deberá evaluar las circunstancias que lo rodean, tarea en la cual necesariamente tendrán influencia elementos arraigados en su formación y en su propia experiencia, así como en la percepción que tenga sobre los criterios de interpretación de la ley, y concretamente en el método concreto que escoja para ello, bien sea el exegetico, el sistemático, o el método sociológico-teológico. Esto por cuanto como expresa el tratadista LAUREANO FÓMEZ SERRANO “...*la interpretación jurídica es siempre una actividad estipulativa y nunca descriptiva;*

---

72 FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS, Aida. “La protección jurídica del niño. El interés superior del niño en las relaciones paterno filiales” Revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS No. 58

*siempre será una actividad discrecional que consiste en crear un nuevo significado para el texto objeto de examen, que se realiza mediante una decisión motivada en normas preexistentes, seleccionando o escogiendo entre una gama amplia , posible y determinada de significados conocidos o cognoscibles” (73)*

Entra en juego entonces el concepto de la “*discrecionalidad*” del operador jurídico en el momento de aplicar el derecho, que ha sido definida como “... *la posibilidad del juez de asumir una interpretación de la norma entre varias posibles, permisibles, admisibles y razonables, cuando ejerce la función de adjudicación, esto es, de concreción del derecho en la solución de un caso particular y concreto; esta acción presupone la existencia en el juzgador de ciertas capacidades de discernimiento, sensatez y juicio para adoptar el caso jurídicamente adecuado, para actuar con esmero y prudencia, para optar entre diferentes acciones válidas y admisibles*” (74).

Este tema ha dado lugar a diferentes estudios y consideraciones dentro del marco de la Filosofía del Derecho, en donde coexisten tendencias opuestas, como la defendida por el filósofo inglés Herbert L.A. Hart, que propende por un juez “*creador*” del derecho a quien se le permite incluso apartarse de la “*formalidad*” o “*conceptualismo*”, con un gran margen de discrecionalidad, teoría que ha sido enfrentada tradicionalmente a la posición del norteamericano Ronald Dworkin, quien se sitúa en el otro extremo al descartar que exista una discrecionalidad amplia para el juez al aplicar el derecho, pues en su ejercicio deberá limitarse al contenido de las normas jurídicas, interpretadas con ayuda de las “*reglas*” que contienen preceptos concretos, y de los “*principios*” del derecho que a pesar de tener una textura mas abierta están regidos por conceptos de

---

73 GÓMEZ SERRANO, Laureano “*Hermenéutica Jurídica*” (Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 2008),Pag. 118

74 GÓMEZ SERRANO, Laureano, obra citada, Pag. 203

reconocimiento general, sin que pueda el juez en su tarea “inventarse” normas nuevas, sino que su función es meramente “interpretativa” del derecho, lo que llevará una sola respuesta correcta .(75)

Ahí es donde se considera que pueden intervenir en la interpretación, y por ende en la aplicación de la ley, otra serie de factores -todos ellos presentes en el criterio del juez- que pueden llevar a tomar una decisión en un determinado sentido, decisión que puede ser muy diferente a la posición asumida en iguales circunstancias por otro operador judicial revestido con diferente formación personal y criterio, e incluso ser diferente a otra decisión tomada por el mismo juez, en idénticas circunstancias, pero en otra situación temporal.

Y es que dicho criterio personal, que insistimos puede variar de un operador judicial a otro, e incluso al interior del mismo juez, será determinante al momento de interpretar las normas judiciales, y podrá dar origen a lo que se conoce en el ámbito jurídico como “*inseguridad jurídica*”, pues no existirá un único y exclusivo sentido de la decisión judicial -la “*única respuesta correcta*” en la concepción Dworkiana- sino que la apreciación y aplicación del derecho estará notoriamente influenciada por factores de naturaleza subjetiva que colocan al destinatario de la misma en un campo de total incertidumbre.

