República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el «*ARTÍCULO PRIMERO*» del Acuerdo No. 034 de esta Sala, expedido el pasado 16 de diciembre, atendiendo a que en esta providencia se resuelve una situación jurídica relacionada con una persona menor de edad, como medida de protección a su intimidad, se emiten dos versiones de esta sentencia, «*con idéntico tenor, una reemplazando los nombres y los datos e informaciones (familiares), que permitan conocer su identidad y ubicación, para efectos de publicación en los repositorios, medios de comunicaciones y motores de búsqueda virtuales, y otra con la información real y completa de las partes, que se utilizará únicamente para notificación a los sujetos procesales e intervinientes y que se mantendrá con reserva a terceros interesados*».

NOTA. Este ejemplar de la decisión corresponde al que contiene los «***nombres ficticios***» de las partes.

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

STC1996-2021

Radicación n.° 11001-02-03-000-2021-00355-00

(Aprobado en sesión virtual de tres de marzo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Se decide la acción de tutela promovida por Nerón Sánchez contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, a cuyo trámite fueron vinculadas las partes e intervinientes en el asunto que originó la queja.

ANTECEDENTES

1. El actor reclamó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, presuntamente conculcados por la sede judicial acusada en el trámite de segunda instancia en el juicio de restitución internacional incoado respecto de su hijo menor de edad.

En consecuencia, solicitó «*se ordene declarar la nulidad de la actuación a partir del auto que decretó las pruebas de oficio (de… 17 de noviembre de 2020), para que sean practicadas en [s]u totalidad*»; o subsidiariamente, «*se ordene al accionado que retrotraiga la actuación a la fase procesal que se considere pertinente…, para de ese modo subsanar los yerros en que se incurrió, con una práctica probatoria más profusa y justa, y así se esté en condición de emitir la sentencia que sea del caso*».

2. La situación fáctica relevante para resolver el asunto propuesto es la que así se sintetiza:

2.1. Fruto del matrimonio del accionante con Martha Rodríguez -*ambos de nacionalidad colombiana*-, el 5 de septiembre de 2012, en la ciudad de Valledupar, nació su hijo Ulises, con quien convivían desde el año 2014 en la República Federativa de Brasil, específicamente en el municipio de Macaé del estado de Río de Janeiro, hasta el 21 de marzo de 2019, cuando el niño y su padre se trasladaron a la República de Colombia.

2.2. Ante ello, Martha Rodríguez acudió a las autoridades brasileras competentes para dar inicio a la solicitud de restitución internacional del menor de edad, conforme a los parámetros establecidos en el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, con ocasión de lo cual, el 11 de julio de 2019, la República Federativa de Brasil efectuó el correspondiente «*requerimiento de cooperación jurídica internacional*», luego de lo cual, frustrada la etapa administrativa y surtido el trámite judicial subsiguiente, el 13 de agosto de 2020 el Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga dictó sentencia, en la cual accedió a la petición; determinación que apeló el aquí accionante.

2.3. El 17 de noviembre de 2020 el Tribunal convocado, antes de desatar la segunda instancia, resolvió decretar como pruebas: **i)** a solicitud del demandado, los testimonios de María y Freddy, negó los de Yesica, Elenilda, Marcela y Osigilbelis Pérez, así como la entrevista al menor;

y **ii)** de oficio, las siguientes:

3.1. DOCUMENTALES

-… por intermedio del Consulado de Colombia, en Brasil, solicitar… y remitir… los documentos debidamente traducidos y apostillados conforme al artículo 251 CGP:

1. Copia de la actuación adelantada ante el Consejo Tutelar de Macaé, Brasil, con base en la queja formulada por… MARCELA SÁNCHEZ, en contra de… MARTHA RODRÍGUEZ… y NERÓN SÁNCHEZ… el día 05 de octubre de 2018.

2. Por el Hotel Paradise Macaé, se certifique si… MARTHA RODRÍGUEZ… presenta vínculo laboral con ese hotel, aclarando que cargo desempeña y en que horario.

3. Por la Escuela Municipal Lions, Macaé, Brasil, se expida constancia acerca de:

a) Si… NERÓN SÁNCHEZ…, al solicitar la certificación de estudios del menor ULISES…, informó que el niño sería retirado de la institución por motivo del traslado de domicilio a Colombia y en compañía de quién o quiénes lo haría, y en tal caso, cuando solicitó tal constancia?.

b) Si… MARTHA RODRÍGUEZ… y NERÓN SÁNCHEZ… cumplían su deber como acudientes del menor ULISES…; además, quién era el encargado de llevarlo al colegio y recogerlo diariamente; en qué condiciones asistía el menor a la Escuela, en cuanto a presentación personal y cumplimiento de tareas, así como estado nutricional.

c) Que se sirvan rendir información acerca del evento ocurrido en el mes de abril de 2018, cuando, según se asevera, ante la eventualidad de que los padres del menor ULISES… no recogieron de manera oportuna al menor, fue llevado por parte del esposo de la Directora de la Escuela hasta la casa de habitación, pero el padre no lo recibió, debiéndose además aclarar en qué estado se observó al señor NERÓN SÁNCHEZ…, y que manifestación hizo este para no recibir a su hijo. Se solicita igualmente anexar copia de los archivos o registro que llevara la

institución respecto al citado infante.

3.2. TESTIMONIALES

- Oír en declaración a… YANETH…[,] WILLIE… [y] MARCELA…

3.3. PERICIAL

-…la valoración por psiquiatría forense de… NERÓN SÁNCHEZ… y MARTHA…, así como del menor…, a fin que se establezca su estado mental, afectivo y emocional…

3.4. VISITA SOCIO FAMILIAR

- Ordenar nueva Visita Social por Trabajadora Social del ICBF, a la casa de habitación que ocupan… NERÓN SÁNCHEZ… y el menor…, con el fin de establecer las condiciones socio familiares en que se desenvuelven.

Así mismo, realícese Visita Social, por quien cumpla las mismas funciones en el Consejo Tutelar de Macaé, Brasil, a la residencia de… PAMELA…

2.4. Luego, sin haberse practicado la totalidad de las pruebas relacionadas a espacio, el pasado 15 de enero se señaló el día 25 siguiente para la audiencia de alegaciones y fallo, la que después se reprogramó para el día 29 del mismo mes y, llegada esta data, se inició la diligencia, en la cual no se accedió a la solicitud de la apelante en torno a aplazarla hasta tanto se evacuaran todos los medios suasorios decretados; «*ante lo que las partes, sus apoderados y la defensora de familia no hicieron reparo alguno, mostrando conformidad con lo decidido*».

2.5. Finalmente, ese mismo 29 de enero de 2021 el *ad-quem* dictó la sentencia de segundo grado, en la cual confirmó la del *a-quo*.

2.6. En sede de tutela el actor criticó, en lo medular, que el Tribunal dictó su sentencia sin practicar, por situaciones inimputables a las partes, las pruebas necesarias que decretó, con las cuales él hubiera podido acreditar sobradamente los motivos por los que debió negarse la restitución internacional del niño; y que en tal providencia se incurrió en un claro defecto fáctico, dada la inexistencia de material suasorio suficiente para acceder a las pretensiones, ya que no se probó que él fuera «*negligente en su trato para con su menor hijo, tampoco que fuera consumidor o dependiente a las drogas o al alcohol, comoquiera que con considerable antelación si quedó demostrado que laboró de manera independiente para prodigar a su hijo toda la seguridad que requiere y la calidad de vida que se merece*»; además, se pasó por alto que se documentó que desde la llegada del impúber a Colombia «*se viene cumpliendo con la protección y el cuidado que favorecen y aseguran [su] interés superior*», éste no quiere retornar a Brasil en donde su madre no está en condiciones de atenderlo debido a sus múltiples ocupaciones, máxime porque cuando estaba allí «*no ejercía su rol de madre, custodia, guarda, con todas las obligaciones inherentes de manera idónea y responsable*», e inapropiadamente se terminó resguardando «*derechos similares pero ajenos, como el de [la] abuela materna*», al exhortarla para acompañar a su nieto en su regreso a Macaé, así como para asistirlo allí en su cuidado, atención, orientación y vigilancia, sin precisar la temporalidad de esto, lo cual le restringe a él, como progenitor, «*toda cercanía que… pueda tener con [su]*

hijo».

3. La Corte admitió el libelo de amparo, ordenó librar las comunicaciones de rigor y pidió rendir los informes a que alude el canon 19 del Decreto 2591 de 1991.

RESPUESTAS DE LOS CONVOCADOS

1. La Defensora de Familia del Centro Zonal Carlos Lleras Restrepo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tras aludir a la prevalencia que en casos como este debe darse de cara al interés superior del menor de edad involucrado en el trámite fustigado, indicó atenerse «*a lo que la Ley determine para tal efecto, y al valor probatorio que se les den (sic) a las pruebas arrimadas a la tutela en cuestión, aplicando los principios que rigen la Ley de Infancia y Adolescencia e Instrumentos Internacionales aprobados por el Congreso*».

2. La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga pidió «*se declare improcedente la presente acción constitucional*» y que «*[l]as razones de hecho y derecho, que hoy son objeto de cuestionamientos a través del mecanismo excepcional, deben estudiarse a luz de las diferentes decisiones tomadas en el trámite del proceso, así como lo esbozado en el proveído del 29 de enero del presente año, es decir, sus fundamentos constitucionales, legales, jurisprudenciales y valoración de la prueba con fundamento en las reglas de la sana crítica*».

3. El Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga señaló que en el trámite allí surtido «*se respetaron los derechos fundamentales de las partes y el interés superior del menor*»; y que «*[l]os hechos que motivaron esta acción de tutela son ajenos a [esa] Agencia Judicial por cuanto atañen al trámite de segunda instancia adelantado por el Tribunal [accionado]*».

4. El Ministerio de Relaciones Exteriores se opuso «*a la prosperidad de las pretensiones en [su] contra…, toda vez que: 1) la Cancillería ni hizo parte dentro del proceso de restitución internacional adelantado por el accionante ante el Tribunal [encausado]... Y 2) de conformidad con el Decreto 869 de 2016, no se encuentra en cabeza de [esa] Cartera Ministerial adelantar los procesos de restitución internacional de menores*».

CONSIDERACIONES

1. Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo jurídico concebido para proteger los derechos fundamentales, cuando son vulnerados o amenazados por los actos u omisiones de las autoridades públicas y, en determinadas hipótesis, de los particulares, cuya naturaleza subsidiaria y residual no permite sustituir o desplazar a los jueces funcionalmente competentes, ni los medios comunes de defensa judicial.

Por línea jurisprudencial, tratándose de actuaciones y

providencias judiciales, el resguardo se abre paso de manera excepcional y limitado a la presencia de una irrefutable vía de hecho, cuando «*el proceder ilegítimo no es dable removerlo a través de los medios ordinarios previstos en la ley*» (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 2001-00183-01); y por supuesto, se cumpla el requisito de la inmediatez.

2. Ahora, advirtiendo que en este trámite supralegal se criticó la actuación surtida en el trámite de una solicitud de restitución internacional de un menor de edad, pertinente es recordar que:

2.1. El constituyente de 1991 consagró la calidad de sujetos de especial protección por parte del Estado para los niños, las niñas y los adolescentes, autorizando la protección integral, el interés superior[1] y la prevalencia de sus garantías[2] respecto de los demás sujetos de derecho, incluidos los de su núcleo familiar, lo cual tiene su fuente en la trascendencia que revisten en la especie, formación con valores indispensables para la existencia, consolidación y desarrollo de los cometidos del Estado y la comunidad, esto es, por intereses superiores.[3]

Sobre el interés superior del menor, la Corte Constitucional en sentencia T-587/98, dijo:

…Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una

[1] Artículo 8º de la Ley 1098 de 2006. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. «*Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*».
[2] Artículo 9º *ídem*.
[3] CSJ STC, 4 oct. 2007, rad. 2007-00091-01.

perspectiva humanista -que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. 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 3°) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989) [hoy Ley 1098 de 2006]. 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).

Ahora bien, el interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de 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 este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

2.2. Tanto el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños -*suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980*- como la Ley 173 de 1994 -*aprobatoria de aquél*- fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-402/95.

En lo que aquí interesa, el referido convenio: **i)** tiene

por objeto la restitución inmediata de los menores de edad al país de su residencia habitual, cuando sean «*trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante*» (*literal a del canon 1º*); **ii)** estipula que tal ilicitud se presenta cuando tales actos «*se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención*»; o «*cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención*» (*artículo 3º*); **iii)** establece que cuando «*en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos,* ***la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor***» (*precepto 12 - se destacó*); y **iv)** señala que, en todo caso, «*la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si... [quien] se opone... demuestra*» que: **a)** «*la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención*»; y **b)** «*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra*

manera ponga al menor en una situación intolerable» (*canon 13*); sumado a que también «*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*» (*precepto 20*).

2.3. A su turno, el artículo 112 del Código de la Infancia y la Adolescencia (*Ley 1098 de 2006*) enseña, en cuanto a dicha restitución internacional, que:

> *…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. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, a la Ley 620 de 2000 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, y a las demás normas que regulen la materia.*

2.4. Por ese sendero, reiteradamente la Corte Constitucional ha sostenido, de cara a los presupuestos necesarios para la prosperidad de la aludida solicitud de restitución internacional, que:

> *...para que se configure la retención ilegal de un menor de edad al interior de la jurisdicción de alguno de los Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades administrativas o judiciales, conforme a la competencia asignada por la legislación de cada país, deberán acreditar los siguientes presupuestos: (i) que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad (art. 4); (ii) que exista un*

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

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

126. ***La concurrencia de los anteriores requisitos****,* ***exigen*** *a las autoridades encargadas de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980,* ***decretar la restitución internacional del menor y ordenar su retorno al lugar de residencia habitual*** (se destacó - CC T-202/18).

2.5. En este orden, de las pautas normativas y jurisprudenciales anotadas se desprende, sin hesitación, que en casos como el aquí tratado el decreto de la restitución internacional del menor es, por antonomasia, la medida a adoptar por las autoridades de los Estados contratantes del referido convenio de La Haya, salvo, contadas excepciones, en las cuales el opositor corre con la carga de demostrar, fehacientemente, la configuración de alguna de las causales específicas y taxativas que consagra el artículo 13 *ibídem*.

Así, constituirá un claro desconocimiento del Convenio Sobre Restitución Internacional de Menores, por parte de cualquiera de los Estados contratantes y con todas las

implicaciones de carácter supranacional que de allí se derivan, el no acceder a la solicitud de restitución propuesta por uno de sus pares cuandoquiera que no esté presente el último supuesto señalado a espacio ni se advierta que el retorno pretendido vaya en contravía de «*los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*» (*precepto 20, ídem*).

3. Zanjado lo anterior, se tiene que en el caso concreto el reclamante cuestionó al *ad-quem* que **i)** dictó su sentencia sin practicar las pruebas que decretó de oficio y **ii)** en dicha providencia incurrió en defecto fáctico, dada la inexistencia de material suasorio suficiente para acceder a las pretensiones de la fustigada restitución internacional de su hijo menor de edad.

Puestas así las cosas, advierte la Sala el fracaso del presente ruego constitucional, por las razones que se pasa a exponer.

3.1. Respecto al primer reclamo, se halla insatisfecho el presupuesto de procedibilidad de la subsidiariedad, pues el quejoso no recurrió en reposición, como se lo permitía el canon 318 del Código General del Proceso, el auto por medio del cual, en audiencia del 29 de enero de 2021, por las razones allí expuestas, la Magistrada ponente del Tribunal acusado no accedió a su solicitud de aplazamiento y, en su lugar, dispuso continuar con el trámite respectivo para definir la situación del menor de edad involucrado, sin

recaudar las otras pruebas que había decretado; es decir, el actor no planteó allí las alegaciones que novedosamente trae a este trámite tutelar, a saber, las relacionadas con la supuesta imposibilidad de prescindir de tales medios suasorios por su imperiosa necesidad para definir adecuadamente el caso.

Por ello, frente al particular, el censor incurrió en incuria, en cuanto dejó de plantear ante el fallador natural, en la oportunidad debida, las alegaciones aquí enrostradas, para haber obtenido de aquél el respectivo pronunciamiento frente al particular, omisión que torna inviable que el juez constitucional vuelva sobre ello.

De ese modo, en cuanto a tal aspecto el reclamo actual resulta improcedente, toda vez que el descuido en el empleo de los medios de protección que existen en las actuaciones judiciales, impide al juez de tutela interferir los trámites respectivos, pues la justicia constitucional no es remedio de último momento para rescatar oportunidades precluidas o términos fenecidos, lo que significa que cuando no se utilizan los mecanismos de protección previstos en el orden jurídico, las partes quedan vinculadas a las consecuencias de las decisiones que les sean adversas, en tanto que el resultado es fruto de su propia incuria, pues como lo ha sostenido la Sala, si el promotor del amparo desperdició «*las diferentes oportunidades procesales*»:

> *…es inadmisible la pretensión de recurrir tal actuación por esta vía extraordinaria o tratar de recuperar mediante ese*

> *instrumento tal posibilidad, puesto que no ha sido diseñado para rescatar términos derrochados…, ni para establecer una paralela forma de control de las actuaciones judiciales, circunstancia que, acorde con reiterada jurisprudencia, impide la intervención del juez constitucional en tanto no está dentro de la órbita de su competencia suplir la incuria, los desaciertos o descuidos de las partes en el ejercicio de sus facultades, cargas, o deberes procesales, pues esa no es la finalidad para la cual se instituyó la tutela* (STC, 6 jul. 2010, rad. 00241 01; reiterado en STC, 5 abr. 2011, rad. 00015 01; y STC, 8 mar. 2012, rad. 2012-00101-01).

3.2. Ahora, en lo tocante con el supuesto defecto fáctico en que se incurrió al definir el asunto, la sentencia reprochada, contrario a lo aducido por el tutelante, para esta Sala no luce arbitraria, descartándose la presencia de una vía de hecho.

i) En efecto, al dictar tal providencia, el Tribunal acusado comenzó por precisar que le correspondía establecer si el menor de edad «*fue sustraído del país de residencia por parte de… su padre, de forma ilícita, o por el contrario, lo hizo con el consentimiento de la progenitora del menor, además, si existe un grave riesgo de que el regreso al lado de su… madre lo someta a un peligro físico, psíquico o a una situación de indefensión o vulnerabilidad* ***de cara a las pruebas legalmente recaudadas en el presente juicio***» (se destacó).

Seguidamente, se refirió a las generalidades de la figura de la restitución internacional de menores de edad, con apoyo en el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños -*suscrito en La Haya el 25*

de octubre de 1980-, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores -*suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989*-, las Leyes 173 de 1994 y 880 de 2004 -*estas dos últimas, en su orden, aprobatorias de los dos primeros*-, así como en la jurisprudencia constitucional sobre la materia (CC T-202/18), señalando allí que existen unas «*cláusulas de excepción*» para no acceder a aquélla, relacionadas con «*i) interés superior de los menores de edad, ii) a la consideración de sus opiniones, iii) a la integración del nuevo medio social y familiar*».

A continuación, ya de cara al caso concreto, con observancia del material suasorio recaudado, en lo medular, concluyó que:

> ***UNO.*** *No hay duda que Ulises… se encuentra en el rango de edad previsto en la Convención, en tanto que para la fecha en que el demandado viajó con él a Colombia, contaba con 6 años de edad, conforme da cuenta el registro civil de nacimiento.*
>
> ***DOS.*** *Sus progenitores…, para la época en que se produjo el traslado hacia Colombia, convivían y ejercían sobre el menor la guarda y custodia de forma compartida, tal como se advierte de lo manifestado tanto por la demandante, al momento de presentar la solicitud de restitución internacional… y en su interrogatorio de parte, como del interrogatorio de parte del demandado, en los que ambos aceptaron que hacían vida familiar en la ciudad de Macaé, Brasil, desde el año 2014; lo que fue reafirmado con las declaraciones de Marcela…, Yaneth… y Willie…, testigos directos de esa relación y de que constituían un hogar conformado por la pareja y el menor hijo en común…*
>
> *Establecido se halla que la residencia habitual del menor era… la del país requirente, esto es, Brasil, tal como lo aceptaron las partes y lo confirmaron los mencionados testigos…[,] hasta marzo de 2019, fecha ésta… en la que se produjo el traslado del niño*

hacia Colombia por parte del padre; allí convivía con ambos progenitores, cursaba sus estudios de primaria en la Escuela Municipal Lions…, contaba con sistema nacional de salud…, sus padres ejercían sus actividades laborales, especialmente su progenitora y de forma intermitente su progenitor…; además, ambos progenitores contaban con tarjeta de identidad de extranjero, siendo clasificada la de Martha Rodríguez como permanente, con validez hasta el 3 de marzo de 2025…

TRES. *El menor fue trasferido del país de su residencia habitual, …esto es, Brasil, hacia Colombia, que es el Estado requerido y en el que actualmente se encuentra, en tanto que está plenamente demostrado que reside, junto con su padre, …en [la] Mesa de Ruitoque, Piedecuesta, tal como se determinó en la actuación administrativa, luego de múltiples intentos por su localización…*

CUATRO. *La autoridad central del Estado requerido, esto es, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, a través de la Defensoría de Familia - Regional Santander - Centro Zonal Bucaramanga Sur, tramitó la etapa administrativa de restitución voluntaria, la que fue infructuosa, por cuanto… Nerón Sánchez… se negó a restituir de forma voluntaria al menor, manifestando en la audiencia realizada el 21 de febrero de 2020, que no regresaría a Ulises a Brasil, junto con su progenitora, porque gozaban de un hogar y una familia armoniosa, formada por el papá, su actual pareja, su hermanita de 7 años, la mascota (sic), era un niño feliz; en cambio Pamela vive sola, en otra país, sin familiares, no tiene red de apoyo, además, ella acostumbra a dejarlo con extraños y eso le preocupa, pues la madre, además, se desenvuelve en un medio perverso, como son gremios LGBT, prostitución, vida nocturna, y de todo eso tiene pruebas, además, acostumbra… consumir alcohol y realiza actividades de pornografía…*

Ante el fracaso de la audiencia de retorno voluntario…, dicha autoridad procedió a remitir informe sobre el desacuerdo al Juzgado de Familia…, con lo que quedó agotada la etapa administrativa…

QUINTO. *La solicitud de restitución del menor se presentó dentro del año siguiente a la sustracción, tal como consta en el requerimiento de cooperación internacional suscrito por la autoridad central del país requirente y expedido en Macaé RJ el*

11 de julio de 2019, siendo radicada ante la Dirección de Protección del ICBF el 23 de agosto de 2019…

Es decir que desde el 21 de marzo de 2019 hasta el día en que quedó formalmente presentada la solicitud de restitución internacional en el país… requirente, esto es, al 11 de julio de 2019, sólo habían transcurrido 3 meses 20 días, y luego de esta calenda a la fecha en que quedó efectivamente enviada y presentada la petición ante la autoridad central del país requerido, transcurrido un mes y 12 días, para un total de 4 meses, 2 días.

Por tanto no es de recibo el argumento del demandado, de que transcurrió más de un año desde que el menor ingresó a Colombia, pues el artículo 12 de la Ley 173 de 1994, es claro al disponer que ese término se cuenta desde la sustracción hasta antes de la iniciación del trámite en su etapa administrativa ante la autoridad central del Estado requerido que, como se indicó en precedencia, para el caso concreto, a dicho trámite se le dio apertura el 23 de agosto de 2019, por lo que no pudo tenerse en cuenta para tal hito el tiempo que ha transcurrido en el diligenciamiento de las etapas administrativas y judicial del proceso de restitución.

Luego, tras recordar que de acuerdo al precepto 13 de la Convención de La Haya «*la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si… [quien] se opone… demuestra*» que: **a)** «*la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención*»; y **b)** «*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*»; destacó que en el asunto auscultado no se demostró

ninguno de esos supuestos.

Encontró que el traslado del niño a Colombia por parte de su padre se produjo de forma unilateral, sin el consentimiento de la madre del menor de edad; que aunque el progenitor aseveró que ésta lo autorizó, ningún medio suasorio aportó para validar esa simple afirmación, la que tampoco aceptó su antagonista, por el contrario, la negó enfáticamente, a tal punto que indicó que tenía entendido que, para el día en que aquél viajó a Colombia con el impúber, «*iban a un viaje dentro del mismo territorio nacional, a una parrillada de la empresa en la que él trabajaba, debiendo regresar, Nerón Sánchez, el día 21 de [marzo de] 2019, pero cuando ella salió de su trabajo encontró que no habían retornado a la casa, y fue sólo hasta el viernes 22 que tuvo noticias de que estaban en Colombia*»; versión claramente coincidente con la situación fáctica derivada de los demás medios de prueba.

Así mismo, determinó que se quedaron en un mero dicho las alegaciones del apelante en torno a que la restitución internacional ponía en riesgo al menor de edad al exponerlo a un grave peligro debido a la falta de idoneidad de su madre para atender sus necesidades, comoquiera que ningún soporte probatorio válido trajo para acreditar ese supuesto.

A diferencia de ello, al analizar las pruebas en su conjunto, bajo el tamiz de la sana crítica, especialmente las versiones tanto de las partes como de los testigos, el

Tribunal atacado observó que la progenitora adecuadamente velaba por la estabilidad física y emocional de su primogénito; aunado a que, en el caso concreto, destacó la notoria disponibilidad de la abuela materna del niño para desplazarse a la República Federativa de Brasil con el fin de apoyar a su hija -*madre de aquél*- en el acompañamiento del menor de edad, lo que, muy a pesar de las manifestaciones del inconforme, no libraba a la madre del impúber de sus responsabilidades ni le restringía a él los derechos como progenitor, como erróneamente lo consideró, sino que reforzaba la ausencia de peligro alguno, en el país de Brasil, para el descendiente de la pareja Sánchez-Rodríguez.

ii) Así las cosas, se concluye que la decisión controvertida no luce antojadiza, caprichosa o subjetiva, con independencia de que se comparta, descartándose la presencia de una vía de hecho, de manera que la queja del peticionario no halla recibo en esta sede excepcional.

Y es que, en rigor, lo que aquí planteó es una diferencia de criterio acerca de la forma en la cual el Tribunal encartado valoró las pruebas recaudadas en el trámite fustigado y concluyó, siempre con miras en el interés superior del menor de edad involucrado en el asunto, que confluían todos los presupuestos necesarios para acceder a su restitución internacional porque, sumado a que fue sustraído por su padre desde Brasil, sin el consentimiento expreso de su madre, lo cierto es que, en especial, no se demostró la configuración de alguna de las

causales que taxativamente contempla el artículo 13 del Convenio de La Haya para negar aquella pretensión, en el referido país los dos progenitores ejercían la custodia, no se acreditó que el retorno conllevara un grave riesgo para el niño ni tampoco que éste se opusiera a su restitución; en cuyo caso tales deducciones no pueden ser desaprobadas de plano o calificadas de absurdas o arbitrarias, «*máxime si la[s] que ha hecho no resulta[n] contraria[s] a la razón, es decir si no está demostrado el defecto apuntado en la demanda, ya que con ello se desconocerían normas de orden público... y entraría [el juez constitucional] a la relación procesal a usurpar las funciones asignadas válidamente al último [se refiere al fallador ordinario] para definir el conflicto de intereses*» (CSJ STC, 11 en. 2005, rad. 1451; reiterada en STC7135, 2 jun. 2016, rad. 2016-01050).

Al respecto también se ha dicho de forma reiterada que «***no se puede recurrir a la acción tutelar para imponer al fallador*** *una determinada interpretación de las normas procesales aplicables al asunto sometido a su estudio o* ***una específica valoración probatoria, a efectos de que su raciocinio coincida con el de las partes***» (se destacó - CSJ STC, 18 abr. 2012, rad. 2012-0009-01; STC, 27 jun. 2012, rad. 2012-00088-01; y STC, 12 ag. 2013, rad. 2013-00125-01).

4. Lo consignado impone el despacho adverso de la protección rogada.

DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **deniega** el amparo solicitado.

Comuníquese lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y, en oportunidad, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no impugnarse este fallo.

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
MAGISTRADO

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado