

Sobre la restitución
internacional de los niños,
niñas y adolescentes

Adriana Mantilla Durán

SOBRE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

AUTOR: ADRIANA MANTILLA DURÁN

DIRECCIÓN: Facultad de Derecho

FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 2007

DESCRIPTORES: Derecho Internacional Privado, Conferencia de La Haya, Restitución, Sustracción, Tráfico Internacional de Menores.

RESUMEN: La familia internacional influenciada por la globalización, se ve expuesta a sufrir rupturas, siendo los niños y niñas afectados por la decisión de uno de sus progenitores o cuidadores, al decidir radicarse en el extranjero. ¿Cómo se resuelve jurídicamente la solicitud de restitución internacional, tanto en lo administrativo como en lo judicial?

KEY WORDS: Private International Law, the Hague Conference on Private International Law, Restitution, international abduction of children.

ABSTRACT: The international family, influenced by globalization, is exposed to suffer ruptures that affect the children when one of their parents or caretakers moves abroad. The author addresses the question of how to solve an international petition for the restitution of an abducted child form the administrative and legal procedures.

Sobre la restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes

Adriana Mantilla Durán

1. Presentación general

En Colombia se empiezan a presentar varias situaciones jurídicas, en las cuales los Estados se enfrentan por la reclamación de los niños y niñas que por determinadas circunstancias de la vida, se ubican en un país y posteriormente uno de sus padres, pariente o cuidador se traslada a otro país sin consentimiento del otro progenitor.

La figura de la restitución opera únicamente cuando los niños o niñas han sido desplazados ilegalmente de un país a otro, por iniciativa de los padres o parientes o cuidadores y no por terceros ajenos a la familia, porque en estos casos se trataría de un delito de secuestro.

Son varios los casos en los cuales la contienda no puede dirimirse administrativamente.

La autoridad debe comenzar por examinar la legalidad de la salida del niño o niña del país de donde procede, porque puede suceder que quien retira al niño de ese país, esté plenamente autorizado para hacerlo de conformidad con las leyes de residencia habitual del menor.

2. Regulación normativa

Las normas internacionales sobre la materia se reducen a los siguientes convenios:

- El Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del menor y cooperación en materia de adopción internacional.
- El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles y sustracción internacional que en Colombia es la Ley 173 de 1994.

- El Convenio de New York sobre Obtención de alimentos en el extranjero, que en el país es la Ley 471 de 1998.

La Conferencia de La Haya es un organismo intergubernamental, compuesto por 65 Estados con sede en los países bajos, que ha generado 36 convenios, entre los cuales están los tres mencionados.

Sobre sustracción internacional, dentro del bloque de constitucionalidad al que se viene aludiendo, también trata el tema:

El artículo 11 de la Convención Sobre los Derechos del Niño al referirse a la lucha contra los traslados ilícitos, con la finalidad jurídica de resguardar la condición de sujeto de derechos del menor y garantizar el contacto personal del niño y niña con ambos padres.

Dentro del marco constitucional colombiano los artículos 42, 44, 53, 93, 94, 214 N° 2. El decreto 517 de 1996 declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-402 de 1995 con ponencia del doctor Carlos Gaviria.

Las Leyes 12 de 1991, 173 de 1994, 446 de 1998, 640 de 2001, 1008 de 2006, 1098 de 2006, la resolución N°1399 de 1998 del ICBF, señalan el procedimiento en casos de restitución internacional.

3. Estadísticas del ICBF

Se afirma por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el Seminario realizado sobre Restitución Internacional, organizado por la Cancillería y el ICBF el pasado 13 de septiembre en Bogotá, que en Colombia se empezó a realizar esta clase de trámites en el año 1996, con tan sólo cuatro procesos y para el año 2006 se reportaron 76 solicitudes de restitución y 8 de visitas en el extranjero. En lo que va corrido del 2007 van 31 casos de restitución, lo cual se traduce en un aumento considerable de eventos reportados, estimándose que la principal causa es la migración de población colombiana, y en segundo lugar se encuentran las uniones con extranjeros constituyéndose en familias *sui generis*, de índole internacional, que luego, en los casos en los que se presenta la separación, generalmente llegan al conflicto. También se mencionan como causas: la facilidad en las comunicaciones, el cruce de fronteras, los pocos controles en la expedición de pasaportes, entre otras.

4. Conferencia de La Haya, convenio de 1980 sobre restitución internacional

La Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado ha adoptado tratados entre los que, como ya se enuncio, se encuentra precisamente el que señala reglas en torno a la restitución internacional de menores de 25 años, de octubre de 1980. Debe recordarse que hay países que tienen convenios vigentes, sin ser estados partes, como es el caso de Colombia, que en noviembre de 2007 obtiene su acreditación.

El convenio de 1980 busca asegurar el retorno inmediato de niños y niñas desplazados o retenidos ilícitamente en alguno de los estados contratantes, o hacer respetar en los demás los derechos de guarda y visitas existentes en determinado estado contratante.

No es lo mismo tráfico que sustracción de niños, la primera es una figura de naturaleza penal, un movimiento ilícito asociado al delito de secuestro y la segunda figura es de carácter civil, toca directamente con un ataque al entorno familiar donde habitualmente se desarrolla la vida del menor.

Las normas contenidas en el Convenio son de carácter proteccionista, no tienen la finalidad de sancionar al adulto por la conducta de traficar con menores como si lo contempla la normatividad penal.

La sustracción implica una separación abrupta del seno familiar del menor, cambio de rutina y alejamiento de sus seres queridos.

El artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Julio 15 de 1989) señala que es deber de los estados parte, velar por la pronta restitución de los niños y niñas que han sido trasladados ilegalmente del país o que habiendo sido trasladados legalmente han sido retenidos ilegalmente. Según esta Convención es menor quien no ha cumplido 16 años de edad.

La competencia radica en el funcionario en cuya jurisdicción el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención, pero igualmente se contempla por razones de urgencia la posibilidad de demandar la restitución ante el estado donde se encuentre ilegalmente el niño o la niña o en el estado donde se hubiese producido el hecho punible que dio motivo de reclamación. La Convención señala la existencia de una autoridad central, que designa cada estado parte para el cumplimiento de las obligaciones que establece la misma Convención.

La misión de la autoridad central es colaborar con los actores del procedimiento y canalizar información para lograr la localización y pronto rescate del menor.

Tratándose de restitución el artículo 112 de la ley de infancia señala al ICBF, concretamente a la Subdirección de Intervenciones Directas, como la encargada de este trámite. Debe recordarse que entre más tiempo dure el proceso, se favorece más al retenedor porque el niño o niña empieza a afianzar sus lazos familiares en el lugar donde se encuentre.

5. Casos de restitución internacional

La restitución opera para:

- Niños ilícitamente trasladados.
- Niños cuya guarda o custodia ha sido violada.

El padre o cuidador retenedor del niño pretende decisión de custodia a su favor en el lugar donde se haya trasladado con el niño.

El Interés superior del menor es un principio rector que deben respetar las autoridades de todos los países del mundo y debe ser factor de inspiración en las decisiones que sobre restitución internacional deban adoptarse; este principio solamente resulta eficaz si la determinación se toma con prontitud y diligencia, porque es lógico que si el menor una vez trasladado a un nuevo ambiente socio familiar, muy probablemente empieza a acostumbrarse a esa nueva vida.

La finalidad del procedimiento es, de un lado, garantizar en forma inmediata la restitución de los niños trasladados o retenidos en forma ilícita y de otro velar por el respeto de los derechos de custodia y visitas que el menor tenía en su estado habitual.

El Procedimiento administrativo señalado en la Ley 1008 de 2006 para la restitución, varía si se trata de casos entrantes, es decir si los niños ingresan al país, o se trata de casos salientes (niños que se trasladan a otro país) y es el siguiente:

5.1 Si Colombia es país requirente: Se recibe la solicitud del exterior a través del ICBF y se mira si se cumplen los presupuestos de retención o traslado

ilícito. Si es así, el ICBF remite a la autoridad central del país requerido la petición; en caso contrario, se rechaza y se explica al interesado el trámite a seguir.