---

75 Al respecto véase el Estudio preliminar CÉSAR RODRÍGUEZ “LA DECISIÓN JUDICIAL - EI DEBATE HART Y DWORKIN” Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 1<sup>a</sup>. Edición 1997

Al respecto, es importante traer a colación las tesis del profesor estadounidense DUNCAN KENNEDY (76) quien expresa que *“El juez tiene que decidir qué va a hacer desde una posición concreta. Dicha posición depende de los presupuestos dados que implica el proyecto vital del juez, del cuerpo del material jurídico y de los hechos que rodean el caso tal y como se captan al iniciarse el proceso y, por supuesto del trabajo que el juez haya realizado con ese material y esos hechos. (...) Al estudiar el papel que desempeña la ley en una formación social dada, sería menester estudiar tanto el material jurídico como la cultura de los jueces, y así determinar, mediante un proceso que requiere mas imaginación que métodos positivos, cómo construirán ellos ciertos campos y cuanto trabajo creen que les implicará realizar las distintas manipulaciones del campo.”*, posición que concluye indicando que a pesar que la norma legal pueda parecer objetiva, siempre será manipulable y propensa a distintos tipos de trastorno, sean intencionales o accidentales, que pueden entenderse bajo el sentido de la argumentación que el operador judicial asuma como sustento de su decisión, la que, insiste, siempre estará influenciada por su formación personal, hasta el punto de que de antemano, al primer conocimiento que tiene de los hechos, ya tendrá definido el sentido de su decisión, que es aquella a que quiere llegar.

### **6.3. OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

Pero además de la amplia discrecionalidad que según se ha analizado tiene el juez, existen ciertos principios que deben imperar en toda decisión judicial –

---

76 Kennedy Duncan, “Libertad y Restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica”. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, 1ª. Edición 1999



especialmente los jueces de carácter constitucional y de la jurisdicción de Familia-, en temas relacionados con menores de edad, pues es claro que deberán anteponer a cualquier otro criterio el principio del INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

De ahí que sea de interés en este punto recordar cuál ha sido la interpretación y trascendencia que se le ha dado a este concepto, no solamente en nuestra legislación interna – incluyendo lógicamente en ella la Constitución Política-, sino a través del Bloque de Constitucionalidad que es de imperiosa aplicación en virtud de lo consagrado en el artículo sexto del Código de la Infancia y la Adolescencia, ya comentado al inicio de este ensayo.

Para entender la dimensión del principio del “interés superior del menor”, tendremos que revisar lo expuesto por la Corte Constitucional sobre el tema, en sentencia de hace ya algún tiempo, que dice:

*“(..). La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45).*

*La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los*

*derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. (77)*

En sentido parecido, y en forma mas reciente, nuestro máximo tribunal constitucional ha expresado sobre la obligatoriedad de aplicación del principio del interés superior del menor, lo siguiente:

*“(…)Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.*

*En resumen: las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.” (78)*

---

77 Corte Constitucional, sentencia T-408-95 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ,

78 Corte Constitucional T-292-04- M.P.Manuel José Cepeda

De lo anterior deviene que en tratándose de decisiones que afecten a menores de edad – y en el caso de las solicitudes de restitución internacional siempre se referirá a este sector de la población- el operador judicial estará en obligación de aplicar con marcada “diligencia, celo y cuidado” dicho principio, claro está con un análisis riguroso de las circunstancias y situaciones que rodean la existencia de ese menor, a fin de proteger ante todo su bienestar físico, material y psicológico.

#### **6.4. LA DISCRECIONALIDAD EN LAS CAUSALES DE NEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN**

Si procedemos concretamente al estudio de las causales consagradas en los tratados internacionales para negar la restitución de un menor trasladado ilícitamente, tenemos que algunas de ellas son de naturaleza exclusivamente objetiva, como por ejemplo las referidas al hecho de que el solicitante no era quien ejercía la custodia en fecha anterior a la restitución, o al consentimiento inicial dado por el solicitante o posterior aprobación del traslado, pues bastará con examinar las pruebas aportadas, sea por el solicitante o por la Autoridad Central que formula la petición, así como los elementos probatorios presentados por la parte requerida, para concluir la posible configuración de cualquiera de estas dos situaciones, correspondiendo al juez simplemente cotejar las afirmaciones con las pruebas, y decidir así si accede o niega la solicitud de restitución del menor. Es un trabajo que no requerirá por tanto mayores lucubraciones por parte del operador judicial.

Lo mismo acontece con la última de las causales contenidas en el Artículo 20 del Convenio de la Haya, y que consiste en que *“...se podrá negar el regreso del niño si ello no fuere permitido por los principios fundamentales del Estado requerido sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*, caso en el cual bastará con el cotejo de la existencia de dichos principios para de entrada decidir en forma negativa la solicitud de Restitución Internacional formulada.

Pero no sucede igual con las otras tres causales contenidas en los convenios internacionales analizados, expresadas así:

- *Que la restitución del menor lo coloque en situación de grave riesgo físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable para él.*
- *Que exista oposición del menor, cuya opinión merece ser tenida en cuenta dada su edad y madurez.*
- *Que con posterioridad al traslado se haya producido integración del menor a su nuevo medio.*

En estos eventos, no será nada fácil para el operador judicial determinar con absoluta objetividad su configuración, pues requiere de un esfuerzo adicional, y del análisis de otros muchos elementos adicionales para concluir que el menor se puede encontrar en grave riesgo físico o síquico, o que la opinión contraria del menor deba ser atendida dada su madurez, o que el menor se encuentra integrado a su nuevo ambiente.

Se configura acá una de las tres situaciones en las que se presenta el fenómeno jurídico conocido como *“indeterminación del derecho”*, explicado por la tratadista Marisa Iglesias Ávila en su obra *“El problema de la discreción judicial. Una*

*aproximación al conocimiento jurídico*” (79) ocasionada no por problemas de existencia de lagunas o vacíos jurídicos en los que la ley guarda silencio, o por la presencia de contradicciones normativas en las que la el precepto jurídico contiene dos soluciones contrarias con resultados incompatibles. No, en este caso la “indeterminación” se origina en un problema de semántica, ya que las tres causales de negativa de la restitución internacional solicitada, contienen expresiones de cierta vaguedad, que pueden ser interpretadas de diferente manera, dependiendo de elementos extraños a su expresión literal.

Así, frente a cada una de estas situaciones, el juez ante quien se presenta la solicitud de restitución del menor, terminará por decidir en un sentido u otro, dependiendo de la interpretación que haga, no solo de las normas jurídicas en sí mismas, sino de las circunstancias y situaciones previstas en ellas, analizadas a la luz de su experiencia, de su formación y de su criterio personal, lo cual se facilita por el tipo de redacción que las contienen, que comprende una amplia e indeterminada gama de circunstancias ambiguas, tales como la calificación de lo que puede ser “grave riesgo” para el menor, o las condiciones para determinar que su situación posterior al reintegro será “intolerable”, o cuáles son los parámetros para calificar el grado de “edad y madurez” del menor para tener en cuenta su oposición al traslado, y mas aún, las cuáles son las circunstancias que le permitirán al juez considerar que el menor se ha integrado al nuevo medio, y que por ello no es conveniente acceder a la restitución al hogar requirente. Consideramos que en estos tres casos, ineludiblemente, el juez decidirá de acuerdo a su criterio y formación, y sobre todo con total “discrecionalidad”, la que se entiende, deberá estar lo suficientemente sustentada, posiblemente en su capacidad de argumentación, para prevenir posibles sanciones disciplinarias o penales por su ligereza, sin desconocer lo ya expresado respecto de su obligación de atender al principio del interés superior del menor.

---

79 GÓMEZ SERRANO, Laureano, cita a IGLESIAS VILA, Marisa. Obra citada, Pag. 204

Por tanto, merece un comentario especial cada una de las tres causales en las que puede sustentar el juez su negativa a la restitución del menor, las que contienen términos vagos, ambiguos e imprecisos, y le otorgan al operador judicial un amplio margen de discrecionalidad dentro de la cual puede moverse libremente de cara a la solución al problema jurídico que se le plantea. Veamos:

- ***Que la restitución coloque al menor en grave riesgo físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable para él.***

En este evento, se trata de salvaguardar la integridad física o psicológica del menor, cuyos intereses priman sobre cualquier otra pretensión del solicitante.

Así, corresponderá al juez analizar con detenimiento y especial cuidado tales situaciones que pueden ser potencial o realmente lesivas para el menor, pues no se trata de regresarlo al lugar de donde fue arrebatado, sino que puede precisar con amplitud las condiciones en que se encontraría el menor luego del regreso, auscultando los peligros que tal situación le pueden implicar, y las afectaciones psicológicas de que tenga que regresar a un medio que para él puede ser ya intolerable.

Así, no se trata de que el operador judicial simplemente compruebe la existencia del traslado ilícito para que tenga que decidir el regreso del menor, sino que tendrá que verificar las condiciones a las que va a regresar, para lo cual deberá sopesar los derechos invocados por el solicitante, frente a los posibles perjuicios que ello puede conllevar a la integridad física y psicológica del menor. Ese podrá ser uno de los argumentos que esgrima el padre que abusivamente trasladó al

menor: que éste se encontraba en grave riesgo físico o psicológico, y que si no tomaba tal decisión su integridad podría verse afectada.

El criterio de si existe o no el grave riesgo, será algo a definir por parte del juzgador, de acuerdo a su experiencia y concepción de lo que pueda considerarse como “grave”, y lo cierto es que será mucho más fácil la comprobación del riesgo físico que del potencial riesgo psicológico. Lo mismo sucede con la demostración de cuál será una situación intolerable en que pueda verse involucrado el menor, aclarando que deberá mirarse tal concepto desde el punto de vista del mismo menor, con sus propios ojos y consciencia, y no con el criterio de los adultos que lo rodean, incluyéndose entre ellos, claro está, el propio juzgador.

En este sentido es importante recordar que la sentencia T-953 de 2006, de la Corte Constitucional, del Magistrado Ponente el Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO expresa sobre la importancia de analizar la situación del menor en su contexto propio:

*“Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.”*

- ***Que exista oposición del menor, cuya opinión merece ser tomada en cuenta dada su edad y madurez.***

Otra causal que exime al operador judicial de la obligación de restituir al menor a su lugar de origen, es el hecho de que el mismo menor manifieste su oposición al regreso. Pero no siempre será obligatorio para el juez tener en cuenta esa opinión. Se requiere para ello hacer previamente una valoración de la madurez del menor, para lo cual lógicamente tendrá en cuenta su edad, a pesar de no ser éste un único y determinante factor para tal calificación, dada la precocidad que cada vez con mayor frecuencia se advierte en menores de corta edad.

Tendrá entonces el juez una tarea no muy fácil: la de comprobar el grado de madurez del menor para validar su opinión, lo cual logrará con ayuda de los conceptos técnicos que le proporcionen los miembros del equipo interdisciplinario a su servicio, así como de la utilización de cualquier otro medio que le permita dilucidar tal duda, incluyendo claro está, su propia percepción obtenida de la entrevista que puede realizarle con ese fin.

Además, es claro que la intervención del menor para manifestar su oposición, podrá hacerla en forma directa, ante el funcionario judicial, o a través de un vocero de sus intereses como lo sería el Defensor de Familia, o cualquier funcionario autorizado para ello.

En el caso concreto de la manifestación del menor respecto de las razones por las cuales se opone a su regreso, existe un valioso y preciso pronunciamiento de nuestro máximo juez constitucional, contenido en la sentencia T-412 de 2000, siendo Magistrado Ponente el Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, en cuyos apartes se expone:



*“12. El artículo 13 del Convenio es la única disposición que se refiere a la participación del menor en el proceso judicial de restitución. Como fue manifestado, la citada disposición establece que el juez no estará obligado a ordenar la restitución, si el menor se opone a su regreso, y ha alcanzado una edad y madurez "en dónde mostrare que es conveniente tener en cuenta está opinión". En otras palabras, la opinión del menor puede ser decisiva para definir la controversia, siempre que el juez considere que tiene suficiente edad y madurez para decidir una cuestión que habrá definir por entero su destino. En consecuencia, el Convenio no hace imperativa la intervención directa del menor en sede judicial. Muy por el contrario, la norma estudiada le confiere al funcionario judicial competente la facultad de discernir, de manera razonable, en qué circunstancias resulta fundamental escuchar y tener en cuenta la opinión del menor a la hora de definir tan delicada materia.*

