

SUSTRACCIÓN INTERPARENTAL DE MENORES: UNA FORMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*

INTERPARENTAL CHILD SUBTRACTION: A FORM OF VIOLATION OF THE RIGHTS OF CHILDREN AND TEENAGERS

SUBTRAÇÃO INTER-PARENTAL DE MENORES: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Jinyola Blanco Rodríguez^a
jinyola.blanco@gmail.com

Raúl Santacruz López^b
raul.santacruz@uan.edu.co
Recibido: 05 de Febrero 2013
Aceptado: 22 de Mayo 2013

RESUMEN

La *Sustracción Interparental de Menores (SIM)*, entendida como la acción que realiza uno de los padres u otro pariente cercano de un niño o una niña, sustrayéndolo, reteniéndolo u ocultándolo, con el propósito primario de impedirle el derecho

* Artículo asociado a resultado de proyecto de investigación terminada titulado: "Sustracción Interparental de Menores", desarrollado desde el 2005 hasta el 2012, por el grupo interdisciplinario de investigación "Iustitia" de la Universidad Antonio Nariño, Bogotá D.C.

a. Abogada, especializada en derecho de familia, con diploma de estudios avanzados en derecho civil, doctoranda en derecho de familia y de la persona de la Universidad de Zaragoza- España. Directora de la Unidad para el Desarrollo de la Ciencia y la Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño, donde también se desempeña como investigadora; igualmente, es docente de distintas instituciones de educación superior. Ha publicado artículos en revistas indexadas nacionales y extranjeras y ha sido invitada como conferencista internacional en diferentes eventos científicos. Bogotá D. C. Colombia. Correo electrónico: jinyola.blanco@uan.edu.co

b. Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en instituciones jurídico-penales de la misma universidad, con estudios de maestría en derecho penal, ciencias criminológicas y criminalísticas de la Universidad Externado de Colombia; con diploma de estudios avanzados en derechos humanos y libertades fundamentales en la Universidad de Zaragoza, España, y aspirante a doctor de la misma universidad. Juez penal del circuito de conocimiento de Bogotá. Docente investigador de la Universidad Antonio Nariño e investigador principal del grupo interdisciplinario "Iustitia". Correo electrónico: raul.santacruz@uan.edu.co

de visita o de custodia al otro progenitor, no sólo puede llegar a constituir un delito (fraude a resolución judicial, maltrato mediante restricción a la libertad física, ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, etc.), -además de provocar otras reacciones de carácter judicial o administrativo- sino también, y de manera inevitable, un comportamiento que victimiza al menor o menores de edad involucrados.

La investigación realizada estuvo dirigida a estudiar a fondo esta problemática, desde sus aspectos jurídico, psicológico y antropológico, con miras a procurar una toma de conciencia a nivel social y a propiciar políticas públicas capaces de conjurarlo.

En su desarrollo se encontró que uno de los efectos más lamentables de este tipo de actitudes recae sobre el menor implicado, por cuanto lo instrumentaliza, convirtiéndolo en objeto de los inaceptables fines de quien así actúa, sin consideración al maltrato que puede producirse.

PALABRAS CLAVE

Familia, derecho de custodia, derecho de visita, retención de niños.

ABSTRACT

Interparental Child Abduction (SIM), defined as the action taken by one parent or other close relative of a boy or a girl, removing, concealing or holding it, with the primary purpose of impeding the right of access or custody to other parent, not only may constitute a crime (fraud judicial, abuse by restriction to physical liberty, arbitrary exercise of custody of minor child, etc.) -gin addition to causing other reactions judicial or administrative -but also, and inevitably, a behavior that victimizes the child or children involved.

The research was led forward to fully consider this issue from its legal, psychological and anthropological focus to gain an awareness of the social level and promote public policies that can avert it.

In implementing it was found that one of the most unfortunate effects of such attitudes lies with the children involved, because the instrumented, making it an object of the unacceptable late who acts without regard to the abuse that he occurs.

KEY WORDS

Family, custody, visitation rights, child restraint.

RESUMO

A *Subtração Inter-Parental de Menores (SIM)*, entendida como a ação que realiza um dos pais ou outro parente próximo de um menino ou uma menina, subtraindo-o, retendo ou ocultando-o, com o propósito primário de impedir o direito de visita o de custodia ao outro progenitor, não só pode chegar a constituir um crime (fraude a resolução judicial, dano mediante restrição à liberdade física, exercício arbitrário da custódia de um filho menor de idade, etc),- além de

provocar outras reações de caráter judicial ou administrativo – senão também, e de maneira inevitável, um comportamento que victima ao menor o menores de idade envolvidos.

A pesquisa realizada esteve dirigida a estudar no fundo esta problemática, desde seus aspetos jurídico, psicológico e antropológico, a fim de procurar uma toma de consciência no nível social e a propiciar políticas públicas capazes de conjurá-lo.

No desenvolvimento foi achado que um dos efeitos mais lamentáveis de este tipo de atitudes recai sobre o menor implicado, por quanto o instrumentaliza, tornando-o em objeto dos inaceitáveis fins de quem assim atua, sem consideração ao maltrato que pode se producir.

PALAVRAS-CHAVE

Família, Direito de Custódia, Direito de Visita, Retenção de crianças.

INTRODUCCIÓN

Las acciones de sustraer, retener u ocultar a un menor para impedir el derecho de visita o de custodia a sus progenitores, sin importar el ámbito espacial en el que se realicen, implican la violación de los derechos de ese hijo, reconocidos por los ordenamientos legales tanto nacionales como internacionales. El interrogante del cual partió esta investigación fue: ¿Interviene eficazmente el Estado colombiano en los casos de sustracción interparental de menores? No obstante esta pregunta y a pesar de su formulación en tales términos, surgió el cuestionamiento correspondiente a este resultado parcial de investigación: ¿Cuáles son los derechos violados al menor que ha sido sustraído, retenido u ocultado por uno de sus padres?

En la búsqueda de la respuesta más acertada fue posible identificar, como normas que consagraban estos derechos: la Constitución Política de 1991, el *código de la infancia y adolescencia* y el *bloque de constitucionalidad* integrado por la *Declaración de los Derechos del Niño*, la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños; la convención sobre los *derechos del niño*, el convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, y las convenciones interamericanas sobre *restitución internacional de menores y tráfico internacional de menores*. Así se pudo determinar que tanto en el derecho interno como en el internacional el principal derecho violado, cuando se separa a un menor de uno de sus padres o se le impide tener contacto con él, es el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, ampliamente desarrollado por el *tribunal constitucional* en sede de tutela.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Por constituir la violación del derecho de custodia y de visita un asunto de diaria ocurrencia que, además de desconocer los derechos de uno de los padres y las decisiones judiciales o administrativas que seguramente los respaldan, victimiza al menor o menores de edad involucrados, se formuló como problema jurídico el siguiente interrogante: ¿Interviene eficazmente el Estado en los casos de sustracción *interparental de menores*?

Con el propósito de responder a este cuestionamiento se realizó una investigación en la que intervinieron abogados, psicólogos y antropólogos, quienes exploraron el fenómeno desde la óptica de sus especialidades, realizando un análisis cualitativo de los datos recaudados, que produjo como resultado algunas de las conclusiones que aquí se exponen.

METODOLOGÍA

Para recolectar la información secundaria de tipo documental contenida en los convenios internacionales ratificados por Colombia, y en la normatividad y la jurisprudencia vigentes al momento del análisis, se utilizó como instrumento la ficha bibliográfica. Luego, para obtener la respuesta al interrogante, se hizo un análisis de tipo hermenéutico, tanto a los convenios como a la normatividad, al tiempo que para el análisis de la jurisprudencia fueron tomadas las providencias proferidas por la Corte Constitucional en el período comprendido entre los años 1992 y 2010, con el propósito de seleccionar aquellas referidas al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

Una vez seleccionada la masa decisional relacionada con el problema abordado, se procedió a identificar, junto con la *sentencia fundadora de la línea*, correspondiente a los “fallos usualmente proferidos en el período inicial de actividad de la Corte” (López Medina, 2006, p.147), aquellas que por su peso estructural fundamental podían ser escogidas como *sentencias hito* o sentencias destacadas.

Entre estas últimas se encontraban las *sentencias consolidadoras de la línea*, las *sentencias modificadoras de la misma* o de cambio de jurisprudencia, y las *sentencias reconceptualizadoras*, con lo que se pudo llegar a la *sentencia principal o dominante*, contentiva de los criterios vigentes y prevalentes utilizados por el Tribunal Constitucional para la solución del conflicto de intereses o problema jurídico definido.

RESULTADOS:

1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

De acuerdo con el concepto de *bloque de constitucionalidad* -término acuñado por la Corte Constitucional a partir de 1995 -la Constitución Política colombiana no se encuentra integrada solamente por el articulado que compone su texto, sino por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo, al igual que por algunos instrumentos internacionales, que comparten con ella la supremacía normativa en el orden interno (Corte Constitucional, 2003, C-067).

En tal sentido se manifestó dicha entidad al precisar el alcance de esta concepción:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. (Corte Constitucional, 1995, C-225).

Para hacer más explícita la noción anotada, la Corte Constitucional determinó dos sentidos delimitadores de su alcance: uno amplio, que denominó *lato sensu*, y otro restringido, o *strictu sensu*. Según este último, el concepto se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que reducen su contenido al articulado de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales sobre derechos humanos que no puedan ser limitados durante los estados de excepción, como claramente lo prevé el artículo 93 de la Carta Política de 1991; el primer sentido, en cambio, incluye no sólo las normas que componen la Constitución y los instrumentos internacionales mencionados, sino también las leyes orgánicas y, en ocasiones, las leyes estatutarias (Corte Constitucional, 1998, C-191).

“...integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutableidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución”. (Corte Constitucional, 1999, C-582).

La jurisprudencia constitucional indicó también que: “*Los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias*” (*Ibidem*, 1999, C-582), con lo cual creó, a su vez, tácitamente, dos jerarquías de tratados: los integrantes del bloque de constitucionalidad y los que no hacen parte del mismo y que bien podrían denominarse “comunes”.

1.1 LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

Los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños son convenios sobre derechos humanos y, por esto, integrantes del bloque de constitucionalidad. Esto los ubica en un plano superior al de las leyes internas de Colombia, conformando las disposiciones constitucionales y, por ende, determinando la interpretación, desarrollo y aplicación de tales leyes. Así las cosas, la vigencia de estos instrumentos internacionales, que compromete a los Estados en la protección integral de los niños y los obliga a adoptar medidas eficaces para garantizar su efectividad, hace que rijan en Colombia como parte de los principios constitucionales que la componen.

Entre los instrumentos internacionales de mayor relevancia en el reconocimiento y protección de los derechos de las niñas y de los niños, cabe destacar:

- *La Declaración de los Derechos del Niño*, proclamada por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, que recogió los principios contenidos en la declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, acogida por la *Sociedad de las Naciones* en 1924.
- *La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

- *La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*, hecha en Montevideo, el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Ratificada mediante la Ley 449 de 1998.
- *La Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49. Hasta el momento puede ser considerado como el tratado de derechos humanos más ratificado, pues incluye todos los países, con la sola excepción de Somalia y Estados Unidos, abarcando en esta forma más del 95 por ciento de los niños del planeta. Fue aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y entró en vigor en este país el 27 de febrero de 1991. Con el Decreto 0094 de 1992 fueron promulgadas la convención de los derechos del niño y la reserva formulada por Colombia respecto de su artículo 38, numerales 2o y 3o.
- *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*, Asamblea General, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002. Aprobado con la Ley 765 de 2002.
- *El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, Asamblea General, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Aprobado con la Ley 833 de 2003.

Relacionados directamente con la presente investigación que generó este resultado, se encuentran:

- *El Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. Ratificado mediante la Ley 173 de 1994.
- *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*. Aprobada inicialmente a través de la Ley 620 de 2000, declarada inexecutable por vicios de trámite (Corte Constitucional, 2001 C-951), fue finalmente ratificada mediante la Ley 880 de 2004.
- *La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, hecha en México, D. F., el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Aprobada mediante la Ley 470 de 1998.

Con el *convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, los Estados contratantes adquieren, a través de las autoridades centrales dispuestas en el mismo, la condición de defensores del interés del menor cuando ha sido sustraído de su residencia habitual, o retenido injustificadamente por uno de sus padres u otro pariente, fenómeno que se ha identificado, en todos los ámbitos espaciales, como “*Sustracción Interparental de Menores*”, *SIM*.

La *Convención Internacional sobre Derechos de Niño* de 1989 protege las relaciones familiares (*Asamblea General de las Naciones Unidas*, 1989, art. 8º), lo que contiene: el derecho a no ser separado de sus padres (ibídem, art 9º), el derecho de visitas (ibídem, art 10º), el derecho a no ser trasladado ilícitamente al extranjero (ibídem, art 1), la obligación, común para ambos padres, de atender a la crianza y adecuado desarrollo del menor (ibídem, art 18º), y el derecho de protección y asistencia estatal (ibídem, art 20º), entre otros.

Cuando uno de los padres, o un pariente cercano, sustrae al menor de lugar donde tiene establecida su residencia habitual, trasladándolo a otro país, vulnera flagrantemente los derechos del niño internacionalmente reconocidos en dicha convención, generando la necesidad de la intervención estatal para restablecerlos. Una de las conclusiones de esta investigación permitió establecer que la sustracción puede corresponder a dos formas de ejecución dependiendo de la persona que realice la acción:

- Por el padre que detenta el derecho de visitas, para privar al otro padre de la custodia y cuidado personal del menor.
- Por el padre que tiene la custodia para negarle las visitas a quien ostenta tal derecho.

En ambos casos, independientemente de las motivaciones o finalidades que se proponga el ejecutor de tal conducta, el verdadero afectado con la acción realizada por el padre, es el niño.

1.2 EFECTOS SOBRE LOS MENORES DE LA SUSTRACCIÓN INTERPARENTAL, A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El análisis de las consecuencias derivadas de la conducta mencionada sobre un menor de edad, ejecutada corrientemente por uno de sus progenitores, ha permitido delimitar tres efectos reprochables que actúan directamente sobre el menor que es víctima de tal acción:

COSIFICA AL NIÑO

La SIM reduce al niño o a la niña a la condición de ser una *cosa*. Los padres que actúan arbitrariamente con sus hijos, manipulándolos como objetos, consideran a los mismos como una propiedad de la que pueden disponer libremente, desconociendo con ello la declaración que expresamente proclama *la dignidad humana fundamental del niño como persona*.

La *Convención sobre los Derechos del Niño* declaró que las niñas y los niños son titulares de sus derechos, lo que los convierte en protagonistas participantes de su propio desarrollo, y no en mera cosas u objetos de la propiedad de quienes les dieron la vida, y que creen que lo que les dan es una simple manifestación de su caridad.

INSTRUMENTALIZA AL NIÑO

Cuando uno de los padres utiliza al menor como un arma o un medio para vengarse del otro, o para castigarlo, lo que hace es convertir al niño en instrumento de tan mezquinos fines. La acción del padre que así actúa no toma en consideración al niño, no le importan las consecuencias que para el niño pueda tener su criticable acción, sólo le interesa causar daño al otro, y, para eso, el bienestar del instrumento es lo de menos.

TRAUMATIZA AL NIÑO

Es el efecto más grave. El niño se ve enfrentado a una situación inexplicable y ambivalente de cuyo desarrollo no es más que un espectador, pero de cuyos efectos nocivos es el primer destinatario, sufriendo traumas que habrán de reflejarse en toda su vida adulta.

El menor se convierte en víctima del *SAP* o *síndrome de alienación parental*, que destruye el equilibrio emocional y produce la exclusión de una de las figuras parentales (Steffen, 2006). *“La alienación parental es un proceso que consiste en programar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. Cuando el síndrome es presente, el hijo da su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienado”* (Podevyn, 2010).

1.3 LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Un principio rector de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de fundamental importancia para este estudio, es el del *interés superior del niño*, consagrado en el artículo 3° (*Asamblea General de las Naciones Unidas*, 1989) que indica: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (...)”.

De acuerdo con la concepción del interés superior del niño, no puede haber un beneficio que trascienda o desconozca la vigencia efectiva de los derechos de la infancia. Ni el interés de los padres, ni de ninguna otra persona, ni el de la sociedad y ni aún el del Estado, pueden ser de mayor entidad cuando se toman decisiones que afectan a los menores. No se trata de un interés excluyente ni absoluto: es un interés prioritario que convierte en prevalentes todos los derechos de los menores cuando entran en conflicto.

Cuando se sustrae a un menor de su hogar, trasladándolo de su lugar de residencia habitual, o cuando se le impiden las visitas de uno de sus padres, se desconoce injustificadamente ese interés superior del niño y se vulnera su dignidad de persona humana.

En Colombia, los derechos del niño son reconocidos en el artículo 44 de la *carta política* al indicar qué:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

2. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

Cuando un padre separa a su hijo del otro padre, impidiendo el ejercicio de los derechos de custodia o de visitas, está violando principalmente el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella. Se coincide con pronunciamientos de la Corte Constitucional, que afirman

que es necesario tener este derecho para que existan los demás que del mismo se derivan (Corte Constitucional, 2006, T-466). Dichos derechos no solamente aparecen plasmados en convenios y tratados internacionales, en la Constitución Política de Colombia y en el Código del Menor, sino también en la jurisprudencia colombiana desarrollada por la Corte Constitucional en la línea jurisprudencial que para esta investigación se ha decidido denominar: *“Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella”*.

Los derechos a la unidad familiar, a las visitas, a la estabilidad del ambiente físico y familiar, al cuidado familiar, y a la convivencia y acercamiento con la familia, son apenas unos pocos de los que se analizarán con base en la sentencia T-523 de 1992, fundadora de la línea jurisprudencial dentro de la estructura citacional respectiva, con el fin de determinar la obligatoriedad de las mismas para su aplicación.

El artículo 44 de la Constitución Nacional establece el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, derecho que es reiterado por el artículo 6° del Código del Menor. Sin embargo, frente a la falta de mecanismos legales para la protección pronta de este derecho, los afectados se han visto compelidos a iniciar acciones de tutela encaminadas a proteger el *derecho de doble vía* (Corte Constitucional, 1993, T-290), o sea el de padres e hijos a tener una familia.

2.1 PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO

La sentencia de tutela número 887 de 2009, con la que se abre el desarrollo de la línea jurisprudencial planteada, deja claro que el hecho de tener una familia es importante para el desarrollo integral de la infancia, y que uno de los elementos que contribuyen a ello son los lazos de amor que se forman entre sus integrantes, además de reiterar que el derecho a tener una familia es eminentemente de rango constitucional:

“La previsión contenida en el artículo 44 respecto de la necesidad de proteger el derecho de la niñez a tener una familia y no ser separada de la misma, se ve así complementada y reforzada por las normas establecidas en la Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño. Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”.

2.2 SENTENCIA FUNDADORA DE LA LÍNEA

La primera sentencia de la Corte Constitucional en referirse a este tema fue la T-523 de 1992. En ella se definen tres conceptos fundamentales:

- La unidad familiar que no existe solamente cuando los cónyuges viven unidos, sino también cuando existe régimen de separación: *“La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole... Dentro del contexto de la Constitución vigente, los progenitores tienen, pues, el deber ineludible de ofrecer a su prole un ambiente de unidad familiar que permita y favorezca el desarrollo integral y armónico de su personalidad”*.

- El ambiente de la unidad familiar debe permanecer con respecto a los hijos en caso de una ruptura de la pareja; el derecho a tener una familia depende directamente de la unidad familiar que los padres deben estar obligados a conservar.
- El derecho a sostener comunicación con los hijos en caso de una separación y cuando se le ha adjudicado la custodia a uno solo de los padres:

“El derecho a mantener comunicación con los hijos se manifiesta especialmente en el derecho de visitas. El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro -o a ambos, en el segundo caso- del derecho de mantener comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Tal derecho consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor”.

2.3 SENTENCIA HITO

La sentencia T-290 de 1993, ya citada, tiene como rasgo fundamental el de definir el “*Derecho inalienable y mutuo a las relaciones personales entre padres e hijos*” como un derecho natural, al decir:

“De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores.

Considera la Corte que todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos. A juicio de esta Corporación, el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores así como el que crea entre ellos barreras y distancias -físicas o morales- obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune ante el Derecho”.

Los padres no pueden violentar los derechos de sus hijos por sus conflictos como pareja, deben respetar sus derechos.

Con estos argumentos y con la consagración en el *derecho internacional privado*, se tuvo en cuenta la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que entre su artículo 9º y 10º establece:

"Artículo 9:

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto

de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

El apartado 3 del anterior artículo, dispone:

"Los Estados Partes respetarán 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".

"Artículo 10:

1.De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él, a los efectos de la reunión de la familia, será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

2.El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país...".

La Corte calificó de fundamental este *derecho inalienable y mutuo a las relaciones personales entre padres e hijos* con base en el *bloque de constitucionalidad*, ya que la propia Constitución no le otorga tal categoría a pesar de estar inmerso en el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, consagrado en el artículo 44. Este es un derecho tanto de los hijos como de los padres; es de "doble vía" y ninguno de los dos padres puede obstaculizar su ejercicio a no ser que sea por defender el interés superior del niño.

También se consideró una consecuencia que aparece cuando ha habido ruptura de la pareja, y es el hecho de que uno de los progenitores influya en el menor para que su comportamiento cambie con su otro padre. Si esta situación es aprovechada por uno de ellos en una visita, ¿qué se puede esperar del padre que tiene la custodia del menor y que lo único que quiere es instrumentalizar al menor?, como quedó mencionado, para poder "vengarse" del otro padre. Porque cuando a los menores se les pregunta sobre el otro progenitor, en la mayoría de los casos lo rechazan porque se les ha desdibujado la figura paterna o materna, según el caso.

El artículo 31 del Código del Menor, en el numeral 7º, indicaba que un menor se encontraba en situación de abandono o de peligro:

(...)

7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos.

(...)

Parágrafo 2°. Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación, vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualesquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores. (Congreso Nacional, 2006, Ley 1098)¹.

2.4 NICHO CITACIONAL

2.4.1 SENTENCIA T-500 DE 1993:

Nuevamente hace referencia a los derechos mencionados en las anteriores sentencias, pero presenta cómo el hecho de que un padre impida el contacto con el otro padre, “instrumentaliza” al niño. En términos de la Corte:

A pesar de la separación, el niño conserva el derecho fundamental a tener su familia, y son los padres quienes están obligados a brindar y poner en funcionamiento todos los mecanismos que tengan a su alcance para lograr dicho objetivo. Por desgracia, al momento de la separación, olvidan sus responsabilidades y toman a sus hijos como instrumento de manipulación y destrucción recíproca, olvidando que perjudican al menor.

2.4.2 SENTENCIA T-278 DE 1994:

Contiene una relación de los derechos violados cuando se impide a los niños el contacto con uno de sus padres, como son: la unidad familiar, la existencia y conservación de la relación armónica con los padres, la estabilidad del ambiente físico y familiar, el cuidado familiar, el derecho a identificar los espacios, objetos y personas con quienes interactúa y, finalmente, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. El padre que *ejerce la custodia* no tiene derecho a negar la comunicación entre el otro padre y su hijo. Cuando hay una separación de la pareja los niños necesitan un mayor apoyo, contacto y amor de aquel padre que sólo ejerce el derecho de visitas, las cuales son de vital importancia para evitar el rompimiento intempestivo de la relación paterno filial

Ninguno de los padres puede tomarse el derecho a decidir si su hijo puede o no ver a su otro padre; al contrario, es un deber que debe procurar una vez se da la separación.

También estableció el beneficio que le produce al menor el contacto con su madre, y la importancia de la estabilidad de un ambiente físico y familiar para el niño:

“Con ella, el niño aprende a querer y a relacionarse con los demás. La falta de una relación fuerte y afectuosa en la infancia puede poner en peligro los impulsos iniciales de curiosidad intelectual y propiciar la presencia de problemas sociales y afectivos posteriores.

Por ello, la estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos.

1. Decreto 2737 de 1989. Artículo derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006, que comenzó a regir el 8 de mayo de 2007.

El niño se siente seguro porque sabe que depende de su ambiente, porque confía en las respuestas coherentes y consistentes de la madre o la persona que lo cuida, le permiten sentirse libre de explorar su medio ambiente al saber que tiene una base segura en el ambiente familiar. Por tanto, a un niño menor de edad no le conviene emocionalmente que le cambien o modifiquen constantemente el ambiente, ni las personas que lo cuidan. El niño requiere identificar con claridad los espacios, objetos y personas con quienes interactúa para poder establecer relaciones claras y seguras".

2.5.3. SENTENCIA T -182 DE 1996:

A más de reiterar el derecho del niño a tener una familia, tiene en cuenta otros derechos como el cuidado y el amor hacia el mismo, para que pueda tener un crecimiento integral. Así los intereses privados de los padres no puede ir en contravía del interés superior del niño, ya que el solo hecho de la separación es: “ya de por sí, bastante difícil para el menor”; al contrario, deben procurar la convivencia y el acercamiento con su familia.

2.5.4 SENTENCIA SU- 195 DE 1998:

El estado de indefensión en el que se puede ver envuelto uno de los padres frente al otro, cuando no se le permite el contacto con su hijo, es una forma de violación de sus derechos, y es lo que ha llevado en la mayoría de los casos a utilizar la *acción de tutela* como medio expedito para obtener una solución, aunque sea de manera transitoria. Su consecuencia es la privación al niño de “disfrutar del cuidado y del amor que sólo su madre puede suministrarle por el simple hecho de ser su madre y que nuestra *carta política* expresamente erigió en la categoría del derecho fundamental de los niños”.

La tutela no es el medio más adecuado para definir este derecho en cabeza de los niños: “Sin lugar a ningún género de dudas, la separación forzada de un niño de su madre, es un daño irremediable no susceptible de reparación a través de ningún medio jurídico. ¿Cómo reemplazar el tiempo perdido de convivencia con el amor materno?”.

2.5.5 SENTENCIA T-049 DE 1999:

Aún más importante esta sentencia por la definición de las consecuencias que trae para el niño el ser separado de su familia. Entre muchas otras, prevalecen la significación de violencia para el mismo, crisis, peligro, desestabilización y la reclamación constante o regular de la presencia de sus padres.

2.5.6 SENTENCIA T- 466 DE 2006:

Esta sentencia consagra la necesidad de preservar el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, derecho que cuenta con una serie de garantías constitucionales adicionales que refuerzan la necesidad de preservarlo en todo caso, a saber:

“...la consagración de la familia como la institución básica de la sociedad, digna por ende del amparo estatal (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas -incluidos los niños- en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.).

El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos

constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de este para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta”.

Dicha sentencia expone, como ya se había anunciado, otros derechos que surgen del primero, y que son violados por los padres en el momento de impedir el derecho de visita o de custodia de sus hijos.

CONCLUSIONES

Con la sustracción interparental de menores se violan los derechos a tener una familia, a no ser separados de ella, al cuidado, al amor, a la convivencia y acercamiento con la familia, a la unidad familiar, a tener comunicación con sus padres, el derecho inalienable y mutuo a las relaciones personales entre padres e hijos, a la existencia y conservación de la relación armónica con los padres, a la estabilidad del ambiente físico y familiar, al cuidado familiar, y el derecho a identificar los espacios, objetos y personas con quienes interactúa. Por tanto, esta violación no puede ser desconocida por los Estados de origen y de destino, los cuales están convencional y solidariamente obligados a intervenir para restablecer los derechos quebrantados: de lo contrario, se podría generar una responsabilidad internacional del que ha sido negligente, por violación a los tratados de derechos humanos, cuando omite, retarda o abandona el cumplimiento de tal obligación.

En cuanto a las políticas públicas de prevención de la SIM deben encaminarse, en primer término, a crear conciencia entre la sociedad de la *condición de persona humana* que caracteriza a las niñas y a los niños. Ellos no son objetos apropiables ni de libre disposición de los padres y, por esto, no pueden utilizarlos para sus fines personales, a costa de su normal desarrollo, comprometiendo desfavorablemente sus vidas futuras. Si no se previene y trata adecuada y oportunamente la sustracción interparental de menores: ¿Cómo reemplazar el tiempo perdido de convivencia en el amor de los padres?

Frente a las expectativas de solución de la *Sustracción Interparental de Menores*, la acción de tutela no es un mecanismo definitivo de respuesta para este problema, ya que a ella solamente se puede acudir para evitar un perjuicio irremediable o ante la ausencia de otras vías legales de resolución del conflicto. Sin embargo, los jueces deben aplicar los precedentes jurisprudenciales producidos por vía de tutela, con el fin de hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los padres y los hijos, en las situaciones particulares anteriormente mencionadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia mediante Ley 12 de 1991.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Proclamada el 10 de diciembre de 1948.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de los Derechos del Niño*. Proclamada en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.
- CONGRESO NACIONAL *Constitución Política*. Gaceta Constitucional No. 116. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional, 1991.
- CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-523 de 1992*. Magistrado ponente: Ciro Angarita

Barón

- _____ . *Sentencia T- 290 de 1993*. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- _____ . *Sentencia T-500 de 1993*. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- _____ . *Sentencia T-278 de 1994*. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- _____ . *Sentencia C-225 de 1995*. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- _____ . *Sentencia T-182 de 1996*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- _____ . *Sentencia C-191 de 1998*. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____ . *Sentencia SU-195 de 1998*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____ . *Sentencia T-049 de 1999*. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- _____ . *Sentencia C-582 de 1999*. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- _____ . *Sentencia C-951 de 2001*. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . *Sentencia C-067 de 2003*. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____ . *Sentencia T-466 de 2006*. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá: 2006.
- PODEVYN, François. *Síndrome de alienación parental (SAP)*. <http://www.anasap.org/salud-mental/el-sindrome-de-alienacion-parental-pas-por-francois-podevyn/> Extraído el 13 de agosto de 2010.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Decreto 2737 de 1989*. Diario Oficial No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989.
- STEFFEN CÁCERES, María Guisella. *Secuestro Parental de Menores (febrero, 2006)*. <http://orientacionfamiliar.tripod.com/secuestroparental.htm>. Extraído el 10 de agosto de 2010.