Se presenta la solicitud a la autoridad central, o un exhorto o carta rogatoria, o por vía diplomática o consular en la que se digan los hechos que motivan la restitución, los fundamentos jurídicos, la identidad de todos los involucrados y el lugar donde presuntamente se halla el niño, niña o adolescente.

Una vez estudiada la solicitud, la autoridad del país donde se encuentre el menor dispondrá con las medidas a su alcance la restitución voluntaria y, si esta no se obtuviere, la autoridad deberá asegurar la custodia o la guarda provisional en las mejores circunstancias para el menor y disponer sin demora su restitución si fuere el caso.

5.2 Si Colombia es país requerido: Se envía al ICBF la solicitud de la autoridad central del país donde se encuentre el menor o del interesado en particular. Si reúne los requisitos se remite a la autoridad central avocando conocimiento, se asigna un defensor de familia y se ordena una investigación socio familiar en búsqueda del restablecimiento de los derechos del niño o niña. Se ordena impedir la salida del país para evitar una segunda sustracción, se cita al padre o madre para persuadirle con el fin de darle a conocer la importancia de regresar y definir allí la situación más conveniente para el niño o la niña. Es imperioso solicitar la suspensión del proceso de privación de patria potestad, custodia o visitas, si hay proceso judicial en curso, porque debe evitarse confundir a los jueces de familia, desviando el verdadero sentido de protección hacia el menor ya que se invocan causales muchas veces irreales aunque no necesariamente pues en otros eventos simplemente se aduce que la otra persona no puede hacerse cargo del cuidado del niño y que, como está lejos geográficamente, deben regularse unas visitas en el año, todo con la finalidad de “legalizar” situaciones familiares en el interior de Colombia y disfrazar el motivo que llevó a este adulto a salir de un determinado país.

De todo esto se comunicará a la autoridad del país de donde procedía el menor de edad. Si hay acuerdo, o el niño o niña es entregado voluntariamente, se acabará el trámite. Si se dispone la restitución, dentro de los ocho días siguientes, se podrá formular oposición y el funcionario puede resolver considerando que es más conveniente para el niño o niña permanecer en el lugar donde actualmente se halle, para lo cual, entre otras cosas, tendrá en cuenta la opinión del niño o niña si su edad mental referida a la capacidad de comunicación verbal lo permite.

6. Eventos en los cuales no opera la restitución

La Convención de La Haya trae taxativamente unas excepciones, por las cuales no procede la restitución:

- a. Cuando se demuestre que el niño o niña ha quedado reintegrado a su medio.
- b. Cuando se acredite que existe grave riesgo físico o síquico para el niño o niña.
- c. Cuando haya habido convenio entre las partes sobre retorno voluntario.
- d. Cuando el menor se opone a su regreso y ha alcanzado una edad y madurez que le permita a la autoridad examinar su opinión.

7. Trámite judicial

Luego de la fase administrativa por cuenta del Defensor de familia, si hay oposición, se inicia la fase judicial. Lo primero que debe examinar el juez, si el niño es trasladado a Colombia, es lo referente a la regulación de custodia (guarda para algunos países) en el lugar de procedencia del menor o lo que se denomina la residencia habitual del mismo.

El artículo 137 de la ley 1098 contempla que “*con el informe del defensor de familia sobre el desacuerdo para la restitución internacional, el juez de familia iniciará el proceso.*”

Ha de interpretarse que ese informe es un requisito de procedibilidad sin el cual no puede iniciar el trámite judicial. Lo anterior no quiere decir que no pueda actuarse a través de apoderado, pero en casos donde así se actúe, el funcionario judicial deberá solicitar al defensor de familia el referido informe.

El competente es el juez de familia correspondiente al lugar donde se encuentre el niño retenido y se cuenta, según el artículo 119 de la ley de infancia, tan sólo con dos meses para decidir, los cuales se cuentan desde el recibo de la demanda, informe o expediente, so pena de incurrir el funcionario en mala conducta.

Se presenta una discusión relacionada con interpretación legal en torno a la viabilidad de conceder apelación frente a la decisión judicial que niega o concede una restitución internacional, pues según la ley de infancia el

trámite que debe guiar al juez es el verbal sumario de única instancia, pero la disposición anterior a la ley 1008 de enero 23 de 2006, que le otorgaba un trámite de proceso verbal sumario especial de doble instancia, que para algunos estudiosos aún está vigente, por el carácter especial de la norma. En Bogotá, para citar un ejemplo, se concede el recurso y se admite la segunda instancia.

Hay una polémica adicional, que se presenta por el interés del ICBF al ser a su vez autoridad central y convertirse en parte, al asumir una posición jurídica frente al caso. Insiste el ente administrativo en que en estos eventos, el juez no puede ir más allá del estudio de la solicitud formal, para conceder o no la restitución, atendiendo, eso sí, las excepciones que el mismo convenio contempla, pero no está de acuerdo en practicar pruebas que ya fueron recaudadas en la fase administrativa.

La carga de la prueba la tiene quien invoca las siguientes excepciones:

1. Que se demuestre que el menor ya ha quedado reintegrado a su medio familiar de procedencia.
2. Que exista grave riesgo físico o psíquico para la salud del menor.
3. El acuerdo de voluntades entre las partes.
4. Que se demuestre que los titulares de la solicitud de restitución no ejercían efectivamente su derecho de guarda en el momento del traslado o hubieren consentido con posterioridad a este.

En el caso de exposición a riesgo para la salud física o síquica del menor, la Corte Constitucional insiste en que en aras de resguardar el interés superior del mismo, se examine con cuidado la conveniencia o no de devolverlo a un sitio en donde, quizá, su propia vida esté en riesgo.

Como apoyo de esta posición jurídica, se cuenta con un fallo del Juzgado Noveno de Familia de Medellín, que concluye negando la restitución e inaplicando la convención de La Haya. Los hechos que soportan la decisión pueden resumirse de la siguiente manera:

Papá y mamá concibieron a XX y YY de 5 y 7 años de edad respectivamente. Inicialmente fijaron su residencia en Medellín, trasladándose luego a una población mexicana donde permanecieron algún tiempo, hasta que la madre decide unilateralmente volver a Colombia y sin aprobación alguna del padre de los niños, lo hace. Aduce como motivo de su retorno, el maltrato físico y moral del progenitor.

Es así como la madre de los niños, inicia el trámite de custodia ante el ICBF sin que sea posible llevar a cabo la audiencia; entre tanto, la subdirección de intervenciones de la misma entidad, recibe de la oficina de asuntos de menores de México solicitud para que los niños XX y YY sean restituidos a ese país al lado de su padre.

Luego de haberse aportado la prueba documental, una vez recibidos los testimonios y haberse tenido en cuenta no sólo la visita de la trabajadora social del ICBF, sino también el rendido por la asistente social adscrita al Juzgado, se llegó a las alegaciones en las cuales la madre dice que no se debe acceder al retorno de los niños por la problemática familiar vivida, pues, de ordenarse, implicaría grave riesgo tanto físico como psíquico para ellos.

El padre por medio de su apoderado explica que los presupuestos para la restitución están acreditados, con la misma confesión de la madre que asevera haberlos sacado de su domicilio habitual, sin autorización del padre. Dice que los menores no se hallan en ninguna de las situaciones excepcionales del tratado internacional.

En concreto, el juzgado consideró, luego de hacer transcripción de apartes de la norma internacional y de sentencias de tutela (T- 412 de 2000, T- 891 de 2003), que la pareja sufrió una separación de cuerpos, en la que los hijos son los perjudicados, pero que, por encima del problema personal, estos tienen derecho a mantener trato familiar con ambos padres.

También se fundamenta en que no es suficiente para la autoridad judicial verificar el aspecto formal de la solicitud de restitución; es necesario mirar si el trámite ha respetado el derecho de defensa de los padres, así como el interés superior del menor. Y sólo se está en presencia de ese interés superior, no porque así lo estime quien tiene a cargo los niños o niñas, sino cuando, según lineamientos de la Corte Constitucional (T- 357 de 2002):

- El interés sea real, es decir: cuando se funda en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psíquicas.
- Sea independiente, esto es: aparte del criterio arbitrario de los demás y por ello su protección no dependa de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de quien los tiene a su cargo o del funcionario de turno.
- Se establezca bajo un principio de ponderación adecuada.

- Se demuestre que el interés alegado verdaderamente constituye un beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo.

Sobre estas exigencias del interés superior también se refirió el doctor Jaime Córdoba Triviño en tutela 953 de 2006, profundizando sobre las exigencias señaladas e insistiendo en la ponderación y equilibrio que debe darse entre los derechos de los niños y los de sus parientes en conflicto.

8. Conclusiones

Se tiene entonces que, sólo cuando se demuestra que ha existido un traslado ilícito y no se halla en ninguna de las hipótesis del artículo 13 de la convención (las de naturaleza exceptiva) el juez deberá ordenar cuanto antes la restitución, porque los casos son de extrema urgencia, el tiempo favorece al sustractor y puede surgir el fenómeno de la alienación parental. Sin embargo, así la interpretación internacional sugerida y la del ICBF se inclinen por buscar ante todo la cesación de la situación de retención del niño o niña, concentrándose en los extremos del convenio para definir únicamente si hubo o no sustracción ilícita, el interés superior del niño impone la necesidad de ir más allá en el estudio de la restitución, sin que ello quiera decir que el juez confunda el tema de custodia, que debe corresponder a la autoridad de la residencia habitual del niño y se extralimite en el tiempo. El juez no puede dejar de lado la realidad socio-cultural actual del menor y la conveniencia para el devenir de su vida en las nuevas circunstancias que le rodean.

Tampoco se quiere que en las manos del menor esté la elección de con cuál de sus dos progenitores deba permanecer, pero es claro que si el menor ya tiene una edad que permita escuchar su voluntad y sus objeciones podrían ser de tal magnitud que justificaran una no restitución, el juez debe atender esas razones, en aras de proteger el derecho del menor a ser oído.

Finalmente, aunque no existe una definición de residencia habitual, convirtiéndose en una cuestión de hecho y no de derecho, no puede confundirse la misma, con el tema de nacionalidad o estatus migratorio y tampoco puede referirse a temporalidad limitada, simplemente es el lugar donde el niño ha permanecido y donde desarrolla su vida, el cual no se puede medir con un cartabón, porque varios factores pueden influir, como sería el caso de un bebé de tres meses, el que puede ser aún lactante, que se reclama en un determinado país, frente al ejemplo de un niño de 12 años,

cuyas características de pre adolescente deben ser ponderadas. De ahí la importancia de contar con excelentes asistentes sociales, que le lleven el conocimiento al funcionario para tomar la mejor decisión, inspirada siempre en ese interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

GUTIÉRREZ SARMIENTO, Carlos Enrique. Manual de Procesos de Familia. Universidad Externado de Colombia. 2006.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. La vida de los derechos de la Niñez. Compilación Normativa. Tomo I. 1997.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores, séptima edición. Ediciones Librería del Profesional. 2001.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Vigilancia Superior a la Garantía de los Derechos desde una perspectiva de Género, con énfasis en mujeres y adolescentes. Guía pedagógica. 2006.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Primer Foro de sensibilización para la Implementación del Código de la Infancia y Adolescencia. Bogotá, junio 21 de 2007.

SEMINARIO SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL organizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el ICBF-Conferencia dictada por el magistrado Goicochea de la Argentina, representante de la Conferencia de La Haya, Bogotá, septiembre 13 de 2007.