*(...) En suma, tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de defensa del menor, garantizan la participación del niño en las decisiones que puedan afectarlo. No obstante, tal participación puede ejercerse bien directamente, cuando la edad y madurez del niño así lo aconsejen, ora a través de apoderado judicial o de quien pueda defender sus derechos e intereses de manera idónea.*

*A este respecto, la Corte ha indicado que la participación directa del menor, es procedente cuando el juez tiene suficientes razones para entender que la opinión que habrá de expresar es libre y espontánea, que se encuentra exenta de vicios en su consentimiento y que, pese a ser menor de edad, el sujeto tiene plena capacidad para comprender y aceptar los efectos que puedan derivarse de la correspondiente decisión.”*

De ahí que tendrá que tener el juzgador especial cuidado en la labor de evaluar la oposición del menor, valorando la espontaneidad de su manifestación, y el hecho de que pueda estar influenciado en forma consciente o inconsciente por el padre que realizó el traslado ilícito, quien puede estar ejerciendo lo que se llama “alienación parental” frente al otro padre que ejercía legalmente la custodia.

Y en última instancia, cuando no sea evidente la madurez del menor, y por ende no muy clara la obligación de atender su negativa, entra en juego la “discrecionalidad” del juez quien podrá inclinarse en uno u otro sentido, aceptando o no las razones por las cuales no quiere regresar al lugar de origen, todo con fundamento en su criterio personal y en su propia opinión acerca de tales razones esbozadas.

De ahí que, insistimos, será una decisión incierta desde el punto de vista de los interesados, pues debido a la ambigüedad del texto legal, la calificación sobre la madurez del menor será un acto muy íntimo y personal del juez, sin que pueda controvertirse la conclusión a la que llegue, sea cual sea el sentido de su decisión.

- ***Que con posterioridad al traslado se haya producido integración del menor a su nuevo medio.***

Por último, encontramos esta causal para negar la restitución del menor, sustentada en el hecho de que luego del traslado, se ha producido su integración con el nuevo entorno. En este caso, no importa que el traslado ilícito esté plenamente comprobado, ni que el padre reclamante haya cumplido todas las formalidades y requisitos para formular la solicitud de restitución conforme a los Convenios estudiados. No, esas circunstancias podrán no tener la fuerza requerida para obligar la decisión favorable, y cederán frente al hecho de que ese menor se encuentra ya adaptado a las nuevas situaciones.

Pero al igual que la situación estudiada anteriormente, será difícil tarea para el juzgador comprobar si se configura o no esta causal de negativa de la restitución, pues todo dependerá de la apreciación personal que tenga sobre lo que significa la *“integración del menor a su nuevo medio.”* .

No bastará con que se le informe al juzgador tal hecho, sea por el padre requerido o por el mismo menor, sino que deberá ser comprobado por los medios y con los mecanismos establecidos en la ley, esto es, con los conceptos emitidos por los profesionales que tiene como colaboradores, y aún con la misma entrevista que realice al menor.

En este punto concretamente, deberán tomarse en cuenta los derechos primordiales de los menores de edad, los que deben preferirse frente a los derechos de los adultos derivados de la Patria potestad y de la Custodia. De ahí que antes de exigir la prueba del cumplimiento de las formalidades y requisitos propios de esta reclamación, deberá analizarse el mismo menor pero no aisladamente, o en forma individual, sino que tendrá que observarse en el entorno en que se encuentra inmerso a raíz del traslado, y en el que seguro permanecerá si se da la decisión negativa de la autoridad judicial.

Sobre las características de esa integración, ha de tenerse en cuenta lo consagrado en la jurisprudencia respecto de lo que implica esa situación respecto de los menores, que no se remite a un confort material o físico, sino al bienestar, y satisfacción que pueda sentir en el fondo de su ser un menor por el ambiente y las personas con quien comparte su existencia.

En tal sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones, entre ellas la sentencia en la que se transcribe lo siguiente:

*“En el caso de los niños, el derecho constitucional preferente que le asiste, consistente en "tener una familia y no ser separados de ella", no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos.”(80)*

De ahí que será una decisión sustentada mas que en la verificación del cumplimiento de ciertos parámetros objetivos, en la apreciación o percepción – ojalá directa- que tenga el juez sobre el bienestar de que goza el menor en el sitio en que se encuentra, y en la conclusión que en su fuero interior alcance de que le producirá un mayor perjuicio que el traslado ilícito, el ser obligado a regresar a su hogar de origen.

Es indudable que juega un papel muy importante el tiempo que haya transcurrido entre el traslado y la reclamación del reintegro, lo cual podrá inclinar la balanza de la justicia en un sentido o en otro, pues si se permite que el menor tenga una larga estadía por fuera de su hogar de origen, fácilmente se comprobará que el menor va a teniendo apego por ese nuevo sitio en que se encuentra, máxime si las circunstancias de su nuevo entorno favorecen a ello, como sucede en el caso en que en su nuevo hogar tenga la compañía, el ambiente y los cuidados de los que de pronto carecía en su lugar de residencia lícito.

Así mismo, influirá en su integración a su nuevo ambiente, el factor de la edad que tenga el menor, pues este proceso de apego y vinculación al medio no

---

80 Corte Constitucional, Sentencia T-378 de 1995. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ

será igual en un menor de corta edad, quien fácilmente se acomoda a las nuevas situaciones, que en un adolescente quien tiene ya la suficiente autonomía para escoger su estilo de vida, aún en contra de la voluntad de quienes le rodean.

Todos estos factores deberán ser analizados en forma muy detallada por el juzgador, con el fin de llegar a una profunda conclusión de que, dado el interés superior del menor, y para buscar su bienestar y beneficio, sea conveniente mantenerlo en el ambiente en que se encuentra antes que regresarlo al lugar de origen, lo que seguramente le producirá efectos contraproducentes a su desarrollo físico, psicológico y emocional.

## **CONCLUSIONES**

Realizado el estudio del instituto jurídico de la Restitución Internacional del Menor, podemos extraer como conclusiones las siguientes:

El sustento jurídico de esta figura radica exclusivamente en los tratados internacionales suscritos sobre el tema, tales como el CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS –mas conocido como Convenio de La Haya-, y la CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES, este último firmado en Montevideo, los cuales han sido aprobados por respectivas leyes que los han incorporado a nuestra legislación, además de los tratados internacionales sobre el tema, que integran el bloque de constitucionalidad.

Con fundamento en dichas normas, puede solicitarse al juez, agotada la etapa de reclamación administrativa tramitada ante la Autoridad Central del país requerido, que se ordene el regreso del menor en forma inmediata al sitio donde se encontraba inicialmente, para lo cual se deberán cumplir ciertas formalidades respecto de la prueba del derecho que ejercía el reclamante anteriormente sobre la custodia del menor, así como la demostración del tiempo transcurrido entre el traslado y la reclamación.

Comprobados por parte del juez los presupuestos exigidos en las normas y tratados internacionales, corresponderá al juez ordenar la restitución del menor, restableciendo la situación al momento anterior al traslado ilícito y permitiendo que la vida del menor continúe como se desarrollaba antes del abuso cometido por el requerido.

Sin embargo, la misma legislación vigente permite que el juez se excuse de ordenar el regreso del menor, a pesar de estar comprobados los supuestos exigidos para ello, cuando se configura alguna de las causales que se aceptan, como son las siguientes:

- Que quien formula la solicitud de restitución no tenía realmente el derecho de custodia sobre el menor cuando se produjo su traslado ilegal.
- Que el solicitante haya dado su consentimiento previo o su aprobación posterior al traslado ilícito.
- Que la restitución del menor no esté permitida por los principios constitucionales del Estado requerido, relacionados con la protección de los derechos humanos y las libertades individuales.
- Que la restitución del menor lo coloque en situación de grave riesgo físico o psíquico, o cualquier otra situación intolerable para él.

- Que exista oposición del menor, cuya opinión merece ser tenida en cuenta dada su edad y madurez.
- Que con posterioridad al traslado se haya producido integración del menor a su nuevo medio.

De estas causales, las tres últimas son las que constituyen el centro del presente ensayo, pues es frente a ellas que dada la vaguedad imperante en su redacción, es que el juez puede aplicar su facultad discrecional en decidir, sustentada en forma consciente o inconsciente en la formación que tenga, en el criterio que ha formado con su experiencia, o en otros elementos de naturaleza netamente subjetiva con los cuales decide antes que con un rasero exclusivamente objetivo como puede ser en ramas diferentes del derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1. Libros**

CATAÑO, Gonzalo. Teoría e Investigación en Sociología Jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. Los principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad. Medellín: Universidad de Medellín, 2007.

FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS, Aida. “La prevención del Maltrato Intrafamiliar a los niños” Editorial Leyer. Bogotá, 1ª. Edición, 2010

FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS, Aida. “La protección jurídica del niño. El interés superior del niño en las relaciones paterno filiales” Revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS No. 58. Facultad de Derecho UNAB.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Derecho de Familia en el Código del Menor. Santa Fe de Bogota: Librería el Foro de la justicia Ltda., 1990.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Derecho de Familia en el Código del Menor. Santa Fe de Bogota: Librería el Foro de la justicia Ltda., 1992. 2ª edición.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. La Familia, el Menor y la Tercera Edad en la Constitución. Santa Fe de Bogota: Librería el Foro de la justicia Ltda., 1992. 1ª edición.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. Precedentes y Estructura de los Derechos Fundamentales en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá – Colombia. 2009, Primera Edición.



GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Hermenéutica Jurídica – La interpretación a la luz de la Constitución*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá – Colombia. 2008, Primera Edición.

GÓMEZ SERRANO, Laureano y CORTÉS FALLA MÓNICA “La irradiación constitucional en la jurisprudencia del Derecho de Familia en Colombia” *Revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS* Vol. 28 - No. 58 Facultad de Derecho UNAB.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial – Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes – Ediciones Uniandes*. Bogotá, 1999, Primera Edición.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *La letra y el Espíritu de la ley*. Universidad de los Andes – Ediciones Uniandes – Editorial Temis. Bogotá, 2008

MONROY CABRA Marco Gerardo, “Derecho de Familia y de Menores”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, Novena Edición.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Editorial Temis, Sexta Edición, Bogotá, 2006.

MORALES ACACIO, Alcides. *Derecho de Familia. Compilación Legislativa, Tratados, Declaraciones y Convención sobre Menores*. Santa Fe de Bogota: Ed. Leyer, 1996. 1ª Edición.

PARRA BENITEZ, Jorge. Derecho de Familia. Editorial Temis, Bogotá. Primera Edición, 2008.

PARRA BENITEZ, Jorge. “Derecho Civil General y de las Personas”, Editorial Leyer, Bogotá, Primera Edición, 2008

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1984. XX edición, Tomo II.

RODRÍGUEZ, César, “LA DECISIÓN JUDICIAL - EI DEBATE HART Y DWORKIN” Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes. Bogotá 1ª. Edición 1997

ROJAS GÓMEZ, Miguel E. “RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LA INFANCIA” Editorial Temis – Ediciones Uniandes. Bogotá 1ª. Edición 2008

## **2. Legislación y Documentos**

Constitución Política de Colombia

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código del Menor

Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores

Convención de los Derechos del Niño – ONU – Noviembre 20/89

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños o Convenio de La Haya

Decreto 2272 de 1989

Ley 173 de 1994

Ley 470 de 1998

Ley 620 de 2000

Ley 765 de 2002

Ley 880 de 2004

Ley 1008 de 2006

Ley 1395 de 2010

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamientos técnicos. Proceso Administrativo de restablecimiento de los derechos. Marzo de 2007

Cartilla de Derecho de Familia, Instituto Colombiano de Bienestar Segunda Generación – Volumen 1 – Febrero de 2005

### **3. Jurisprudencia**

Sentencia C-402 de 1995. M.P.

Sentencia C-225 de 1995 M.P Dr Alejandro Martínez Caballero

Sentencia C-226 de 1999. M.P.

Sentencia C-951 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-912 de 2004. M.P.

Sentencia C-154 de 2004. M.P. Alvaro tafur Galvis.

Sentencia T-008 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia T- 431 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T- 408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T- 412 de 2000. M.P.

.Sentencia T- 891 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-357 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T- 891 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T- 292 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda

Sentencia T- 300 de 2006. M.P.

Sentencia T- 808 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda

Sentencia T-953 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño