

<i>Sentencia</i>	<i>T-275 de 2023</i>
<i>Autoridad</i>	<i>Corte Constitucional</i>
<i>Fecha</i>	<i>21 de julio de 2023</i>
<i>Magistrado ponente</i>	<i>Juan Carlos Cortés González</i>
<i>Link sentencia</i>	<i><a href="https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-275-23.htm">https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-275-23.htm</a></i>
<i>Etiquetas</i>	<i>Valoración probatoria con perspectiva de género/ restitución internacional del menor/afectación a niñas y niños por violencia doméstica</i>
<i>Sinopsis</i>	
<p><i>Sentencia de tutela, en revisión de una acción contra la decisión de segunda instancia en el trámite internacional de restitución de menor, que concedió la restitución. La primera instancia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia negó la tutela y levantó la medida provisional, porque consideró que la decisión no tuvo errores. En segunda instancia la Sala Laboral de la misma Corte, confirmó la sentencia. En consecuencia el niño fue restituido a España y entregado a su padre en junio de 2022.</i></p> <p><i>El caso es de una pareja que se casa en Colombia pero se domicilia en España. Tienen un hijo en común. La familia viajó a Colombia, para que la familia materna conociera al niño de 5 meses, la madre resolviera algunos trámites, pasar vacaciones y pensar en la difícil situación de pareja que vivían. El hombre regresa a España en enero de 2020, madre e hijo extenderían su estadía en Colombia hasta el 28 de marzo de ese año. Debido a la suspensión de vuelos por las medidas sanitarias frente a la pandemia de COVID19, por lo cual la pareja acordó que se quedarían en Colombia hasta la reapertura. En septiembre se reabrió el Aeropuerto de Bogotá, en octubre el progenitor estuvo un mes en Bogotá de visita. Durante ese tiempo la mujer, le comunicó que no deseaba volver a España con su hijo, la mujer dijo que esa decisión la tomó al ser víctima de agresiones por su cónyuge. En noviembre el hombre regresó a España. La mujer acudió a la Comisaría de Familia para pedir una medida de protección.</i></p> <p><i>En noviembre de 2020, el hombre solicitó ante las autoridades de España la restitución internacional del hijo en común. La mujer no asistió a la audiencia virtual, por lo que el Juzgado decidió declarar la ilicitud de la retención internacional del hijo por parte de la madre. La madre apeló la decisión, pero se le inadmitió el recurso y no lo subsanó. En Colombia el ICBF adelantó la verificación de derechos del niño, adelantó la audiencia de persuasión, pero al no lograrse un acuerdo, la entidad interpuso la demanda de restitución internacional.</i></p> <p><i>En primera instancia el Juzgado negó la restitución alegando que si bien se cumplían los requisitos del Convenio de la Haya, el traslado a España constituía una “situación intolerable” para el niño, dado el apego a su progenitora, afianzado por la experiencia de confinamiento y restricciones asociadas a la pandemia, y que en Colombia tenía sus derechos garantizados. El Padre apeló alegando que no se podía considerar el tiempo de pandemia como tiempo de arraigo del menor, y que no se puede negar la participación del padre en la crianza del niño</i></p>	

*lo que de hecho pasa desde la retención ilegal. El Tribunal revocó la sentencia argumentando que la separación de la familia no se puede considerar una afectación al interés superior del niño, no hay prueba de una situación intolerable, y la conducta de la madre es por lo menos irrespetuosa del ordenamiento. La madre interpone una tutela contra esta decisión.*

#### *Elementos jurídicos relevantes*

*Frente a la carencia de objeto de la acción de tutela por daño consumado, dado que el niño fue efectivamente restituido a España y entregado a su padre, la Corte decide que no procede porque “la presunta vulneración que relata la accionante es actual y se mantiene en el tiempo. Esto, porque el estado actual de la situación evidencia que se ha ejecutado una sentencia que, en principio, podría tener vicios de constitucionalidad por afectar los derechos de un sujeto de especial protección constitucional, en concreto, el hijo menor de edad de la actora. De ser constatado lo anterior, la Sala advierte que podría proferir órdenes dirigidas a garantizar los derechos del niño que presuntamente fueron desconocidos”*

#### Problemas jurídicos:

- . ¿Se configura un defecto fáctico cuando, en el marco de un proceso de restitución internacional de un menor de edad, la autoridad judicial no valora las pruebas allegadas al proceso con fundamento en el interés superior del niño y la perspectiva de género, ante un posible escenario de violencia contra la mujer?
- . ¿La falta de consideración de la excepción de grave riesgo consagrada en el Convenio de la Haya de 1980, en el marco de un proceso de restitución internacional de un menor de edad, ante la existencia de indicios de violencia de género en contra de su progenitora, supone un defecto sustantivo por desconocimiento del interés superior del niño y de la perspectiva de género?

“la jurisprudencia ha aclarado que los procesos de restitución internacional no tienen como objetivo primordial: (i) argumentar cuál de los padres que tienen la custodia del menor de edad puede ofrecerle mejores condiciones (T-891/18); (ii) analizar el estado actual en el que se encuentran los **niños** ( T-2007-01306. Corte Suprema de Justicia); (iii) definir el derecho de custodia (T-412/00); o (iv) demostrar el comportamiento moral adecuado de los padres T-1021/10). El artículo 19 del Convenio señala que una decisión acerca de la restitución internacional no afecta el derecho de custodia, el cual posteriormente puede ser debatido en el escenario dispuesto para el efecto”.

Sobre las excepciones establecidas en el Convenio de Ginebra, la Corte aclara que:

“En suma, la excepción de arraigo debe ser valorada solamente si entre la

retención ilícita de un niño, niña o adolescente y la solicitud de restitución internacional ha transcurrido un plazo mayor a un año. En estos eventos, debe demostrarse que el menor de edad ha dejado de ver su lugar de residencia habitual como el lugar donde se encuentra su centro de vida.”

“Sin embargo, cuando existe un grave riesgo para aquel, es imperativo proteger al menor de edad. Particularmente, el Convenio señala que esto obedece a “*un peligro físico o psíquico, o una situación intolerable*”. Por lo tanto, la exposición de un niño a un peligro merece mayor reproche jurídico que la sustracción ilícita de su residencia habitual.”

“Por lo anterior, de acuerdo con las garantías iusfundamentales de los niños reconocidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en la jurisprudencia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, los menores de edad que se encuentren involucrados en un proceso de restitución internacional tendrán derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Su opinión deberá ser tenida en cuenta en función de su grado de madurez, el cual está asociado al entorno familiar, social y cultural en el que los menores de edad se desenvuelven”

“La aplicación de una perspectiva de género en los procesos de restitución internacional de menores de edad es posible, a pesar de que la competencia del juez en estos casos está limitada a la necesidad de arribar de forma urgente a una decisión sobre la restitución, para que luego sea discutido el derecho de custodia de los menores de edad. En efecto, las consecuencias nocivas de la violencia en estos casos no solo implican la afectación directa de la mujer, sino que trascienden e impactan en el interés superior del niño, como una víctima indirecta de aquella situación.”

“En aquellos eventos, la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y en concreto el artículo 13.1.b que establece que “*la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.*”, en el marco del ordenamiento superior, debe garantizar el derecho que tienen las mujeres a vivir una vida libre de violencias y el derecho de los niños a estar en un ambiente que garantice su bienestar.”

“De este modo, la Guía de Buenas Prácticas del artículo 12.1.b de la Conferencia

de La Haya de Derecho Internacional Privado elaborada en 2019[189] explica que, en estos casos, es posible alegar la existencia de un grave riesgo de daño, el cual se deriva de la exposición de un niño a una situación de violencia doméstica por parte de uno de los progenitores, que se agrava cuando aquella es ejercida en contra de la mujer. De acuerdo con esta previsión normativa, las autoridades de un Estado pueden rechazar la solicitud de restitución cuando quien se opone demuestra un grave riesgo de que la restitución expone al menor de edad a un “*peligro psíquico o físico*” o “*una situación intolerable*”. Esto puede suceder cuando un niño, niña y adolescente es expuesto a una situación de violencia por parte de uno de sus progenitores, en especial cuando se trata de violencia en contra de la mujer. De hecho, el grave riesgo para el niño puede estar basado en el daño que puede llegar a sufrir en el marco de un espiral de violencia contra la mujer, en cualquiera de sus manifestaciones.”

“Con todo, la autoridad judicial debe verificar el efecto que la violencia produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual y si tal efecto alcanza el umbral de “*grave riesgo*”. Para ello, debe evaluarse la naturaleza, la frecuencia y la intensidad de la violencia, así como las circunstancias en que aquella puede manifestarse.”

“En concreto, la violencia que presencian los niños al interior de su familia puede ser manifestada en cuatro tipos de cambios:

*1. Emocional: puede presentar dificultades en el control de expresiones de agresión hacia otros y hacia sí mismo. Dificultades al entender y comprender emociones. Facilita el desarrollo de sentimientos de indefensión, impotencia, miedo de que ocurra de nuevo la experiencia traumática y sienten frustración porque ellos tienden a considerar que los cambios con respecto a su vida son poco probables, debido a lo cual pueden mostrarse como retraídos.*

*2. Social: Es probable que haya dificultad para comunicarse y establecer vínculos más estrechos, expresando miedo y desconfianza y de esta forma evitar reexperimentar algún sentimiento asociado al evento violento.*

*3. Cognitivo: Las dificultades en la atención y concentración pueden obstruir el desarrollo del potencial en el desempeño de actividades escolares; también se presenta que los niños centran su atención en cosas diferentes mientras ocurre el evento traumático, olvidando los episodios traumáticos (amnesia) y/o manteniendo a los agresores en un concepto favorable (disociación).*

*4. Concepto negativo de sí mismo: Se pueden desarrollar sentimientos de culpa y de vergüenza en los que los niños tienden a creer que son merecedores de maltrato, en donde no perciben peligro o lo normalizan, disminuyendo respuestas de defensa*

*y auto conservación como efecto de la ausencia de un sentimiento de vulnerabilidad (Sepúlveda, 2006)” (Camacho Rojas, Claudia (2017), “El niño como testigo de la violencia intrafamiliar, citado en sentencia T-006 de 2018).*

Cuando hay manifestaciones y/o indicios de violencia contra la mujer “ existe una imperiosa e ineludible obligación de realizar un análisis ponderado, proporcionado y razonable que maximice la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional que están involucrados en la situación, particularmente, para hacer efectiva la protección reforzada del interés superior del niño”.

“Por lo anterior, la Sala considera que la existencia de una situación de violencia en contra de la mujer puede poner en grave riesgo la integridad de un menor de edad. En estos casos, resulta claro que procede la excepción de que trata el artículo 13.1.b del Convenio de La Haya de 1980. Al respecto, la Sala destaca que es obligación del Estado adoptar decisiones judiciales o administrativas a partir de un enfoque de género, como una forma de proteger a las mujeres víctimas de la violencia y a los niños que presencian y viven la cotidianidad sometidos a dicha situación”.