

Sentencia SU180/22

DERECHO A LA NACIONALIDAD, A LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y A LA IDENTIDAD DE MENORES DE EDAD MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y/O SEPARADOS DE SU FAMILIA-Regla de unificación con efectos inter comunis

Todas las autoridades de la República de Colombia, sin excepción alguna, al valorar, tramitar y decidir sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes que (i) se encuentren permanentemente en territorio colombiano, (ii) se identifiquen como migrantes venezolanos no acompañados, y (iii) se encuentren en situación abandono probado, sin posibilidad de ubicarlos con su núcleo familiar, están obligadas a aplicar los mandatos de protección y cuidado previstos en el artículo 44 de la Constitución, en especial, dar prevalencia al interés superior del niño y ejecutar, con la mayor diligencia, las acciones que sean necesarias para materializar la garantía y protección de sus derechos. Esto, sin distinción alguna e, independientemente, de la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional, étnico o social, o cualquier otra característica o condición del niño, niña o adolescente o de sus padres.

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Vulneración al no conceder la nacionalidad colombiana por adopción a menor de edad migrante no acompañado y separado de su familia

(...) el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho a tener una familia, así como los demás derechos que dependen directamente de ese (vida digna, protección integral, al

cuidado y al amor), así como el derecho a la personalidad jurídica de JDAG porque (i) al decidir sobre la solicitud presentada por la Defensora de Familia para que al niño le fuera concedida la nacionalidad por adopción, desconoció los principios del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos fundamentales, lo cual exigía no sólo una especial, sino urgente respuesta por parte del Estado colombiano, por lo que, (ii) terminó dándole prevalencia a la aplicación de unos requisitos legales que (a) el parágrafo del artículo 9 de esa misma Ley 43 de 1993 permite al Ministerio de Relaciones Exteriores no exigir, en casos excepcionales, y que, en cualquier caso, (b) resultaban evidentemente contrarios a la Constitución.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Alcance/CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Interés superior

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Deber del Estado

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES-Sujetos de especial protección en el derecho internacional

(...), en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el corpus juris internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes —que se compone y nutre de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales—, son fuente de obligaciones para el Estado colombiano en torno a los derechos de los niños. Dentro de esas obligaciones que vinculan al Estado se encuentran las de (i) respetar y garantizar los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (ii) brindarles protección especial, conforme a sus particulares condiciones de vulnerabilidad (artículo 19 ibidem), (iii) adoptar las disposiciones de derecho interno que fueren necesarias y adecuadas para dar efectividad a ese deber de protección especial (artículo 2 ibidem); y (iv) adoptar medidas especiales, adecuadas e idóneas para proteger a los niños, niñas y

adolescentes que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, porque, por ejemplo, fueron abandonados por sus familiares (artículos 2 y 19 ibidem).

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS Y/O SEPARADOS DE SU FAMILIA- Concepto

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y/O SEPARADOS DE SU FAMILIA-Obligaciones del Estado

(...), el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 6, señaló que los Estados están obligados a proteger y garantizar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados que se encuentren dentro de su territorio para lo cual, debe expedir leyes y crear las estructuras administrativas necesarias. Además, en los casos de niños no acompañados o separados el Estado debe buscar una solución duradera lo cual debe comenzar con (i) la búsqueda de la reunificación familiar. Sin embargo, en los casos en que ello no es posible o no esté conforme a la protección de los derechos de la niña, niño o adolescente, la solución duradera puede ser (ii) la integración del niño al país de acogida, (iii) la adopción internacional, o (iv) el reasentamiento del niño en un tercer país, en los casos en que ello contribuye a la reunión familiar, o constituye el único medio para protegerlo de manera efectiva y duradera. Al adoptar cualquiera de estas medidas el Estado debe respetar los principios de no discriminación, del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y de no devolución. Ahora bien, mientras se adopta alguna de estas soluciones permanentes el Estado debe brindarles atención y protección especial a los niños, lo cual implica solucionar lo relativo a su alojamiento.

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR- Protección y prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deber de familia, sociedad y Estado de brindarles asistencia y protección

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Estándar de protección reforzada

(...), la jurisprudencia constitucional en aplicación del mandato de protección especial de las niñas, niños y adolescentes reiteradamente los ha reconocido como sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual significa que “la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna”.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION DE LOS NIÑOS-Reconocimiento/PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL

Esa protección especial, exige del Estado, entre otros: (i) guiar sus actuaciones y tomar decisiones dando prevalencia a sus derechos y en atención a las exigencias que, en cada caso, demanda el interés superior del niño, para lo cual debe evaluar las condiciones fácticas y jurídicas específicas; (ii) identificar a los grupos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones especiales de vulnerabilidad, para implementar medidas que les ayuden a superar las barreras estructurales que les impiden disfrutar plenamente de sus derechos; y, (iii) tomar todas las medidas que sean necesarias para proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los casos en los que la familia no tiene las capacidades o se rehúsa a hacerlo, pues estos deben protegidos, en todos los casos, del abandono físico y emocional.

CRISIS HUMANITARIA POR LA MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Contexto

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y/O SEPARADOS DE SU FAMILIA-Contexto de la migración masiva de población proveniente de Venezuela

MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Acciones del Estado Colombiano para enfrentar crisis humanitaria

DERECHO A LA NACIONALIDAD-Concepto/NACIONALIDAD-Alcance/DERECHO A LA NACIONALIDAD-Reiteración de jurisprudencia

APATRIDIA-Relación con el concepto de nacionalidad

CONVENCION PARA REDUCIR LOS CASOS DE APATRIDIA-Apatridia de niños y niñas

(...), en el ámbito del Derecho Internacional se han establecido algunos parámetros y elementos fundamentales para comprender el alcance y protección de la nacionalidad, como un derecho fundamental, así como de los derechos conexos a él y los graves efectos derivados de la apatridia, en especial para los niños, niñas y adolescentes.

NACIONALIDAD COLOMBIANA-Requisitos y normatividad

NACIONALIDAD POR NACIMIENTO-Régimen especial y excepcional

NACIONALIDAD POR NACIMIENTO-Concepto y alcance del domicilio para adquirir la nacionalidad por nacimiento, cuando ambos padres son extranjeros

NACIONALIDAD COLOMBIANA POR ADOPCION-Requisitos

NACIONALIDAD COLOMBIANA POR ADOPCION DE LATINO CARIBE AMERICANOS-Requisitos

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Trámite y reglas para la protección de los derechos del menor

PROCESO DE ADOPCION-Debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del niño, niña o adolescente

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Declaratoria de adoptabilidad tiene naturaleza extraordinaria y excepcional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN LA ADOPCION-Jurisprudencia constitucional

(i) Tanto las normas internacionales y domésticas protegen y privilegian de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del niño o niña, pues parten del supuesto de que su desarrollo armónico e integral depende de que crezcan en un ambiente de amor, afecto y solidaridad moral y material. Sin embargo, en los casos en que un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres o porque los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro, o por otras causas, es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos, su cuidado y su protección; (ii) La adopción se configura como una medida de restablecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes que procede en los casos en los que los padres biológicos o su familia cercana no están en la posibilidad de garantizar y proteger sus derechos, y que tiene el fin de reintegrarlos, de forma permanente, en un nuevo núcleo familiar. Así pues, la adopción es una institución fundamental para hacer efectivo el derecho de los niños y niñas a tener una familia. Esta inicia con la declaratoria de adoptabilidad, la cual produce la terminación de la patria potestad y debe ser inscrita en el registro civil del niño; y, (iii) La adopción es una medida de protección de ultima ratio que, por ser excepcional, procede únicamente en los eventos en los que se constata la imposibilidad de que las niñas, niños y adolescentes permanezcan en su núcleo familiar biológico, incluida la familia extensa. Por tanto, en virtud de las obligaciones de cuidado y protección encomendadas al Estado, en esos casos excepcionales, este puede tomar la decisión de separar al niño de su núcleo familiar cuando este no puede garantizar sus derechos, en especial, a tener una familia.

PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN EN CONTEXTO MIGRATORIO-Requisitos

(i) que la adopción no se efectúe durante o justo después de una emergencia; (ii) que, primero, se agoten todos los esfuerzos para reunir al niño, niña o adolescente con su familia, y, en cualquier caso; (iii) que se haya constatado que la reunión familiar es el medio idóneo para mejor proteger y garantizar los derechos del niño.

DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y SEPARADOS DE SU FAMILIA-Exige implementar medidas afirmativas

(...) el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho a la igualdad y a la no discriminación del niño JDAG porque al decidir sobre la solicitud presentada por la Defensora de Familia para que al niño le fuera concedida la nacionalidad por adopción, (i) mantuvo las barreras existentes que han impedido restablecer sus derechos, por lo que reforzó la situación de discriminación en la que se encuentra; (ii) no tomó ni una sola medida afirmativa, idónea para iniciar la búsqueda de una protección definitiva a sus derechos, e (iii) reforzó el trato diferente que injustificadamente el ordenamiento jurídico le da al niño.

Expediente: T-8.292.286

Acción de tutela presentada por la Defensora de Familia, Marisol Niño Cendales, en representación del niño JDAG, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República

Magistrado Ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241.9 de la Constitución Política, los artículos 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, Sala de Decisión Penal, dentro de la solicitud de amparo interpuesta el 11 de marzo de 2021, por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familia Marisol Niño Cendales, en calidad de representante del niño JDAG, en la que solicitó la protección del derecho fundamental de petición y el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna, a la protección integral, a la integridad, a la igualdad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a una nacionalidad no solo formal sino material y a la prevalencia de los derechos del niño que representa, presuntamente conculcados por la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, al no responder y solucionar la problemática por ella presentada, en torno a la solicitud de la nacionalidad colombiana por adopción de su representado.

Así, la acción de tutela presentada en el marco del expediente de la referencia tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de un niño. De conformidad con el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, en aras de proteger la intimidad, la privacidad y el ejercicio pleno y prevalente del niño, se emitirán dos copias de este fallo. En uno de ellos, que corresponderá a la versión que será de público conocimiento, se sustituirán los datos que permitan la identificación de las personas involucradas en esta controversia.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos probados

1. El 26 de noviembre de 2019, la señora SGAG acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, con la finalidad de poner en conocimiento la situación del niño JDAG, quien para ese momento tenía 3 años.

2. La señora SGAG informó al ICBF que el niño JDAG es hijo de la señora JJAG, a quien conoció hacía más de un año y medio en un bar ubicado en la localidad de Fontibón en la ciudad de Bogotá D.C., en el que ambas, para ese momento, se desempeñaban como trabajadoras sexuales. Preciso que los dos tienen nacionalidad venezolana y se encuentran en situación irregular.

3. Asimismo, señaló que la mamá del niño, estando en Colombia, empezó “una relación con hombre venezolano, qued[ó] en embarazo y se devolv[ió] a Venezuela”. Luego, “a los 8 meses de gestación [regresó a] Colombia y tra[jo] a su hijo JDAG, se lo entreg[ó] al progenitor y él lo [tuvo] por un tiempo viviendo ‘detrás de Monserrate’ y luego se lo llev[ó] a Medellín.” Posteriormente, al parecer, ella quedó de nuevo en embarazo y “la progenitora tiene a la bebé y busca al niño en Medellín, lo trae a Bogotá y se lo entrega a la señora SGAG para que lo cuide (...).”

4. Por otra parte, la señora SGAG informó al ICBF, Centro Zonal de Fontibón, que tuvo bajo su protección a JDAG por un poco más de un mes, dado que la madre le había pedido el favor de que se lo cuidara mientras ella salía a trabajar. Sin embargo, ella jamás regresó por su hijo. Agregó que fue a buscar a JJAG al bar en el que se conocieron para entregarle al niño, “pero

las muchachas [le dijeron] que lleva más de un mes sin ir, ella estaba viviendo en el bar y por eso me dijo que le cuidara el niño y porque al parecer no tenía con quien más dejarlo”. Asimismo, indicó que la madre “sólo le [escribió] algunas veces a través de Messenger que [recogería] al niño, pero nunca [fue]”.

5. Ese mismo 26 de noviembre de 2019, la profesional en psicología forense “con experiencia laboral en el área de restablecimiento de derechos en centros zonales de ICBF desde el año 2011” realizó valoración psicológica de verificación de derechos del niño. De esta actuación se logró advertir que el niño tiene una hermana menor nacida en Colombia -aspecto que coincide con la declaración rendida por SGAG, quien indicó la existencia de otra hija de JJAG “que debe tener como 7 meses, pero tampoco sé con quien la tiene”.

6. Al respecto, la señora SGAG, al dar su declaración para el informe de valoración socio familiar de verificación de derechos, señaló que conoció a la madre del niño, JJAG, cuando se encontraba en embarazo de un segundo hijo -hermanita de JDAG-, y que, mientras se hospedaba en su casa dio a luz a la niña. Sin embargo, JJAG “desaparec[ió] durante unos días y cuando se reencuentran ya no tenía a la niña y le informó que la había dejado al cuidado de una hermana; sin embargo, escucharon rumores que presuntamente el ICBF tenía la niña bajo medida de protección”, aunque “desconoce los nombres exactos”.

7. Igualmente, dicho informe reveló que su madre para ese momento era una “trabajadora sexual” y que el nombre del padre del niño se desconoce; tan solo se sabe que lo llaman “Chito”, que aparentemente “reside en Medellín y es consumidor”. Finalmente, de acuerdo con el Código de Infancia y Adolescencia la valoración concluyó que existía vulneración/amenaza en cuanto a: derecho a la formación para el ejercicio responsable de los derechos; derecho al desarrollo integral en la primera infancia, niñez y adolescencia; derecho a gozar de una calidad de vida plena y a que le proporcionen condiciones necesarias para la inclusión social y familiar; derecho a la protección contra el abandono físico, emocional o psicoafectivo; derecho a la custodia y cuidado personal; derecho a tener una familia y no ser

separado de ella; derecho a la integridad personal; y, derecho a la identidad. Así mismo, concluyó que “Teniendo en cuenta la verificación de garantía de derechos, se identifica que el niño cuenta con todos sus derechos en vulneración, por lo que se puede indicar la necesidad de apertura PARD [Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos] y de ubicar al niño bajo medida de protección; teniendo en cuenta que carece de representantes legales, además la persona que lo estaba cuidando no es familiar y no puede continuar haciéndose cargo de él. // Se sugiere a cuidadora intentar buscar algún documento o dato que pueda dar cuenta de la existencia de algún familiar del niño.”

8. Por otro lado, según lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018, el mismo 26 de noviembre de 2019, se realizó la valoración socio familiar de verificación de derechos; verificación de derechos alimentación, nutrición y vacunación; redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía del niño por parte de la Trabajadora Social del ICBF – Centro Zonal de Fontibón-, en el cual se evidenció que la madre del niño acudió en búsqueda de la colaboración de su amiga SGAG, por cuanto “viajó a Medellín y evidenció que el niño estaba en muy malas condiciones, ya que el progenitor es consumidor de SPA y ejercía mendicidad con [el] y con sus otros hijos”.

9. Además, subrayó que “la señora [JJAG] llega a Colombia hace un año y medio proveniente de Venezuela, desde su llegada ha ejercido la prostitución de allí que no tenga un lugar de residencia estable ni un lugar en donde contactarla”. Más adelante, puntualizó que el niño carece de representante legal, no cuenta con documentos de identificación originales como venezolano, se encuentra en situación irregular y no existen redes de apoyo activas; por lo tanto, reitera la importancia de iniciar el Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos, así como “su ubicación en IAPA para dar continuidad al proceso”.

10. Ante el grado de vulneración de los derechos del niño, quien no contaba para ese momento con documento de identidad, ni representantes legales, ese mismo 26 de noviembre de 2019, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Fontibón, Diana Marcela

Rincón, ordenó la apertura del Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos en favor del niño JDAG, y entre otras determinaciones, decidió: “Adoptar como medida provisional de restablecimiento de derecho a favor del NNA JDAG la ubicación en medio institucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53, numeral 4, del Código de la Infancia y de la Adolescencia”. Una vez ubicado el niño en medio institucional, se ordenó el traslado de la historia de atención al Centro Especializado “Revivir” para continuar con el trámite a su favor.

11. El 13 de diciembre de 2019, el Defensor de Familia, Jesús Ricardo Nieto Wilches, asumió el conocimiento del caso y la representación del niño y en tal virtud inició el trámite administrativo señalado en los artículos 50 y siguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, con el fin de restablecer sus derechos, al tiempo que fue ubicado en un hogar sustituto transitorio, creado entre otros, por la emergencia del COVID 19.

12. El 17 de diciembre de 2019, JJAG, en calidad de madre del niño, y en compañía de la abuela materna, se presentó en el ICBF – Centro Zonal de Fontibón y manifestó que “a principios del año trajo al niño para Colombia, indicando que mientras estuvo en Venezuela el niño vivió con la abuela paterna y con un tía de la progenitora, considerando que no lo estaban cuidando bien, por lo que lo trajo a Bogotá al barrio los Laches alrededor de 8 meses, luego se fue con el papá un mes para Medellín, pero su mamá lo trajo [a Bogotá] debido a que él es consumidor y la esposa de él ejercía la mendicidad (...) con el niño”.

13. Confirmó que “conoció a SGAG en un bar de prostitución en el centro de Fontibón cuando llegó a Bogotá”, a quien “le encargó al niño desde hace un mes aproximadamente (...)”. También, indicó que el día anterior se había conectado a una red social mediante la cual “SGAG le indic[ó] que debe acercarse al ICBF, si quiere ver nuevamente al niño”. Igualmente, señaló que “tiene una hija llamada DAG de 5 meses, quien nació en Bogotá pero no ha sido registrada en Colombia porque perdió su documento de identidad [y quien] estaba bajo el

cuidado de su hermana JG, quien también le entregó al ICBF en el [Centro Zonal] Kennedy, por la misma situación”. Por último, la madre informó su número de teléfono móvil y que se encontraba “residiendo en un pagadiario en la Avenida Caracas con calle 17”, y aportó una fotocopia del registro civil de nacimiento del niño.

14. La profesional del ICBF le indicó a JJAG que “el niño fue ubicado en institución y que debe presentarse en el [Centro Zonal] Revivir para que pueda vincularse al proceso con el defensor asignado a la institución”. Además, le entregó una “boleta de citación” que, la progenitora firmó, para efectos de practicar la “diligencia psicosocial” el siguiente 16 de enero de 2020.

15. El 16 de enero de 2020, la profesional del ICBF – Centro Zonal Revivir, dejó constancia en el expediente del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos que la señora JJAG no compareció a la diligencia psicosocial programada para ese día.

16. El 5 de febrero de 2020, otra profesional dejó constancia en el expediente del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de que ese mismo día se buscó tener contacto con la progenitora del niño mediante el número de teléfono móvil que ésta dejó el 17 de diciembre de 2019 “cuando se presentó ante defensoría de familiar y se le entrega boleta de citación para que fuera valorada por el equipo psicosocial el 16 de enero de 2020” y que “revisando la historia de atención del niño (...) no se encuentra ningún dato de ubicación de domicilio, ni otro número de contacto”.

17. Transcurridos seis meses contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del niño, el ICBF señaló que no había podido resolver la situación jurídica del niño de nacionalidad y registro civil venezolano, por la inexistencia de un canal diplomático, consular o institucional entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela que permita la búsqueda de sus familiares para ver si desean y pueden hacerse cargo de él o declararlo en adoptabilidad ante la imposibilidad o

agotamiento de las medidas hasta ese momento proferidas.

18. Mediante comunicación calendada el 10 de diciembre de 2020, radicada el 10 de febrero de 2021, la Defensora de Familia, Marisol Niño Cendales, solicitó de la Jefe de la Oficina Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, se le concediera al niño JDAG, la nacionalidad colombiana por adopción, con base en lo dispuesto en el artículo 96, numeral 2°, literal b) de la Constitución Política, la Ley 43 de 1993 y demás normas concordantes y, como consecuencia de lo anterior, se ordenara su inscripción en el registro civil como nacional colombiano ante la oficina de registro civil respectiva.

B. Solicitud de tutela

19. El 11 de marzo de 2021, la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales presentó acción de tutela por considerar vulnerados los derechos fundamentales del niño a la vida digna, a la protección integral, a la integridad, a la igualdad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a una nacionalidad no solo formal sino material, de petición y a la prevalencia de los derechos del niño que representa, dado que habían transcurrido 2 años, 9 meses y 15 días desde que el niño ingresó al ICBF, y no se había podido definir su situación jurídica. La accionante expresó que la falta de pronunciamiento sobre el derecho de petición por ella formulado el 11 de febrero de 2021, específicamente en lo que se refiere a la solicitud de nacionalización del niño, ha impedido que el ICBF pueda adoptar las medidas de protección disponibles, tales como solicitar su repatriación, reintegrarlo a su núcleo familiar o declararlo en situación de adoptabilidad.

20. En la acción de tutela, la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales indicó que, si bien el niño fue abandonado por su familia y se encuentra bajo la protección del ICBF, desde hacía

más de un año y 3 meses, a los Defensores de Familia que han sido encargados del caso les ha sido imposible repatriarlo, reintegrarlo a su medio familiar o declararlo en adoptabilidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1098 de 2006 y la Ley 1878 de 2018. Por consiguiente, dijo, no ha sido posible definir su situación jurídica. Señaló que el ICBF no ha podido tomar las medidas de protección mencionadas, por cuanto: (i) no existe un canal diplomático entre Colombia y Venezuela que permita la búsqueda de los familiares del niño para ver si desean y pueden hacerse cargo de él o declararlo en adoptabilidad y, (ii) existe un vacío legal para iniciar el proceso de adopción por no ser un niño colombiano sino ostentar la nacionalidad venezolana. Por ende, el ICBF o un juez de la República de Colombia no podrían pronunciarse sobre su adopción.

21. Señaló que la anterior problemática no se presenta con los niños hijos de venezolanos nacidos en Colombia a los que el Estado les ha concedido la nacionalidad colombiana con fundamento en la Resolución 8470 del 5 de agosto de 2019 expedida por la Registraduría Nacional de Estado Civil y la Ley 1997 sancionada el 16 de septiembre de 2019, quienes al ser abandonados por sus padres, pueden ser declarados en adoptabilidad si no existe ningún pariente que quiera y pueda hacerse cargo de ellos.

22. Expuso que si la situación del niño no se define, su destino será permanecer y rotar en el Sistema de protección colombiano, ya sea en hogares sustitutos o instituciones de paso, sin que pueda crecer con un arraigo afectivo, emocional, familiar o algún tipo de hogar, hasta que cumpla los 18 años y sea desvinculado del esquema de protección del ICBF. Esta situación, sin embargo, dijo, podría resolverse por parte de la Presidencia de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, que son las entidades que cuentan con la potestad constitucional y legal de tener un canal diplomático con Venezuela para la búsqueda de su familia extensa o de otorgar la nacionalidad colombiana por adopción a este niño y definir su situación jurídica.

23. Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que el Defensor de Familia, Jesús Ricardo Nieto

Wilches, el 23 de octubre de 2020 radicó un derecho de petición ante el Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de obtener la información sobre cuál es el procedimiento aplicable al caso concreto; cuál es el mecanismo para localizar a la madre o parientes del niño; si existen tratados, acuerdos, convenios entre Venezuela y Colombia, respecto de la cooperación internacional para los derechos de los niños en esta situación, entre otros, con el fin de buscar una salida a la situación del niño JDAG. A su vez, indicó que como Defensora de Familia del ICBF, Regional Bogotá, Centro Especializado Revivir, presentó una petición ante el Jefe de la Oficina Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia, en la que solicitó la nacionalidad colombiana por adopción para el citado niño, con base en lo dispuesto en el artículo 96, numeral 2º, literal b) de la Constitución Política y la Ley 43 de 1993.

24. Empero, dijo, el Ministerio de Relaciones Exteriores “aún no ha dado respuesta ni al derecho de petición, ni a la solicitud de nacionalidad por adopción, manteniéndose de esta manera la vulneración de los derechos fundamentales del niño JDAG, a quien no se le define su situación y para quien el tiempo sigue pasando sin que pueda estrechar ningún vínculo afectivo en un hogar donde de manera permanente se le brinden las oportunidades que otros niños en su misma situación, pero con Registro Civil colombiano, sí tienen. La nacionalidad no puede ser el obstáculo para el ejercicio pleno de los derechos de este niño, pues con ello también se les está vulnerando su derecho a la igualdad por razón de su origen o nacionalidad.” Así mismo señaló que “Como se mencionó anteriormente, a hijos de Venezolanos nacidos en Colombia se les ha concedido la nacionalidad a través de la Resolución 8470 de 2019 de la Registraduría Nacional de Estado Civil y la Ley 1997 de 2019 y a muchos venezolanos por la vía de la nacionalidad por adopción o naturalización también, pero a hijos de venezolanos nacidos en Venezuela, abandonados en Colombia no, como es el caso de JDAG, permaneciendo por ello en un limbo jurídico indefinido en contra de sus derechos, su estabilidad y bienestar.”

25. Agregó que el principio del interés superior del niño consagrado en la Constitución y en los Tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que constituyen deberes de

obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano, debe prevalecer independientemente de la nacionalidad del niño; sin embargo, dijo, en este caso, la falta de canales diplomáticos con Venezuela, el vacío normativo sobre el caso particular de un niño nacional venezolano abandonado en Colombia, y la falta de respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores a los derechos de petición elevados, entre ellos la solicitud de naturalización del niño, “le impiden al ICBF, a través del defensor de familia respectivo, avanzar en el proceso de restablecimiento de derechos a su favor”.

26. La accionante advirtió que en virtud de los antecedentes descritos en precedencia, existe un riesgo inminente de “apatridia fáctica” del niño JDAG que atenta contra los derechos que le asisten como habitante del territorio colombiano, tales como los previstos en el artículo 44 de la Constitución Política, en la Ley 1098 de 2006, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos -artículo 15-, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 -artículo 24-, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre -Art. XIX- y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 -art. 20-, propiciado por la omisión de las autoridades accionadas en garantizar los derechos del niño.

Los derechos presuntamente vulnerados

27. La Defensora de Familia consideró vulnerados varios derechos fundamentales. En primer lugar, el derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, en vista de la falta de respuesta al derecho de petición elevado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores el 23 de octubre de 2020 sobre el procedimiento a seguir, entre otros, y la petición relacionada con la solicitud de nacionalización por adopción elevada el 11 de febrero de 2021 con radicado número wzEFQFYZScCd6ZYg9twTIQ a favor del niño JDAG. La falta de respuesta oportuna y de fondo a las solicitudes y peticiones que de manera respetuosa se formularon ante las autoridades citadas, constituye una violación del artículo

23 de la Constitución, que ha sido ampliamente estudiada por la jurisprudencia constitucional. En el presente caso, dijo, se ha vulnerado el derecho de petición en el que se solicitaba información sobre el procedimiento a seguir para definir la situación del niño, pues el Ministerio de Relaciones Exteriores no había dado ningún tipo de respuesta a esa fecha. Este hecho, agregó, no solo desconoce el derecho de petición en sí mismo, sino que la falta de respuesta del Ministerio impacta directamente los derechos del niño, ya que si la entidad no establece cuál es el procedimiento a seguir, el ICBF se ve en la imposibilidad de reintegrar al niño a su familia, o de declararlo en adoptabilidad, conforme a las normas previstas en los artículos 4°, 8 y 61 a 77 del Código de la Infancia y la Adolescencia. En otras palabras, dijo, la respuesta a estas preguntas resulta necesaria para orientar al Defensor de Familia y permitirle tomar decisiones frente a la situación de vulneración del niño que representa; por consiguiente, la falta de respuesta del Ministerio, generó no solo la violación del derecho de petición, sino de los derechos superiores del niño al imposibilitar que el ICBF aplicara medidas de restablecimiento de derechos en su caso, y sus consecuencias son aún más gravosas sobre los derechos a la vida digna (Preámbulo, artículos 1° y 11), a la integridad (artículos 12 y 44), a la igualdad (artículo 13), el derecho a tener una familia y no ser separado de ella (artículos 42 y 44) y a los derechos superiores de los niños como el de tener una nacionalidad, a recibir cuidado y amor, a la protección del Estado, a la prevalencia de sus derechos y a su interés superior (artículo 44).

28. Si bien el niño se encuentra actualmente ubicado en hogar sustituto por emergencia COVID del sistema de bienestar familiar, el hecho de que su situación no pueda ser definida rápidamente, implica que siga pasando el tiempo -los días, semanas, meses, años-, y las etapas más importantes de su crecimiento y desarrollo, en un ambiente que le provee lo mínimo desde el punto de vista material, pero que no puede garantizarle lazos sólidos y permanentes, ni el amor y el cuidado de una familia que lo proteja y lo acompañe en su crecimiento y desarrollo a lo largo de su vida. Si su situación permanece indefinida, el niño que se ve desprovisto de la posibilidad de crecer en una familia, se convertirá en mayor de edad y saldrá del sistema de protección del Estado colombiano con muchas carencias afectivas, sociales y de relacionamiento difícilmente reversibles. En efecto, si bien la ubicación de una niña, niño o adolescente en un medio institucional o en hogar sustituto responde a una medida para el restablecimiento de sus derechos, es claro el llamado que se

hace al carácter provisional de la misma, mientras se adelanta el proceso administrativo. Si se trata de la ubicación del niño en un hogar sustituto, también su permanencia indefinida resulta altamente perjudicial, tal y como lo ha señalado en varias oportunidades el Alto Tribunal Constitucional, al indicar que los hogares sustitutos deben ser momentáneos para evitar “lazos muy fuertes entre el menor y la pareja que los tenga. El objeto de los hogares sustitutos es el de proteger al niño y su fundamento es la solidaridad...”. “La colocación familiar es provisional mientras se adelanta el proceso administrativo (art. 37 del Código del Menor) y luego temporal (por seis meses prorrogables, art. 74 del citado Código). No es, pues una situación definitiva. Esta temporalidad tiene sentido porque está íntimamente ligada a los efectos que puede generar una colocación extendida a través de los años. Es decir que, los hogares sustitutos reemplazan momentáneamente a la que ha sido o debiera ser la familia de origen...” “Ahora, si se trata de una medida de institucionalización (que puede ocurrir en cualquier momento en este caso que está bajo estudio), se ha demostrado en la literatura especializada, que cuanto más larga haya sido la institucionalización, aunadas posiblemente a carencias en su atención, y a experiencias de maltrato (psicológico o físico) institucional y/o de pares, esta experiencia tendrá para el niño, la niña o el adolescente, evidentes consecuencias psicológicas, en su desarrollo y en su integración social, tales como: Trastorno de la conducta; trastornos del sueño; trastornos del vínculo, del apego; trastorno hiperactivo y de conducta; retrasos en el desarrollo psicomotor; déficit cognitivos; déficit de atención; dificultades de aprendizaje; retrasos en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación; dificultades en su capacidad de establecer interacciones sociales; alteraciones sociales y de comportamiento; los y las expone al riesgo de ser víctimas de violencia, abuso y explotación. Los casos más graves o con maltrato físico o psíquico asociado pueden manifestar también trastorno de estrés post traumático, trastorno de déficit de atención con o sin síntomas de hiperactividad o, incluso depresión mayor. Los niños pequeños que han sido institucionalizados presentan un mayor retraso en su capacidad de establecer interacciones sociales, que los que han sido cuidados en un ambiente familiar. Los prejuicios a los que hacen referencia los informes incluyen una variedad de problemas médicos graves, deficiencias en el crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos, problemas graves de expresión somática, retrasos en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación, dificultades de integración, alteraciones sociales y de comportamiento. Se pudo constatar que la institucionalización de una adolescente afecta su autoestima, crea agresividad hacia él mismo como hacia las personas que lo rodean y flagelación, entre otros. Aunado a lo

anterior, la institucionalización prolongada no favorece el ejercicio del derecho a una familia y a la reinserción familiar, y siendo la familia quien primariamente responde a las necesidades emocionales de las niñas, los niños y los adolescentes en cuanto al desarrollo de vínculos emocionales estables, de acogida, de apego y de protección, al desarrollo de relaciones de cariño cálidas y cercanas, necesarias para desarrollar confianza, seguridad y el sentimiento de sentirse querido, no se contará con este anclaje seguro que le favorezca su desarrollo intelectual, emocional y social.

29. Por consiguiente, en criterio de la accionante, las autoridades accionadas han debido guiarse por los principios establecidos en la Constitución y en los criterios definidos en los tratados internacionales y en la jurisprudencia constitucional, en especial, tomando decisiones céleres que permitieran asegurar el desarrollo integral del niño JDAG, las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos y, sobre todo la provisión de un ambiente apto para su desarrollo, señalando el procedimiento para reintegrarlo a su familia biológica o declararlo en situación de adoptabilidad, para lo que es oportuno su nacionalización por adopción, y así permitir que su desarrollo y crecimiento se pueda dar en el seno de una familia que cumpla con los requisitos para darle las condiciones emocionales y materiales que requiere. Se trata de una relación inversamente proporcional: cada día que pasa sin que el Ministerio señale el procedimiento o nacionalice al niño constituye una oportunidad menos de desarrollo integral y de satisfacción de sus intereses superiores, todo en contravía de los deberes que le asisten al Estado para la satisfacción de los derechos de este niño. En este orden de ideas, la falta de respuesta y de acción de la Presidencia de la República – Ministerio de Relaciones Exteriores se traduce en un obstáculo para que el ICBF defina la situación jurídica del niño, y por esta vía, lo priva de la posibilidad de crecer en el seno de una familia que vele por su cuidado y desarrollo físico y emocional.

30. Así mismo, se alegó la vulneración del derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13, superior desde dos perspectivas. En primer lugar, se indicó que en el universo de los niños en situación de abandono, JDAG, recibe un trato diferenciado en razón a su nacionalidad por cuanto, al tener un registro civil de nacimiento venezolano, de una parte, no

puede ser reintegrado a su familia biológica, de tenerla, pues no se conoce la manera de hacerlo cuando es de público conocimiento que no existen actualmente canales diplomáticos con Venezuela y, de otra, no puede ser beneficiario de la medida de protección de adopción de la que sí pueden gozar los niños nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos abandonados en nuestro país, por ser considerados colombianos. Con esto, es claro que se impide que se le puedan aplicar las medidas de protección de infancia y adolescencia a todos los niños que se encuentran en Colombia, como es el caso de JDAG, sin discriminación alguna por su origen o condición. En efecto, la normatividad en la que se soporta la actuación administrativa del ICBF no prevé un caso como el del niño JDAG, quién queda en el limbo de manera indefinida a menos que las entidades competentes, es decir, la Presidencia de la República - Ministerio de Relaciones Exteriores, indiquen el procedimiento a seguir solicitado en el derecho de petición elevado en ese sentido, o accedan a la nacionalización del niño para que se le pueda definir su situación jurídica. De otro lado, en el universo de los ciudadanos venezolanos, el niño también recibió un trato diferenciado porque por el hecho de encontrarse en situación de abandono, no le han sido aplicables las normas de nacionalización de las que gozan sus conciudadanos. A su vez, el artículo 100 de la Constitución determina que los extranjeros disfruten en Colombia de los mismos derechos civiles que los colombianos, otro motivo de vulneración del derecho de igualdad del niño en cuestión. De esta norma se concluye que los niños venezolanos son sujetos de especial protección y tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella en Colombia. En efecto, este es un niño extranjero con los mismos derechos y garantías de los niños colombianos y, además, no se encuentra razón alguna que permita conferir un tratamiento diferente.

31. En el caso analizado, dijo, el problema radica en que se está ante un niño venezolano, cuya madre también tiene esa nacionalidad; este niño está en situación de abandono, por lo que es sujeto de las medidas de restablecimiento de derechos que prevé la legislación nacional, precisamente porque como niño extranjero, tiene los mismos derechos que los niños colombianos; es un niño que está sin compañía de familiares connacionales en territorio colombiano y respecto de un Estado con el que Colombia no tiene relaciones diplomáticas o consulares; y, que al no ser nacional colombiano, no es posible aplicarle la medida de protección de adopción puesto que esto significa una modificación de su Estado

civil por orden judicial, materia que la legislación colombiana reserva a los niños con nacionalidad colombiana.

32. Agregó, igualmente, que la situación puede ser resuelta bajo los mandatos de los artículos 44 y 100 de la Constitución Política. Respecto al primero, señaló que es claro que los niños son sujetos de especial protección constitucional y, entre la gama de derechos fundamentales de los cuales son titulares, se encuentra el de tener una familia y no ser separados de ella. En torno al segundo, prevé que los extranjeros gozarán en Colombia de los mismos derechos concedidos a los colombianos. A partir de esas dos disposiciones señaló que “los niños venezolanos son sujetos de especial protección y tienen derecho a tener una familia y no ser separados de ella. En efecto, son niños extranjeros con los mismos derechos y garantías que los niños colombianos y, además, no se encuentra ninguna razón de orden público que permita conferir un tratamiento diferente”. En todo caso, señaló que la concesión de la nacionalidad colombiana es un asunto propio de la soberanía del Estado. Sin embargo, no se trata de una facultad ilimitada, puesto que tiene cuando menos dos tipos de límites: i) la protección de los derechos fundamentales de los niños, tanto colombianos como extranjeros; y, ii) la existencia de obligaciones de Derecho Internacional para Colombia dirigidas a evitar la apatridia. En cuanto a lo primero, si bien el legislador tiene la competencia general para regular las condiciones de adquisición de la nacionalidad, esa regulación debe ser compatible con los límites constitucionales. Así, en la Sentencia C-1058 de 2003, la Corte Constitucional señaló: “La facultad concedida al legislador por el constituyente con relación a los extranjeros no es ilimitada. Incluso en aquellos casos en que existen razones de orden público claras y manifiestas que demandan la restricción de ciertos derechos de los extranjeros, hay límites básicos atinentes al respeto de toda persona como sujeto digno. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, si bien el artículo 100 de la Constitución autoriza al legislador a subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, por razones de orden público, tales restricciones ‘no son absolutas, pues aquéllas encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales.’ Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha subordinado la aplicación de las reglas jurídicas migratorias (de orden público) a la protección de valores constitucionales imperiosos, como la protección de los derechos de los niños y el derecho a tener una familia, siempre y cuando sea una

razón real y no meramente estratégica.” Frente a lo segundo, el Estado tiene una obligación internacional clara que es la de evitar que una persona que se encuentre en su territorio no quede en condición de apátrida, deber que se encuentra regulado en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y en la Convención para reducir casos de apatridia, ambas incorporadas en la legislación colombiana por la Ley 1588 de 2012. Es precisamente estas obligaciones las que motivaron la adopción de la Resolución 8470 de 2019, en la que la Registraduría Nacional del Estado Civil permitió que los niños de padres venezolanos nacidos en Colombia tuviesen registro civil con nota aclaratoria que les permitía acreditar la nacionalidad colombiana, incluso cuando sus padres no cumpliesen el requisito de domicilio en el país que exige el artículo 96 de la Constitución. En otras palabras, el Estado colombiano ya ha exceptuado sus propias reglas sobre adquisición de la nacionalidad, a fin de evitar que los niños queden en condición de apatridia. Ahora bien, en el caso analizado se está ante una posibilidad cierta de apatridia, pero por condiciones fácticas. En efecto, se trata de un niño que si bien formalmente puede considerarse como venezolano, no está en capacidad alguna de ejercer esa nacionalidad, puesto que (i) carece de documentos para el efecto; (ii) Colombia no tiene actualmente relaciones diplomáticas o consulares con Venezuela, lo que implica la imposibilidad fáctica de adquirir esos documentos; y (iii) ante la actual crisis humanitaria que sufre la población venezolana resulta imposible que desde Colombia se adelanten acciones para la identificación de sus familiares en ese país, menos aún ante la ausencia de relaciones diplomáticas o consulares. En otras palabras, JDAG, tiene una presunta nacionalidad venezolana y en todo caso no puede ejercerla por las barreras antes mencionadas. Por ende, el Estado colombiano está en la obligación de establecer acciones para evitar que esa situación permanezca de manera indefinida. Hay que considerar que mientras en un caso sí es posible proteger a los niños y en el otro no, se genera un tratamiento discriminatorio injustificado. Los motivos que justifican reducir los derechos de los extranjeros deben ser de orden público y es evidente que ese orden no se afecta cuando se protegen los derechos de los niños formalmente venezolanos, pero materialmente en riesgo de apatridia al no tener condiciones formales de ejercer su nacionalidad. Por lo tanto, de manera análoga a como se hizo para el caso de los niños nacidos en Colombia pero que sus padres venezolanos no acreditaban domicilio, debe establecerse por el Gobierno una medida excepcional y transitoria de nacionalización. Sobre este aspecto existen las vías constitucionales para el efecto. El artículo 96 de la Constitución determina que son colombianos por adopción latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en

Colombia, que con autorización del gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad que se establecieren, lo que se encuentra desarrollado por la Ley 43 de 1993, el Decreto 2150 de 1995 y la Ley 962 de 2005. Amparada en dicha normatividad, se elevó vía correo electrónico, la solicitud de nacionalidad por adopción o naturalización del niño JDAG al Ministerio de Relaciones Exteriores, sin que hasta la fecha de la interposición de la acción de tutela se hubiera recibido respuesta sobre el particular, manteniéndose dicho niño en el riesgo de apatridia material antes explicado. Nacionalizar al niño Álvarez implicaría que podría ser declarado en adoptabilidad no para desarraigarlo de su cultura (pues ya lo está), sino para evitar que permanezca en una doble vulneración de sus derechos consistentes en tener una familia y tener una nacionalidad que pueda ejercer materialmente.

33. Con fundamento en lo anterior, el 11 de marzo de 2021, la Defensora de Familia del Centro Especializado Revivir del ICBF, Marisol Niño Cendales, interpuso acción de tutela en la que solicitó:

Primero: Tutelar el derecho fundamental de petición y los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad, a la protección del Estado, a la igualdad, a la nacionalidad no solo formal sino material, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a su interés superior y a la prevalencia de los derechos del niño que representa;

Segundo: Ordenar a la Presidencia de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si existe un procedimiento o trámite, actualmente aplicable, dados los antecedentes públicamente conocidos con respecto a las nulas relaciones diplomáticas actuales entre Colombia y Venezuela para que el niño JDAG, pueda buscársele su familia de origen en dicho país y ser reintegrado a la misma, en caso de que aquella cumpla con las condiciones para ello y así lo desee, y a su vez se le garantice que sus derechos fundamentales y su interés superior van a ser respetados.

C. Trámite procesal

34. Mediante Auto del 18 de marzo de 2021, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá asumió el conocimiento de la acción de tutela y dispuso correr traslado de ella al Presidente de la República, a la Ministra de Relaciones Exteriores y al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Igualmente, solicitó tanto a la Ministra de Relaciones Exteriores como al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, informar si ya habían sido respondidas de fondo las peticiones formuladas por el Defensor de Familia Jesús Ricardo Nieto Wilches el 23 de octubre de 2020 y por la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales el 11 de febrero de 2021 y, en caso negativo, indicar los motivos de la negativa.

Contestación por parte de las entidades accionadas

Ministerio de Relaciones Exteriores

35. En escrito radicado el 23 de marzo de 2021, el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó negar la acción de tutela. Inicialmente, se refirió a la adquisición de la nacionalidad colombiana según el artículo 96 de la Constitución y la Ley 43 de 1993. Luego, subrayó las competencias atribuidas al Ministerio de Relaciones Exteriores, las cuales, dijo, se hallan consignadas en el Decreto 869 de 2016. Por último, enfatizó la competencia puntual del Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad según lo previsto en la Resolución 9709 del 5 de diciembre de 2017, frente a las respuestas de las peticiones, acciones de tutelas y demás temas afines.

36. Respecto a los hechos invocados por la accionante, indicó que “del número 1 al 14 no le constan” en consideración que dadas las funciones y competencias de esa entidad, no hizo parte de las actuaciones descritas ni se encontró registro de petición alguna por parte de la actora relacionada con tales hechos. En cuanto al hecho número 15 del escrito de acción de tutela, relativo al derecho de petición presentado por el Defensor de Familia Jesús Ricardo Nieto Wilches, luego de referirse a la búsqueda en los canales de comunicación de ese Ministerio, sostuvo que “no se encontró registro de la petición aludida ni se aportó prueba de la radicación ante este Ministerio por parte de la tutelante, por lo cual no puede endilgarse falta de respuesta a una petición que no fue de conocimiento de esta entidad y la presunta vulneración del derecho fundamental deprecado no sería atribuible a la misma.” No obstante, precisó que, en atención a la solicitud presentada en su momento por la accionante, el Ministerio elevó consulta a la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia mediante correo electrónico de fecha 20 de marzo de 2021 a “... fin de establecer si existe algún mecanismo que permita la ubicación en Venezuela de los familiares del menor JDAG, quien se encuentra actualmente bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Una vez dicha embajada remita respectiva respuesta será comunicada en su oportunidad a la señora Marisol Niño Cendales.” Empero, jamás se recibió respuesta alguna.

37. En torno al hecho 16, referente a la solicitud elevada por la accionante de conceder la nacionalidad por adopción a favor del niño JDAG, luego de reseñar la legislación interna y el marco internacional sobre la apatridia, señaló que, “de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 491 de 2020, el término de 15 días para resolver las peticiones fue ampliado a 30 durante la vigencia de la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de la Covid-19, por lo tanto, dicho plazo fenece el 25 de marzo de 2021, es decir, que se encuentra en trámite y dentro del tiempo legal”. En tal virtud, señaló que se encontraba en trámite dentro de los términos establecidos en la legislación vigente.

38. En todo caso, frente a la petición de la nacionalidad colombiana por adopción solicitado en la citada petición, el Ministerio se refirió a la normatividad aplicable contenida en la Ley

43 de 1993, modificada por la Ley 962 de 2005 y reglamentada por el Decreto 1067 de 2015, la cual establece los requisitos y procedimientos en el trámite de nacionalidad colombiana por adopción. En este sentido, dijo, de conformidad con el artículo 5° de la mencionada Ley 43, para iniciar el trámite de nacionalidad colombiana por adopción, los extranjeros latinoamericanos y del Caribe deben estar domiciliados en el país en forma continua durante un año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud, contado a partir de la fecha de expedición de la visa de residente. Una vez verificado lo anterior, el ciudadano extranjero debe presentar los documentos que se enumeran en el artículo 9° de la Ley 43 de 1993. Asimismo, señaló que la nacionalidad colombiana por adopción, no se otorga directamente a un menor de edad, sino que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 43 de 1993 y el artículo 2.2.4.1.15 del Decreto 1067 de 2015, la nacionalidad colombiana por adopción puede hacerse extensiva a los hijos menores de la persona a quien se le otorgue la nacionalidad. Para el efecto, dijo, la solicitud de extensión de la nacionalidad colombiana por adopción, dentro del trámite que adelanta el titular, debe suscribirse por quienes ejercen conjunta o separadamente la patria potestad, de conformidad con la legislación vigente, requiriéndose para el efecto, la presentación de los documentos que acrediten su filiación. Señaló que las solicitudes de nacionalidad no tienen término legal para ser resueltas y su duración depende de las circunstancias particulares de cada caso, así como de las respuestas de las entidades involucradas en el procedimiento.

39. En cuanto a los hechos números 19 y 22 del escrito de tutela, en los cuales la accionante señaló que a hijos de venezolanos nacidos en Colombia se les ha concedido la nacionalidad a través de la Resolución 8470 de 2019 de la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Ley 1997 de 2019 y a muchos venezolanos por la vía de la nacionalidad por adopción o naturalización también, pero a hijos de venezolanos nacidos en Venezuela abandonados en Colombia, no, y por ello advirtió un riesgo inminente de apatridia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, luego de reseñar el marco normativo referente al derecho a la nacionalidad y su desarrollo en Colombia para prevenir la apatridia, resaltó que en cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y, especialmente, la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961, a la fecha en Colombia se ha desarrollado reglamentación tendiente a la protección del derecho a la nacionalidad colombiana por

nacimiento de los hijos de extranjeros nacidos en territorio colombiano y a los cuales ningún Estado les reconozca la nacionalidad, procedimientos que se encuentran a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Bajo este contexto, teniendo en cuenta que los procedimientos establecidos en el numeral 3.11.2 de la Circular Única de Registro Civil e Identificación de 2018 (Capítulo II de la Circular 168 2017) y la Resolución 8470 del 5 de agosto de 2019, están dirigidos al reconocimiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento de los menores hijos de extranjeros nacidos en el territorio colombiano, advirtió que el niño JDAG, nacido en la República Bolivariana de Venezuela, no es destinatario de dichas disposiciones.

40. El Ministerio señaló que la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, que entró en vigor el 5 de enero de 2020, está dirigida a garantizar la protección adecuada de personas que nacen en el exterior, se radican en el territorio de un Estado y no son reconocidas como nacionales de ningún Estado. En este sentido, se establece la posibilidad que los Estados faciliten su naturalización para adquirir una nacionalidad, lo que significa que ella no obliga a los Estados a otorgar la nacionalidad a las personas apátridas que han llegado a su territorio, sino que los insta al establecimiento de procedimientos en su legislación interna para determinar quiénes son apátridas y el otorgamiento de un Estatuto legal que les permita la identificación, la residencia y el disfrute de los derechos fundamentales hasta que adquieran la nacionalidad de su Estado de origen, la de sus padres, o se establezca la facilidad de la naturalización por parte del Estado en que residen. En este sentido, señala que actualmente “en el ordenamiento jurídico colombiano aún no se ha establecido un procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona apátrida, en particular de personas que nacen en el exterior, lo cual, en cumplimiento de la obligación internacional adquirida recientemente por el Estado colombiano, en el Proyecto de Ley No. 36 de 2019 ‘por medio del cual se establece la política migratoria del Estado colombiano’ que se encuentra en curso ante el Congreso de la República de Colombia, se incluyó un capítulo de ‘APAPATRIDIA’, en donde se establece la definición de persona apátrida en los términos de la ‘Convención sobre el Estatuto de los Apátridas’ de 1954, la competencia para el reconocimiento de la condición de persona apátrida, la facultad del Ministerio de Relaciones Exteriores para establecer el respectivo procedimiento y las facilidades para la naturalización de las personas nacidas fuera del territorio y que se reconozcan como apátridas en Colombia.

Dado lo anterior, una vez se expida la Ley correspondiente al proyecto de ley 36 de 2019, el Ministerio de Relaciones Exteriores tendrá la competencia para expedir la reglamentación con la cual podrá estudiar los casos de las personas nacidas fuera del territorio nacional, como el caso de los menores nacidos en la República Bolivariana de Venezuela sin documentación, para efecto del reconocimiento de la condición de persona apátrida y la posibilidad de la naturalización para el otorgamiento de la nacionalidad colombiana por adopción, en los términos de la ‘Convención sobre el Estatuto de los Apátridas’ de 1954.”

41. Por lo anteriormente expuesto, el Ministerio solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela “por haberse configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto que, se produjo, por un lado, como consecuencia de la inexistencia de una petición y, por otro lado, por encontrarse que las actuaciones surtidas por este Ministerio hasta la fecha de interposición de la acción de tutela se encuentran ajustadas a derecho, por tanto no surtiría efecto una orden judicial sobre lo que aún no existe o el derecho que aún no ha nacido jurídicamente y sobre el cual se solicita amparo.”

42. En todo caso, en el expediente reposa copia del oficio S-GNC-21-006242 del 19 de marzo de 2021, que contiene la respuesta al derecho de petición radicado por la accionante el 10 de febrero de 2021 mediante el cual solicitó le fuera concedida la nacionalidad colombiana por adopción al niño JDAG Álvarez. En dicha respuesta, suscrita por el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores, tras mencionar la normativa que rige la figura de la nacionalidad por adopción, señaló que “al menor de edad JDAG, de nacionalidad venezolana, no podría otorgársele la nacionalidad colombiana por adopción de conformidad con lo dispuesto en las precitadas disposiciones, toda vez que no cumple con las condiciones y requisitos dispuestos para su aplicación.” Señaló igualmente que “en el trámite de nacionalidad colombiana por adopción, el Ministerio de Relaciones Exteriores emite una Resolución de Inscripción o Carta de Naturaleza según corresponda, con base en la cual, se oficia a la Alcaldía o Gobernación del lugar del domicilio del solicitante según sea el caso, para que lleve a cabo la toma de juramento del extranjero como nacional colombiano de conformidad con el artículo 13 de la Ley 43 de 1993. En este punto, se precisa

que, para tomar juramento de tal condición, el extranjero debe ser mayor de edad y tener capacidad legal para el efecto, lo cual no es posible en los casos de los menores de edad, y que, por tal razón, la nacionalidad colombiana por adopción, se otorga a los padres solicitantes de manera extensiva a sus hijos menores de edad en aplicación del artículo 17 de la Ley 43 de 1993.” “Seguidamente, dijo, llevada a cabo la toma de juramento, el ciudadano naturalizado solicita la Registraduría Nacional del Estado Civil la expedición de la respectiva cédula de ciudadanía -no un registro civil-, toda vez que de acuerdo con la normatividad vigente la Registraduría Nacional del Estado Civil inscribe en el registro civil de nacimiento ‘Los nacimientos que ocurran en el territorio nacional’ y ‘los nacimientos ocurridos en el extranjero, de personas hijas de padres o madres colombianos’. Dado lo anterior, teniendo en cuenta que para el caso del menor JDAG, no es posible adelantar el trámite de nacionalidad colombiana por adopción, regulado en la Ley 43 de 1993, modificada por la Ley 962 de 2005 y reglamentada por el Decreto 1067 de 2015, se sugiere gestionar con la Unidad Administrativa Migración Colombia, entidad competente en regularización migratoria el estudio del caso para efectos del status migratorio de menor extranjero.”

43. Finalmente, el Ministerio se opuso a la pretensión de conceder la nacionalidad colombiana por adopción en favor del niño JDAG por cuanto dijo, la decisión soberana y discrecional del Presidente de la República, delegada en el Ministerio de Relaciones Exteriores, de naturalizar a un extranjero, se fundamenta, entre otros requisitos, en su ánimo de permanencia en el país (ius domicili), acreditado con una Visa de Residente o Tipo (R), de conformidad con el artículo 5° de la Ley 43 de 1993, requisito exigido de forma específica para el trámite de adquisición de la nacionalidad colombiana por adopción.

Presidencia de la República

44. Por medio de escrito presentado el 23 de marzo de 2021, la apoderada judicial de la Presidencia de la República se opuso a la acción de tutela para lo cual señaló que mediante Certificación CERT21-000843 / IDM 1219112 de 23 de marzo de 2021, el Coordinador del

Grupo de Correspondencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República indicó que “... una vez consultada la base de datos de radicación de documentos de origen externo ESCRIBE, a la fecha, NO se encontraron registradas comunicaciones a nombre de la señora MARISOL NIÑO CENDALES ni del señor JESÚS RICARDO NIETO WILCHES, actuando como Defensores de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF. De esta manera, resulta claro que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y/o el señor Presidente de la República, no han quebrantado el derecho de petición de la accionante.

45. En relación con la acción de tutela, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como del Presidente de la República y, en consecuencia, ordenar su desvinculación. En relación con la primera pretensión, indicó que en virtud de lo consignado en el Decreto 1784 de 2019, las funciones del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tienen como propósito el apoyo logístico y administrativo al Presidente de la República en el cumplimiento de sus atribuciones previstas en el artículo 189 de la Carta Política, dentro de las cuales, no se encuentra la de “realizar las actuaciones específicas y estructurales que pretende la accionante”. Respecto de la segunda, afirmó que el Presidente de la República no representa legal y judicialmente a ninguna entidad; por lo tanto, dijo, no es un sujeto procesal, salvo las excepciones consagradas en los artículos 115 de la Constitución y 159 de la Ley 1437 de 2011.

Decisiones de instancia en el proceso de tutela

La Sentencia de primera instancia

46. En Sentencia del 8 de abril de 2021, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela, por cuanto: (i) la Presidencia de la

República no encontró las peticiones presentadas por los Defensores de Familia Jesús Ricardo Nieto Wilches y Marisol Niño Cendales; y, (ii) el Ministerio de Relaciones Exteriores no encontró la petición presentada por el Defensor de Familia Jesús Ricardo Nieto Wilches y la que fue elevada por la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales, al momento de la presentación de la acción constitucional, aún se encontraba dentro del término legal para resolverla, es decir, hasta el 25 de marzo de 2021.

47. Por otra parte, argumentó que el niño JDAG no puede ser considerado apátrida, dado que según consta en su registro civil de nacimiento, este nació el 15 de agosto de 2016 en Venezuela, Municipio Carirubana, Estado Falcon, es decir, que tiene nacionalidad venezolana, de manera que al citado menor no se le está vulnerando el derecho a tener una nacionalidad. Lo que pretende la accionante es que se le otorgue la doble nacionalidad, para continuar con el trámite pertinente, “pues no se puede dar en adopción a menores que tengan la calidad de extranjeros, o para poder enviarlos a hogares sustitutos en vez de quedarse hasta las 18 años a cargo del ICBF, alejado de su familia.” Al respecto, dijo, “no se observa violación de derechos fundamentales por el hecho de que el menor quede a cargo del ICBF pues esa es una de sus funciones establecidas en la ley, en los casos de menores abandonados, correspondiendo al ICBF de darles el cuidado y atención debidas, hasta cuando logren la mayoría de edad, si resulta imposible la ubicación de sus padres.” Agregó que si lo que la Defensora de Familia quiere es que el menor tenga la posibilidad de una familia, “no necesita de la intervención de ninguna otra autoridad en el caso concreto, para garantizarle ese derecho del menor a tener una familia, pues dadas las amplias funciones que la ley le da, entre otras: (i) ‘... adelantar las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños...’ (ii) ‘... Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños...’ puede, mediante cartas rogatorias solicitar a la institución homóloga al ICBF en Venezuela la posibilidad de una repatriación del menor, o solicitar la intervención de las autoridades Venezolanas que procedan a ubicar a los padres del menor, o puede acudir a los jueces a pedir lo pertinente, para la protección de dicho menor.”

Impugnación

48. Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante presentó escrito de impugnación, y solicitó que ésta fuera revocada. En primer lugar consideró que el juez de primera instancia simplemente acogió las respuestas dadas por las entidades accionadas para decir en que no se había violado derecho de petición alguno por no haberse encontrado registro del recibo del primero y estar en trámite la respuesta al segundo. En general, además de insistir en los argumentos de la acción de tutela, cuestionó la providencia porque, según su criterio, se desconoció que su pretensión fundamental como Defensora de Familia en el asunto objeto de estudio es la aplicación del principio de igualdad en relación con el tratamiento de nacionales y extranjeros que han sido abandonados al cuidado del Estado colombiano, en el cual, se obstaculiza su derecho a la familia por la existencia de un vacío legal que impide al ICBF, precisamente, cumplir con sus funciones en defensa de los derechos del niño, más aún, cuando el fallo no se pronunció de fondo sobre la transgresión de las garantías del niño, puesto que solamente se limitó a estudiar la procedencia del derecho de petición.

Sentencia de segunda instancia

49. Mediante Sentencia del 18 de mayo de 2021, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá señaló que de las dos peticiones que se indicó por la accionante habían sido elevadas relacionadas con el niño Álvarez, solo probó la que radicó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad que en su traslado de tutela informó que aún estaba en términos para resolverle, pues vencía el 25 de marzo de 2021. Como el término se superó y la accionante ni el Ministerio probaron haber resuelto la solicitud de febrero de 2021, se ordenó revocar parcialmente el fallo en el sentido de amparar el derecho de petición de la accionante contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, y ordenarle que si no lo había hecho, en los 3 días siguientes, resolviera el derecho y de fondo la solicitud del accionante del 11 de febrero y se la notificara. No sucede lo mismo, dijo, con el derecho de petición frente a la Presidencia de la República, pues señaló que la accionante no probó haberlo radicado y, por tanto, no es exigible un pronunciamiento a una autoridad que no ha conocido su solicitud. Por lo tanto, en

lo demás, la providencia de primera instancia fue confirmada.

Trámite de revisión surtido ante la Corte Constitucional

50. Remitido el expediente de tutela de la referencia a esta Corporación, la Sala de Selección Número Ocho, mediante Auto del 30 de agosto de 2021, notificado el 15 de septiembre de la misma anualidad, dispuso su revisión a través de la Sala Segunda de Revisión.

51. Mediante Auto del 30 de septiembre de 2021, se decretaron varias pruebas con la finalidad de establecer el estado actual del asunto y determinar si el niño seguía en la condición indicada en el escrito de tutela, así:

“PRIMERO.- ORDENAR que por medio de la secretaría general, se OFICIE al Centro Especializado Revivir del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, regional Bogotá, para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se sirva INFORMAR 1) cual es el estado actual del proceso administrativo de restablecimiento de derechos iniciado a favor del [niño] JDAG; 2) desde cuándo y en cuántos hogares sustitutos ha estado el referido [niño]; 3) si se ha logrado ubicar algún familiar del [niño] que asuma su cuidado, si se ha logrado algún avance para que sea nacionalizado por adopción y si se le ha podido declarar en situación de adoptabilidad. Y, además, se sirva REMITIR copia de la totalidad del expediente del proceso de restablecimiento de derechos adelantado a favor del referido [niño]”.

52. En sesión ordinaria del 27 de octubre de 2021, la Sala Plena de la Corte Constitucional, por solicitud del Magistrado sustanciador, asumió el conocimiento del asunto. En consecuencia, este fue puesto a disposición de dicha Sala Plena el 13 de diciembre de igual

calenda.

53. En respuesta al Auto de pruebas, Marisol Niño Cendales, en calidad de Defensora de Familia del ICBF, Regional Bogotá, Centro Zonal Especializado Revivir, se pronunció en los siguientes términos:

* Respecto al estado del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, comunicó que se encuentra “con resolución AVAL para la ampliación de términos No. 2028 del 27 de septiembre de 2021, otorgada por el término de seis (6) meses contados a partir del cinco (5) de noviembre de 2021”.

□ En relación con la fecha a partir de la cual, y en cuántos hogares sustitutos ha estado el [niño], la defensora señaló que “ingresó bajo medida de protección el 26 de noviembre de 2019 donde fue ubicado en la Fundación Casa de la Madre y el Niño, egresa el 24 de julio de 2020 y ese mismo día se ubica en hogar sustituto”.

□ En lo relativo a la ubicación de familiares y avances en la solicitud de adopción y si ha sido posible declarar al niño en situación de adoptabilidad, informó que, a pesar de las múltiples insistencias por todos los medios posibles, incluso, acudiendo a Migración Colombia, no se ha logrado contactar a la familia de origen y extensa del [niño].

54. Una vez recopilada la anterior información, se decretaron elementos probatorios adicionales con el fin de incorporar al proceso otros elementos de juicio, que resultaran relevantes para decidir la materia objeto de revisión y enriquecer el debate y mejor proveer. Así, mediante auto del 14 de febrero de 2022, se resolvió:

“PRIMERO.- ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se OFICIE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se sirva INFORMAR, a través de datos actualizados y detallados: 1) la cifra de niños, niñas y adolescentes cuyos padres sean de nacionalidad venezolana y que hayan estado bajo la protección del ICBF o que se les haya iniciado proceso de restablecimiento de sus derechos y que actualmente se encuentren o hayan estado en hogares sustitutos; 2) los rangos de edad de ese mismo grupo de niños, niñas y adolescentes, indicando también su lugar de nacimiento, esto es, si nacieron en Colombia o en Venezuela; y, 3) cuál fue el resultado de esos procesos de restablecimiento de derechos, indicando, además, cuántos de esos niños pudieron ser reubicados en sus familias y cuántos se encuentran en estado de adoptabilidad y/o fueron efectivamente adoptados.

“SEGUNDO.- ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se OFICIE a la Cancillería – Ministerio de Relaciones Exteriores, para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se sirva INFORMAR: 1) si actualmente existen relaciones diplomáticas y consulares con el vecino país de Venezuela; y, 2) cuál es el procedimiento que se podría adelantar para ubicar en Venezuela a la familia de un [niño] nacido en dicho país, pero que actualmente reside en Colombia.

“TERCERO.- ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se OFICIE a Migración Colombia, para que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se sirva REMITIR copia del histórico de los Estatutos Migratorios que ha expedido para la protección y regularización en el territorio nacional de los migrantes venezolanos. Y, además, se sirva INFORMAR si existen regulaciones especiales para los niños, niñas y adolescentes migrantes.

“CUARTO.- ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se OFICIE a la Defensoría del Pueblo y a la Agencia de la ONU para los Refugiados – ACNUR, para que, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, si lo estiman

conveniente, se sirva cada uno RENDIR INFORME TÉCNICO sobre migración infantil, en el que: 1) se suministren datos en cifras sobre la cantidad de niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados que han ingresado al territorio nacional desde el año 2017 -año en que inició la mayor crisis migratoria del país- hasta la actualidad; 2) se indique el país del cual emigraron ese grupo de niños, niñas y adolescentes; y 3) se informe cuáles son los principales problemas a los que se enfrentan los [niños] que se encuentran en esa situación.

“QUINTO.- INVITAR a la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, así como a las Facultades de Derecho de las Universidades Javeriana, Externado de Colombia, Sergio Arboleda, Nacional de Colombia, Libre, de Antioquia y de Caldas, para que, si lo consideran pertinente, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, presenten por escrito un CONCEPTO TÉCNICO sobre los puntos relevantes de la acción de tutela para la elaboración del proyecto de fallo.”

55. A continuación, se consignan las respuestas e intervenciones de las entidades descritas en el auto que antecede, en el orden en que fueron convocadas.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Sede de la Dirección Nacional

56. En torno al primer interrogante, informó que “se registra el ingreso de 6.553 niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana, de los cuales 3.783 son niñas y adolescentes mujeres y 2.770 son niños y adolescentes hombres. Del total de ingresos, 3.699 fueron ubicados en medio familiar, de estos 1.153 cuentan con una medida complementaria y 2.362 fueron ubicados en modalidades de acogimiento residencial, de los cuales, 1.195 fueron ubicados en hogar sustituto”.

57. Respecto a las niñas, niños y adolescentes que hayan estado o se encuentren en hogar sustituto, informó que “de 195 personas que estuvieron o están en la modalidad referida: (i) 522 están en el rango de 0-5 años, 346 están en el rango de 6 a 11 años, 324 de 12 a 17 años, 2 mayores de 18 años y 1 sin información; (ii) 573 personas tienen el PARD activo a la fecha y a 622 les fueron cerrados; y, (iii) respecto al grupo de personas que no les fue cerrado el PARD (573) se indican que existen 338 por vulneración de derecho y 235 sin definir su situación jurídica”.

58. Frente al segundo cuestionamiento, indicó que “[d]e los 6.553 casos, 2.795 corresponden a niños, niñas y adolescentes entre los 12 y los 17 años, seguido de 2.196 casos correspondientes a [niños y niñas] de 6 a 11 años y 1.535 con edades entre los 0 y 5 años”. Agregó que, no es posible acceder a la información sobre el lugar de nacimiento “porque el Sistema de Información Misional no cuenta con esa variable y los datos reposan en cada uno de los expedientes”.

59. En relación con el tercer interrogante, sostuvo que, de conformidad con el trámite establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, los procesos administrativos de restablecimiento de derechos pueden encontrarse en tres etapas:

i. (i) En trámite de investigación;

() En situación jurídica definida; y,

() En cierre del proceso por reintegro (egreso del sistema de protección). De esa manera, de los 6.553 registros, 3.114 son procesos activos, mientras que los 3.439 restantes, son casos que egresaron del sistema de protección, “en conclusión, de los 6.553 casos que ingresaron en el periodo 2020 a 2022 (enero), 3.439 niños, niñas y adolescentes han egresado del sistema de protección. Actualmente, se cuenta con 3.114 casos activos, en los cuales 2.087

niños, niñas y adolescentes están ubicados en su núcleo familiar, 817 en modalidades de acogimiento residencial y en 210 registros se está actualizando la información”.

60. Por último, explicó que durante dicho período (2020-2022), “no se cuenta con registros de niños, niñas y adolescentes con nacionalidad únicamente venezolana adoptados. Sin embargo, se conocen 2 casos de declaratorias de adoptabilidad decretadas por autoridad judicial y se desconoce si en instancia judicial se han presentado más casos”.

Ministerio de Relaciones Exteriores

61. Acerca de la primera orden, precisó que el Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad remitió por competencia el asunto al Grupo Interno de Trabajo de Asuntos con Venezuela de la Dirección de América, el cual, como respuesta, proporcionó el concepto emitido por el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, del 23 de febrero de 2019, en el que se expresó: “Venezuela anuncia ruptura integral de relaciones diplomáticas y consulares con Colombia”.

62. En consecuencia, el Ministerio informó que, “a la fecha, la Embajada de Colombia en Caracas, así como los quince consulados que se encontraban acreditados en diferentes ciudades de la República Bolivariana de Venezuela se encuentran cerrados y sin ofrecer atención al público.” Sin embargo, en abril de 2019 se instalaron tres Puntos de Atención Fronterizos -PAF- en Norte de Santander, Arauca y Maicao.

63. Por lo tanto, “actualmente el Estado colombiano únicamente reconoce el gobierno interino del Presidente Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez y los miembros de su embajada no ejercen funciones consulares”, de modo que los trámites de carácter administrativo de la

República Bolivariana de Venezuela siguen adelantándose por el Gobierno del Presidente Nicolás Maduro Moros, “lo que constituye una imposibilidad manifiesta de colaboración de este Ministerio en cualquier trámite que deba efectuarse ante autoridades de ese país”, razón por la cual, “no es posible adelantar gestiones de cooperación interestatal con la República Bolivariana de Venezuela para efecto de que las autoridades consulares registren a los [niños y niñas] nacidos en ese país y que encuentran en territorio colombiano sin documentación.”

64. Por otra parte, sobre la segunda cuestión formulada por esta Corte, expuso que, el Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad remitió por competencia el asunto al Grupo Interno de Trabajo de Asistencia a Connacionales en el exterior, de la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano, el cual reiteró que “el estado actual de las relaciones diplomáticas entre los dos países impide el despliegue de personal diplomático con funciones consulares que asistan a los connacionales en la búsqueda de familiares en el vecino país”. No obstante, con la finalidad de garantizar los derechos de los colombianos residentes en Venezuela, “el Ministerio mantiene contratos de asesoría jurídica y social con personas residentes en ese país. Dentro de las funciones de estos contratistas se encuentra la de asesorar y ayudar a los colombianos allí presentes”.

65. Ahora bien, en esencia, expuso que, si una persona está interesada en solicitar apoyo, deberá presentar una petición ante el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante su portal Web, la cual se encuentra sujeta a los términos previstos en la Ley 1437 de 2011. Luego, el Ministerio remite la información al “grupo de contratistas presentes en el vecino país para iniciar las labores de contactos con los familiares” y, “llegado el caso de ubicarse un familiar del solicitante del procedimiento en la República Bolivariana de Venezuela, el familiar debe autorizar expresamente compartir su información de contacto con la persona radicada en Colombia, ante lo cual el Ministerio de Relaciones Exteriores procederá a comunicar la información y dar por terminada la búsqueda”.

66. Frente a la petición de la Corte, señaló que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 216 de 2021, “[p]or medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”. Por consiguiente, Migración Colombia, en concordancia con dicha normativa, expidió la Resolución 971 de 2021, “[p]or la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”, el cual se materializa por medio del Registro Único de Migrantes Venezolanos y la solicitud y expedición del Permiso por Protección Temporal.

67. Finalmente, respecto a las regulaciones especiales para las niñas, niños y adolescentes, relató que Migración Colombia dispuso en la resolución antes descrita, un capítulo dedicado para ese efecto, “teniendo como eje central los principios de no discriminación e interés superior, según los cuales no puede haber un trato desigual para los niños y niñas en razón a su origen nacional, situación migratoria o cualquier otra condición de ellos o sus padres”.

Defensoría del Pueblo

68. En relación con los datos sobre niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados de origen venezolano en Colombia, la entidad manifestó que, según las cifras reportadas a 31 de octubre de 2021 por Migración Colombia, es posible advertir la presencia de 1.842.390 personas venezolanas en Colombia, “de las cuales 344.688 tienen su situación migratoria regularizada, 1,182,059 se encuentran en proceso de regularización, a través del Estatuto Temporal de Protección, y 315,643 son irregulares. A su vez, para el año 2020, del universo total de migrantes venezolanos en el país, 389,244 eran menores de 18 años (22.33%)”.

69. Igualmente, acudiendo a las cifras brindadas por Migración Colombia, la Defensoría del Pueblo señaló, en el siguiente cuadro, la cifra de niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados de origen venezolano que ingresaron a Colombia, por los puestos de control migratorio, desde el 2017 hasta el 2021:

Año ingreso

Mujeres

Hombres

Total

2017

39.508

40.682

80.190

2018

70.803

73.036

143.839

2019

88.605

91.146

179.751

2020

10.987

21.697

2021

17.641

18.153

35.794

70. Según las estadísticas de migrantes del ICBF, 8.557 niñas, niños y adolescentes ingresaron a Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), entre los años 2019 y 2021, de estos, 2.188 fueron en 2019, 2.760 en 2020 y 3.609 en 2021. Estos datos, “muestran que los casos de ingresos al PARD de niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados venezolanos han aumentado un 30.7% en el año 2021, respecto del año 2020. A su vez, de enero de 2019 a diciembre de 2021, han ingresado 687 niñas, niños y adolescentes al PARD por razón de ser [niños y niñas] migrantes y refugiados no acompañados”.

71. Adicionalmente, de la totalidad de los ingresos al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados en Colombia, con fecha de corte al 31 de diciembre de 2021, se encuentran activos 3.643 procesos, con ocasión de y en los porcentajes que, a continuación, se sintetizan:

Motivo ingreso al PARD

Porcentaje del total de 3.648

Violencia y abuso sexual

28.2 %

Omisión o negligencia

26.2 %

Falta absoluta o temporal de responsable

14.5 %

Niñas, niños y adolescentes migrantes o refugiados no acompañados

6.5 %

Trabajo infantil

5.6 %

Otros motivos: alta permanencia en la calle, violencia física, abandono, etc.

19 %

72. Además, explicó que, en el marco del proyecto: “Acuerdo de Cooperación ACNUR – Defensoría del Pueblo para el fortalecimiento institucional frente a la activación de mecanismos y de la ruta Defensorial para la protección y exigibilidad de derecho a favor de niños, niñas y adolescentes y sus familias refugiados, migrantes y retornados”, la Defensoría del Pueblo advirtió que, desde el año 2021 se acrecentó el número de niños y niñas no acompañados y separados en los Municipios de Villa del Rosario, Los Patios, Chinácota, Pamplona, Cúcuta, Tibú y Puerto Santander, identificándose de enero a junio de 2021, 353 casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados, de los cuales 222 fueron no acompañados.

73. A su turno, destacó que 306 se encuentran en el rango de edad entre 13 y 17 años, “identificando que el riesgo en este grupo poblacional es más alto para los adolescentes. De los 353 casos, 135 lograron el restablecimiento de contacto familiar y 214 no, lo que implica mayor cobertura para las modalidades de atención de las instituciones competentes”. Ahora, en Nariño fueron registrados 8 casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados bajo el servicio de apoyo integral y durante el 2021 con fecha de corte mayo de 2021, “Aldeas Infantiles S.O.S reporta 23 casos de [niños y niñas] no acompañados en Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos en Ipiales”.

74. Por otro lado, respecto a los riesgos y obstáculos que enfrentan las niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados no acompañados, la Defensoría del Pueblo consideró que pueden ser víctimas de reclutamiento, violencia sexual, física, psicológica y/o emocional, violencia basada en género, uso y utilización por parte de actores armados, como también, el sometimiento a trata de personas, mendicidad, trabajo infantil, consumo de sustancias psicoactivas, abandono, negligencia, alta permanencia en calle, desnutrición, barreras para el acceso al derecho a la salud y a la educación.

75. Además de lo anteriormente expuesto, la Defensoría del Pueblo presentó ante la Corte algunas alternativas para la resolución del problema jurídico observado en el caso concreto. En ese sentido, enfatizó que, tanto la falta de canales diplomáticos con Venezuela como el vacío normativo frente a las niñas, niños y adolescentes que se encuentran solos y/o abandonados en el territorio colombiano, conlleva a que estos permanezcan de manera indefinida en hogares de paso y la evidente vulneración de sus derechos fundamentales, en contravía de la Convención sobre los Derechos de los niños y los estándares de internacionales de los derechos de los niños migrantes no acompañados.

76. De ese modo, la Defensoría del Pueblo considera que la Corte Constitucional, con la

finalidad de resolver la situación que hoy se analiza, puede acudir al marco jurídico internacional, pues esa situación no ha sido ajena a dicho instrumento; por ejemplo, lo previsto en el artículo 10 de la Convención de los Derechos de los Niños garantiza que, en contextos de migración internacional los niños tienen derecho a la reunificación familiar; como también, lo consignado en la Observación General No. 6 de 2005 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el “[t]rato de los [niños y niñas] no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen”. Además, indicó que pueden aplicarse, en su integridad el capítulo V de dicha Observación, como los principios determinados por el Comité, tales como, las obligaciones jurídicas del Estado, el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, el derecho del niño a expresar su opinión libremente y al respeto del principio de no devolución.

77. Asimismo, sostuvo que, otra opción consiste en que, si el retorno al país de origen es imposible por razones jurídicas o de hecho, se aplique la integración en el país de acogida por medio de un régimen legal, que incluya el permiso de residencia, garantizando los mismos derechos que los niños nacionales. Por otro lado, cuando se ha determinado que el niño es adoptable, se puede acudir a la adopción internacional. Y, por último, es posible acudir al reasentamiento en un tercer país, cuando el niño no puede regresar a su país y el Estado de acogida no puede contemplar una solución duradera para él.

78. Recordó que las niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados no acompañados gozan de los derechos reconocidos en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1954), el Protocolo para el Estatuto de Refugiados (1967), la Declaración de Nueva York para refugiados y los migrantes, y la Declaración de Cartagena sobre los refugiados, al igual que lo preceptuado en la Opinión Consultiva No. 21 de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre niñez migrante, que establece con precisión las obligaciones de los Estados en esa materia, razón por la que,

“todo el sistema de protección de los NNA debe considerar su condición sui generis y por tanto, existe una obligación de: (i) dar prevalencia al interés superior del niño y al goce

efectivo de sus garantías constitucionales por encima de cualquier considerar procedimental, (ii) hacer uso de todas las herramientas legales existentes para adelantar los procedimientos y (iii) buscar alternativas para el cumplimiento de los trámites encaminados al restablecimiento de los derechos de los niños”.

79. Ahora bien, luego de citar algunas figuras que han sido aplicadas por los Estados en los casos de niñas, niños y adolescentes no acompañados, la Defensoría del Pueblo se ocupó de señalar las medidas específicas que pueden adoptarse en el marco de los Procesos de Restablecimiento de Derechos de esa población de nacionalidad venezolana, teniendo como punto de partida la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a la no discriminación por razón de su nacionalidad, para lo cual, indicó que “la Corte Constitucional debe contemplar el establecimiento de un trámite especial que permita, de forma razonable, cumplir con las exigencias consagradas en nuestra normatividad, pero que también persiga la realización de acciones reales para restablecer los derechos de estos [niños y niñas] en riesgo”.

80. Como consecuencia de lo anterior, sugirió desarrollar, como acciones concretas, la identificación de las niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y el reconocimiento de su personalidad jurídica, por ejemplo, por medio del otorgamiento de permisos de permanencia transitoria, que los doten de identidad en su condición de migrantes y, de no encontrarse una nacionalidad efectiva, se debe considerar un riesgo de apatridia, momento en el cual “el Estado debe tomar todas las medidas encaminadas a restablecer el derecho a la nacionalidad”, y, cuando “los NNA migrantes no tengan el carácter de riesgo de apatridia, por ejemplo, por tener una documentación que demuestre lo contrario, debe igualmente buscarse si en su caso, se encuentran dadas las condiciones legales y constitucionales para que proceda la nacionalidad por adopción”.

81. Finalmente, la Defensoría del Pueblo concluyó, que, atendiendo lo dispuesto por el ordenamiento jurídico interno, es deber del Estado adelantar el proceso de restablecimiento de derechos sin distinción frente al origen nacional, por medio de una interpretación normativa conforme a las garantías constitucionales de las niñas, niños y adolescentes, es

decir, flexibilizando el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 1098 de 2006, con el propósito de adelantar y llevar a buen término tales proceso respecto de los niños venezolanos abandonados en Colombia.

Centro de Estudios en Migración y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes

82. Como preámbulo de su intervención, indicó que, el presente caso, “pone de manifiesto una situación estructural que viven otros niños en las mismas circunstancias, ante el cual el ordenamiento jurídico no da una respuesta ni clara ni satisfactoria en términos de proceso de los derechos de la niñez migrante y refugiada en Colombia”, siendo insuficiente el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV).

83. Tomando como fundamento el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y su derecho a crecer dentro del seno de una familia, de cara al fortalecimiento del concepto de dignidad aplicado a la niñez, la Universidad citó las Sentencias T-587 de 1998, T-1055 de 2001, T-220 de 2004, T-044 de 2014 y SU-696 de 2015, dictadas por esta Corte, que tratan sobre dicha materia. Lo anterior, para argumentar que es “una obligación del Estado remover aquellos obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y las niñas (...) [e]ste obstáculo que enfrenta la niñez migrante y refugiada en Colombia que ha sido abandonada y que se encuentra en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), expone a este grupo poblacional a condiciones gravísimas de vulnerabilidad”.

84. Posteriormente, después de anunciar las particularidades que giran en torno a las niñas, niños y adolescentes colombianos en situación de abandono en Colombia, recabaron sobre el procedimiento a seguir dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, y estudiar la situación de las niñas, niños y adolescentes extranjeros en situación de abandono en

Colombia y la condición de los infantes venezolanos abandonados en Colombia e hizo referencia al Memorando del ICBF del 28 de diciembre de 2018, en el que se establecieron “directrices para la atención de niños, niñas y adolescentes provenientes de Venezuela, con especial consideración frente a aquellos que no están acompañados”, a partir de cuatro escenarios: “(i) Familia de NNA en Colombia, (ii) familia colombiana del NNA venezolano que encuentre en otro país, (iii) familia de nacionalidad no colombiana en Venezuela y (iv) no se encuentra al núcleo familiar o este no es garante de derechos”.

85. Respecto al caso concreto y para efectos de rastrear e identificar la familia del niño en Venezuela, consideró que “es indispensable la existencia de relaciones entre las autoridades de ambos países que faciliten este flujo de información a través de sus consulados. La ruptura de relaciones diplomáticas y consulares entre Venezuela y Colombia, desde el 2019, impide que ello ocurra”. Esto, dada la importancia de la figura de la adopción de niños y niñas no acompañados, pues es imperioso agotar todas y cada una de las instancias que permitan, en última medida determinar el estado final de adoptabilidad. Sin embargo, para los niños, niñas y adolescentes no venezolanos abandonados en Colombia, “no habría ni siquiera mecanismos de regularización migratoria accesibles, como sí los hay para los [niños, niñas y adolescentes] venezolanos a través del ETPV. Esta ausencia de alternativas para los [niños, niñas y adolescentes] extranjeros, que no son nacionales venezolanos, exacerba aún más su situación de vulnerabilidad”.

86. En ese camino, concluyó que, en atención al principio de no devolución, el niño del caso bajo estudio no puede ser regresado a Venezuela, pues su vida, libertad e integridad corren peligro, máxime, cuando dicha medida se toma excepcionalmente y cuando obedezca al interés superior del niño, incluso, la imposibilidad de declarar al niño en situación de adoptabilidad no es una justificación suficiente para ello. No obstante, sí debe evaluarse si el niño requiere protección internacional y, en caso positivo, iniciar los trámites respectivos para su reconocimiento como refugiado. Por último, indicó que, si el niño abandonado en Colombia no tiene los documentos que demuestren su nacionalidad, deberá reconocerse su condición de persona apátrida y, por ende, la nacionalidad colombiana por adopción, esto

último, con fundamento en el artículo 65 de la Ley 2136 de 2021 y la Sentencia T-155 de 2021 dictada por esta Corte.

Observatorio de Migraciones de la Universidad Externado de Colombia

87. Inicialmente, la Universidad consideró que la declaratoria de adoptabilidad debe ser una situación excepcional, y debe surtirse siempre y cuando se haya constatado que la reunificación familiar no es posible, o, definitivamente es inconveniente para el niño. Como soporte de su afirmación, citó la Sentencia T-019 de 2020 proferida por la Corte Constitucional. Lo expuesto, tras manifestar que, precisamente, es obligación del Estado agotar todos los medios posibles para lograr la localización y reunificación familiar, teniendo como punto de partida el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, derivado de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Observaciones Generales 6 y 7, como también, la Opinión Consultiva 17 de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

88. En cuanto al otorgamiento de la nacionalidad colombiana a niños y niñas nacidos en el extranjero, comentó que no resulta aceptable que el Ministerio de Relaciones Exteriores, en la respuesta a la petición del 11 de febrero de 2021, en la que negó dicho otorgamiento, “se esgriman requisitos administrativos para obstaculizar la garantía efectiva de los derechos de sujetos de especial protección como los [niños y niñas]”, aspecto analizado por esta Corte en la Sentencia T-155 de 2021. Por lo tanto, “entendiendo las circunstancias de especial vulnerabilidad en la que se encuentran buena parte de los hijos e hijas de migrantes venezolanos en Colombia, se justifica ampliamente el otorgamiento de la nacionalidad a los menores de 18 años que por hallarse en dicha situación puedan encontrarse en riesgo de apatridia, o que aun siendo titulares de otra nacionalidad, al estar separados de sus padres, requieren que les sea concedida la nacionalidad colombiana como medida para la protección plena de sus derechos”.

Observatorio de Intervención Ciudadana de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá

89. De manera preliminar, la Universidad realizó un contexto social de la situación de vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes migrantes venezolanos en Colombia, para lo cual acudió, entre otras, a las cifras arrojadas por la Defensoría del Pueblo, en el 2019, en la publicación “Niñez y adolescencia migrante y refugiada”, en donde puntualizó que en Colombia 1.077 niños, niñas y adolescentes venezolanos que han ingresado al PARD, de los cuales, 247 lo hicieron por violencia sexual, 340 por condiciones especiales de cuidadores, omisión o negligencia, 141 no acompañados y 100 por trabajo infantil. Por consiguiente, consideró necesario que, “para diseñar e implementar las rutas para restablecer los derechos de los [niños y niñas] migrantes se articulen rutas de trabajo coordinado entre el ICBF, la Cancillería, el Ministerio de Relaciones Exteriores y las entidades territoriales”.

90. Señaló que, pese a que la Ley 1997 de 2019 estableció un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, para hijos e hijas de venezolanos, en cifras oficiales, se estima que estas políticas han beneficiado con el otorgamiento de la nacionalidad colombiana a cerca de 52.693 niñas y niños nacidos en Colombia, en riesgo de apatridia, es evidente que ello no ha sido suficiente, pues al establecer límites no se incluyeron a niños y niñas que no nacieron en territorio colombiano o habiéndolo hecho lo hicieron con anterioridad al 1 de enero de 2015.

91. Entretanto, en lo relativo a la declaratoria de adoptabilidad y lo que de ello se desprende, la Universidad citó las reglas de derecho que, según su criterio han sido establecidas por esta Corporación en las Sentencias T-663 de 2015, T-024 de 2017 y T-210 de 2019, para concluir que, “la Corte Constitucional debe realizar una ponderación entre la necesidad de la búsqueda de familia extensa, que para el caso concreto se torna dispendiosa e indefinida por

depender de las relaciones exteriores con el país venezolano, y los intereses del [niño] de tener una familia y adquirir la nacionalidad colombiana”; por lo tanto, invita a la Corte a cuestionarse “hasta qué punto este requisito podría convertirse en una barrera para garantizar los derechos e intereses de los [niños y niñas] cuando se encuentren en un estado de indefensión”, sobre todo, porque la ausencia de la nacionalidad colombiana no puede ser un obstáculo para garantizar integralmente a las niñas, niños y adolescentes la ruta de protección de sus derechos.

Clínica Sociojurídica de Interés Pública de la Universidad de Caldas

92. Para la Universidad de Caldas, es claro que, a la fecha, no existe normativa adecuada y concreta que permita resolver, pacíficamente, el asunto que hoy aborda la Sala Plena. Bajo ese aspecto, realiza un análisis dogmático sobre los estándares internacionales de protección a niños migrantes y su integración al bloque de constitucionalidad, revisando los derechos y garantías en favor de los niños y niñas, la institución de la adopción, el bloque de constitucionalidad en sentido amplio, para luego ahondar sobre el marco jurídico de protección de la infancia vulnerable en Colombia, inspeccionando tanto el Procedimiento Integral de Restablecimiento de Derechos, como los requisitos para acceder a la nacionalidad colombiana por naturalización, previstos en la Ley 43 de 1993. Además, estudió la prevención de la apatridia.

93. Frente al análisis del caso concreto, resaltó la falta de armonía entre el ordenamiento jurídico interno y los preceptos internacionales integrados a la Constitución por medio del bloque de constitucionalidad, esto, porque “dada la nacionalidad extranjera del [niño], no es aplicable al caso la legislación en materia de adopción que encuentra al interior del Código de la Infancia y la Adolescencia, mucho menos la legislación convencional en materia de adopción”. Sobre todo, señaló, porque los procedimientos internos actuales, además de ser insuficientes y restrictivos, no contemplan de manera concreta la “posibilidad de que al país ingresen [NNA] migrantes no acompañados, exigiendo de antemano requisitos legales para

la garantía integral de sus derechos y de su protección, requisitos como tener la nacionalidad colombiana para ser adoptable o estar dentro de la posibilidad de que las autoridades ubiquen a un familiar en el extranjero a quien responsabilizar de dichas obligaciones”, problemática que persiste en el tiempo, teniendo en cuenta la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares con Venezuela.

94. De ese modo, sugirió aplicar y acudir a la adopción internacional, desarrollada en la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño. No obstante, expuso la Universidad que “la Corte Constitucional debería plantearse una posible excepción de inconstitucionalidad a la hora de interpretar los procedimientos y normas del ordenamiento interno para el tratamiento de [NNA] migrantes no acompañados, a partir del caso concreto”, tal y como ya lo hizo en la Sentencia T-075 de 2015.

95. Aunado a ello, con posterioridad a la citación de diferentes reportajes periodísticos, nacionales y locales, que describen la situación de las niñas, niños y adolescentes venezolanos en Colombia, sostuvo que “se encuentra plenamente demostrado que las presuntas violaciones a derechos humanos no solamente obedecen al caso particular en que conceptúa, sino que se han venido dando de manera sistemática y reiterada hace varios años y en diferentes lugares del territorio colombiano, con el agravante de la ruptura de relaciones diplomáticas que han impedido encontrar a las familias de muchos de los [niños y niñas] y buscar la reintegración del núcleo familiar”.

96. En consecuencia, concluyó argumentando que la anterior situación genera un problema estructural que afecta a un gran número de personas, en este caso, niñas, niños y adolescentes, que ven afectados sus derechos y garantías fundamentales, “por lo que es necesario emitir órdenes de ejecución compleja para que se instruya por parte de la Honorable Corte Constitucional a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada”, por medio de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional.

Pronunciamiento sobre las pruebas decretadas en sede de revisión

Marisol Niño Cendales

97. El 25 de marzo de 2022, la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales, actuando en representación del niño JDAG, se pronunció sobre las pruebas decretadas y practicadas por la Corte.

98. Indicó que, según la respuesta presentada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, no existe duda sobre la ausencia de relaciones diplomáticas con la República de Venezuela y, por lo tanto, de la grave dificultad para ubicar a la familia del niño y, por consiguiente, el eventual otorgamiento de la nacionalidad por adopción.

99. Frente a la postura de Migración Colombia, sostuvo que puede colegirse la insuficiencia del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos para atender las necesidades del menor de edad extranjero y abandonado, lo cual, según la Defensora de Familia, se traduce en “la falta de diligencia y voluntad de las entidades gubernamentales para resolver la situación de estos niños, la cual se torna urgente por definir, dado que, como ocurre con el menor Álvarez, a pesar de encontrarse bajo el cuidado estatal – ICBF, desde hace más de dos y medio no ha podido acceder tener una familia, ni sentir que sus derecho priman sobre los demás y que su interés es superior, entre otros derechos vulnerados, con las consecuencias psicológicas que esto conlleva”.

100. Consideró que, teniendo en cuenta el informe presentado por el ICBF, en relación con los 235 niños y niñas que se encuentran en la misma situación que JDAG, la decisión que adopte la Corte podría “ser de inmensa ayuda también para ello, para que sus derechos sean respetados y garantizados”.

101. Por otro lado, resaltó la posición de la Universidad Externado de Colombia, relativa a la figura de la adopción como una medida excepcional y, posteriormente, señaló que ha intentado por distintos medios la ubicación de los familiares del niño, tanto en Venezuela como en Colombia sin lograr resultados positivos, incluso, más aún, a sabiendas de que la madre de JDAG conoce la situación del menor, es decir, que se encuentra bajo medida del ICBF. No obstante, “nunca ha llamado a preguntar por el niño”.

102. Manifestó que, coincide con el concepto emitido por la Universidad de los Andes, en relación con la aplicación del principio de no devolución para el caso concreto. Sin embargo, no comparte lo referente al estatus migratorio que podría solicitarse para el niño, dado que no se lograría la protección efectiva y actual de los derechos que ahora se encuentran trasgredidos, en tanto que seguiría a la espera de que se adopte una decisión al respecto.

103. Así mismo, señaló que comparte plenamente la exposición de la Universidad Libre de Colombia, en torno al concepto de la figura de la adopción y sobre la necesidad de que la ausencia de nacionalidad colombiana no se convierta en un obstáculo para garantizar los derechos de los niños venezolanos, abandonados en territorio colombiano.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-

104. El 28 de marzo de 2022, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF expuso los argumentos que, a continuación, se sintetizan, relativos al material probatorio recaudado por la Corte.

105. Inicialmente, resumió la respuesta emitida por ese mismo Instituto y se refirió luego a lo

expuesto por Migración Colombia y advirtió sobre la falta de pronunciamiento de la “Agencia de la ONU”. Ahora bien, respecto de los conceptos emitidos por las universidades invitadas, declaró que el “ICBF considera indispensable pronunciarse, particularmente para aclarar las competencias y las acciones adelantadas por la entidad”.

106. Frente a lo indicado por la Universidad de los Andes, señaló que el ICBF no solo emitió el memorando 776210 de 2018, sino también la línea técnica 78683 de 2020, en la cual se establecieron orientaciones de orden técnico para los Defensores de Familia sobre la atención a la niñez no acompañada, enfatizando la situación de la población proveniente de Venezuela.

107. Por otro lado, informó que el ICBF ha explorado múltiples alternativas tendientes a proteger los derechos de los niños venezolanos, esencialmente, a tener una familia y a no ser separados de ella, por ejemplo, mediante la suscripción de un convenio entre el Comité Internacional de la Cruz Roja y el ICBF, cuyo objeto sería promover las acciones de restablecimiento del contacto y la reunificación familiares en Venezuela conforme al principio del interés superior de los niños.

108. Respecto de la excepción de inconstitucionalidad a que alude la Universidad de los Andes, resaltó que esta fue utilizada por algunas autoridades administrativas en el curso de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos entre los años 2018 y 2019, para lograr ampliar los términos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, situación que, a su juicio, propició la inclusión del artículo 208 en la Ley 1955 de 2019.

109. Frente al concepto emitido por la Universidad de Caldas, el ICBF señaló que es un error advertir que, a partir de los artículos 18 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño se observe “un vacío normativo respecto a la necesidad de prever la figura de un tutor o asesor que brinde atención y vele por la garantía de los derechos de los menores de edad ante

posibles amenazas o vulneración de sus derechos, y en el caso particular, en relación con los niños migrantes”.

110. Ello, por cuanto independientemente de la condición regular o irregular de los niños extranjeros que sufren una eventual vulneración de sus derechos fundamentales, de conformidad con el principio de no discriminación previsto en el artículo 4 de la Ley 1098 de 2006, ellos gozan del derecho y las acciones propias de protección para quienes integran el Sistema Nacional del Bienestar Familiar, y les son aplicables las medidas adoptadas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, sin que se haya hecho diferenciación alguna fundada en su origen, nacionalidad o condición migratoria, máxime que resulta obligatorio para las autoridades administrativas iniciar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos cuando se evidencie alguna situación de vulnerabilidad en los niños, independientemente de su nacionalidad. Por lo tanto, de la aplicación del Código de la Infancia y la Adolescencia, por ejemplo, los artículos 79, 81 y 84, existen amplios mecanismos que hacen que la asignación de un tutor sea innecesaria.

111. En relación con la propuesta de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, consideró que esta no es procedente en los términos sugeridos por la Universidad de Caldas, pues el numeral 2 del artículo 1 de la Ley 43 de 1993, es una reproducción del artículo 96 de la Constitución, “de modo que no podría predicarse una contradicción evidente con el texto de la Carta, como se exige para el uso de la excepción de inconstitucionalidad”.

112. En torno a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, precisó los requisitos para su existencia dispuestos por esta Corporación, entre otras en la Sentencia T-025 de 2004, para concluir que el ICBF ha procurado realizar todas las acciones a su alcance para mitigar la problemática que ahora se analiza, por lo que no es posible identificar prácticas sistemáticas que puedan considerarse contrarias a la Constitución.

113. Posteriormente, el ICBF se pronunció sobre el contexto de la protección de los derechos de los niños migrantes provenientes de Venezuela, para lo cual, destacó lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 2021. Sin embargo, acotó que existe un grupo significativo de niños a quienes no es posible aplicar dicha norma, pues se tienen ciertas informaciones que dan cuenta sobre su condición civil definida en Venezuela y por tanto garantizada su nacionalidad. No obstante, resaltó la importancia que frente a este último grupo representa la aplicación del Estatuto Temporal de Protección, pues, en esencia, con éste se permite que accedan a la oferta social del Estado colombiano.

115. En relación con la activación de la ruta de protección de niñas y niños señaló que, sin importar su nacionalidad, al momento de identificar una presunta situación de riesgo, se activa el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y se adoptan las medidas previstas en el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

116. En torno a la inconveniencia de la adopción de niños y niñas extranjeros en el marco del derecho internacional, adujo que, si bien este último no lo prohíbe, lo cierto es que numerosas recomendaciones están en contra de esta medida, sobre todo, en el contexto migratorio, en donde es más restrictiva y excepcional, por ejemplo, la Conferencia de la Haya de 2014 y la Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño, que prescriben que una decisión en ese sentido puede ser precipitada que sólo debe contemplarse cuando, efectivamente, se haya verificado que el menor es adoptable.

117. Ahora, de forma más radical, ACNUR, “en una nota técnica sobre niñez migrante y refugiada de 1996, estableció que los niños refugiados en un contexto de emergencia no pueden ser dados en adopción, dado que la mayoría de los niños no acompañados no son huérfanos en todos los casos, lo que requieren es un cuidado provisional adecuado con miras a la posible reunificación con sus familias, no la adopción”.

118. En ese sentido indicó que teniendo en cuenta la importancia de lo anteriormente expuesto, solicitó una nota técnica a UNICEF para que se pronunciara sobre la declaratoria de adoptabilidad de los niños migrantes y en la respuesta emitida por dicha agencia, se relacionaron “los argumentos normativos y doctrinales que fundamentan, desde la perspectiva de UNICEF, el por qué la declaratoria de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes extranjeros no es recomendable en contextos de crisis y/o emergencias, como el contexto migratorio que afronta Colombia”.

119. Respecto de la declaratoria de adoptabilidad para niños y niñas extranjeros dentro del PARD, describió las acciones que desarrolla el Estado en ese sentido, concluyendo que dentro del marco jurídico colombiano no se encuentra contemplada explícitamente la declaratoria de adoptabilidad de un menor extranjero, pues esta no puede ser anotada en el registro civil de nacimiento colombiano, por ser, precisamente, inexistente en Colombia; por lo tanto, dijo, dicha actuación podría configurar una posterior nulidad que imprime mayor incertidumbre y desprotección al menor; de ahí la importancia, según la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la comunicación entre los países respecto a la garantía de los niños extranjeros, sobre todo, de los no acompañados, de cara a la búsqueda de información en su país de origen.

120. En lo referente a la declaratoria de adoptabilidad para niños y niñas extranjeros dentro del PARD y más precisamente para el caso de los provenientes de Venezuela, el ICBF ha identificado ciertos perfiles como: “la apatridia (nacionalidad y personalidad jurídica); no acompañados (a tener una familia); con necesidades de refugio (vida e integridad personal); en algunos casos, víctimas de trata de personas (integridad personal, vida y dignidad) y el tráfico de migrantes (integridad personal, vida y dignidad)”.

121. Bajo ese aspecto, el ICBF explicó que el Estado colombiano ha proferido una serie de

disposiciones encaminadas a subsanar lo anteriormente identificado, por ejemplo, la Resolución No. 8617 de 2021, de la cual puede evidenciarse que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos para dicha población presenta limitaciones prácticas como la búsqueda de la familia, la consolidación de los estados civiles, entre otros. Por lo tanto, en criterio del ICBF, tales barreras pueden ser resueltas por el Congreso de la República, ante el evidente vacío normativo existente.

Intervención de Panaiotas Bourdoumis Rosselli y Guillermo Romero Ocampo, en calidad de “Hogar Sustituto de Emergencia por COVID 19”, del menor JDAG

122. Relataron que el niño fue recibido por su familia en julio de 2020, “y podemos manifestar que tenerlo entre nosotros ha sido no solo una verdadera bendición, sino una experiencia única en que el aprendizaje y la entrega fraterna hacía él, y de él hacía nosotros, no tiene posibilidad de ser medida.”

123. Comentaron que el crecimiento del menor, durante 19 meses -tiempo que estuvo con la familia- ha sido exponencial, incluso, cuando llegó a su hogar “ni siquiera hablaba”. Tuvo la oportunidad de estudiar en un jardín infantil, viajar por el país, como también, aprendió a nadar, a montar a caballo, a reír, entre muchos otros aspectos positivos tanto para ellos como familia, como para JDAG.

124. De esa manera, consideraron que cerrarle las puertas a ese mundo que se abre con amplias posibilidades, no puede ser obstaculizado debido a su nacionalidad, pretendiendo que se encuentre al cuidado del ICBF por 14 años más, como lo declararon los jueces de tutela, pues ello desconoce no sólo la naturaleza de la acción de tutela, sino los postulados que la Carta Política consagra en beneficio de los derechos fundamentales de los niños.

125. Finalmente, compartieron con la Corte la siguiente experiencia: “Cuando se celebró el día de la madre en el jardín infantil, mientras todos sus compañeros entre 3 y 6 años daban personalmente las gracias a sus madres por el amor y el cuidado que recibía de estas, JDAG, por su parte agradeció la Panaiotas con la siguiente frase: gracias por cuidarme”.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

126. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991 y el Auto del 30 de agosto de 2021, por medio del cual, la Sala de Selección Número Ocho seleccionó el presente caso.

B. Análisis de la procedencia de la acción de tutela

127. Para iniciar, es necesario verificar si, en el presente caso, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela que se desprenden del artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991. En el evento en que así sea, corresponderá plantear el caso, definir el problema jurídico y exponer el esquema para resolverlo. Los requisitos generales de procedencia son: legitimación por activa y por pasiva, inmediatez y subsidiariedad.

Legitimación en la causa por activa

128. Para el análisis de este requisito el juez de tutela debe verificar la titularidad de los derechos fundamentales de la persona que acude a la acción de tutela o de quien actúa en representación de un tercero, tenga facultad legal para actuar como tal en el proceso de tutela. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo para la defensa de los derechos fundamentales constitucionales al que puede acudir cualquier persona, “por sí misma o por quien actúe en su nombre”. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 prevé que la acción de tutela puede ser interpuesta en forma directa por el interesado; o, por vía indirecta, ya sea (i) por intermedio de un representante legal; (ii) apoderado judicial; (iii) por medio de un agente oficioso; o, (iv) en cabeza del Defensor del Pueblo o sus delegados en los términos de los artículos 46 a 49 del Decreto 2591 de 1991.

129. Cuando se trate del ejercicio del mecanismo de amparo constitucional para la defensa de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, la Corte Constitucional ha establecido que es necesario realizar una lectura flexible de este requisito de procedibilidad. En efecto, esa lectura es razonable a la luz del artículo 44 de la Constitución que dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger a las niñas y niños y adolescentes, por lo que “[c]ualquier persona puede exigir de la autoridad competente [el] cumplimiento [de dicha obligación] y la sanción a los infractores”. De ahí que, sin perjuicio de que, por regla general, son los padres quienes ejercen la representación de los niños y niñas a través de la patria potestad, ello no obsta para que en circunstancias particulares otras personas o autoridades puedan promover la tutela en favor de sus derechos.

130. En este caso, la Defensora de Familia del ICBF, Marisol Niño Cendales, interpuso la acción de tutela en nombre y representación del niño JDAG, habida cuenta que, desde los primeros días de octubre de 2019, el niño fue “abandonado por su madre”, quien estaba a cargo de su cuidado, dejándolo en manos de una conocida del trabajo que “no tiene parentesco, ni grado de consanguinidad con el niño, ya que la mamá del niño era una amiga

que había conocido en un bar”. En consecuencia, desde el 26 de noviembre de 2019, el niño “quedó bajo la responsabilidad y cuidado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

131. El artículo 44 de la Constitución dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes, por lo que “[c]ualquier persona puede exigir de la autoridad competente [el] cumplimiento [de dicha obligación] y la sanción a los infractores”. A su vez, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, los Defensores y las Defensoras de Familia del ICBF tienen la función de “[p]romover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.” Así mismo, de conformidad con lo previsto en el numeral 12 de ese mismo artículo deben, además, “[r]epresentar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.”

133. En virtud de lo anterior, en el caso sub examine se encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

134. Los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, disponen que la acción de tutela es procedente cuando se interpone contra autoridades públicas, o contra ciertos particulares, cuya acción u omisión pueda ser vinculada de forma directa o indirecta a la causa de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental. Al tratarse de una autoridad pública, sus

funciones deben corresponder con las actuaciones exigidas para la garantía de los derechos.

135. En este caso, las omisiones que pudieron afectar los derechos fundamentales del niño parten, en primer lugar, de la presunta ausencia de respuesta a sendos derechos de petición formulados por los Defensores de Familia del ICBF al Ministerio de Relaciones Exteriores el 23 de octubre de 2020 y 10 de febrero de 2021, el segundo de los cuales se refiere a la solicitud de otorgamiento de la nacionalidad colombiana por adopción a favor del niño JDAG, y que de acuerdo con la accionante, no habían sido contestados para el momento de la interposición de la acción de tutela; y, que como consecuencia de lo anterior, en segundo lugar, transcurridos más de 2 años, no se le ha podido definir al niño su situación jurídica, precisamente por no contar con la nacionalidad colombiana que no le ha sido otorgada. Por lo anterior, en últimas, las pretensiones de la acción de tutela están finalmente encaminadas a que se le otorgue al niño la nacionalidad colombiana por adopción para que a continuación se pueda resolver su situación jurídica y, en consecuencia, se adopten las medidas que correspondan conforme al interés superior del niño y a la prevalencia de sus derechos.

136. La Sala advierte que el mecanismo constitucional es procedente en esta oportunidad en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República, que son las autoridades públicas del orden nacional que cumplen funciones relacionadas con las acciones, decisiones u omisiones que eventualmente podrían derivar en la afectación de los derechos fundamentales en cuestión. En efecto, los trámites relacionados con el proceso de naturalización para conceder la nacionalidad colombiana por adopción se encuentran en cabeza del Presidente de la República, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 43 de 1993, sin perjuicio de la delegación en el Ministro de Relaciones Exteriores, pues la misma no vacía la competencia que la ley atribuye. Por su parte, fue ante el Ministerio de Relaciones Exteriores ante el cual se señaló que se presentaron los derechos de petición mencionados por la accionante en su demanda y, en todo caso, es esa entidad la que cuenta con la facultad de expedir las cartas de naturalización y las autorizaciones para inscribir como colombianos a los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento. Por tanto, se acredita su relación con los asuntos objeto de análisis en la tutela.

137. En consecuencia, los hechos que suscitan la presente acción de tutela están dentro de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico a estas entidades y, por lo tanto, en el caso sub examine, se encuentra también satisfecho el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez

138. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo a través del cual se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente conculcados, motivo por el cual, se exige al demandante haber ejercido la acción en un término razonable, proporcionado, prudencial y adecuado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales. Este requisito obedece al hecho de que la acción de tutela es un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente, orientado a asegurar la efectividad concreta y actual de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política.

139. Sobre esa base, es el juez constitucional el encargado de establecer, a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto, y con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, si el amparo se promovió dentro de un lapso prudencial, de suerte que, de un lado, se garantice la eficacia de la decisión a proferir y, de otro, se evite satisfacer las pretensiones de aquellos que, por su inactividad, acudieron tardíamente en defensa de sus intereses. Para tal efecto, el juez constitucional habrá de considerar, entre otras cosas, que existen casos en los que cabe flexibilizar el requisito de inmediatez, de suerte que no será exigible en estricto rigor, entre otros eventos, “cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual”, lo que amerita el amparo inmediato de los derechos fundamentales.

140. En este caso, la Sala Plena encuentra también acreditado el requisito de inmediatez en tanto se señaló que el 23 de octubre de 2020, el Defensor de Familia que en un principio estuvo a cargo del PARD del niño, presentó la primera solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de “obtener información sobre cuál es el procedimiento aplicable al caso en concreto; cuál es el mecanismo para localizar a la madre o parientes del niño; si existen tratados, acuerdos o convenios entre Venezuela y Colombia, respecto de la cooperación internacional para los derechos de los niños en esta situación.” Luego, el 11 de febrero de 2021, la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales, en su calidad de representante del niño JDAG, presentó al Ministerio de Relaciones Exteriores solicitud de reconocimiento de la nacionalidad colombiana por adopción a su favor. Y, la acción de tutela fue presentada el 11 de marzo de 2021, es decir, transcurrieron apenas 28 días, término más que razonable y proporcionado para elevar la solicitud de amparo constitucional.

141. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte evidencia que, este caso, no debe circunscribirse al simple análisis de la presunta vulneración del derecho de petición, puesto que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño a la vida digna, a la igualdad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, y a una nacionalidad material, es actual y continua. En efecto, el niño fue dejado a disposición del ICBF desde el 26 de noviembre de 2019 y a la fecha, dicha institución no ha podido definir su situación jurídica y, por tanto, restablecer de manera definitiva sus derechos. Lo anterior, toda vez que: (i) según lo señaló la accionante y así lo corroboró el propio Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el 23 de febrero de 2019, hay una ruptura integral de las relaciones diplomáticas y consulares entre Colombia y Venezuela y, además no existe canal alguno que permita la búsqueda de los familiares del niño en su país de origen; (ii) en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, conforme al Código de la Infancia y la Adolescencia se han adoptado apenas medidas transitorias para garantizar la efectividad de algunos derechos, pero no ha sido posible avanzar en la adopción de decisiones definitivas que garanticen la plena satisfacción de los mismos; (iii) el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, al exigir que la resolución de adoptabilidad proferida por el Defensor o la Defensora de Familia sea inscrita en el registro civil del niño, impide que niños, niñas y adolescentes como JDAG, quienes

cuentan con nacionalidad venezolana pero que fueron abandonados por sus familiares en Colombia, puedan ser declarados en situación de adoptabilidad.

142. Las mencionadas circunstancias de hecho se mantienen incólumes a la fecha por lo que, a pesar de que el niño lleva más de dos años bajo el cuidado del ICBF y ha estado en dos hogares sustitutos, dicha entidad y la Defensora de Familia a cargo del PARD, no han podido avanzar en la determinación de una medida definitiva para el restablecimiento de sus derechos, no obstante que el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 dispone que “la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los 6 meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de derechos del [niño] término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad judicial”. Así pues, la alegada vulneración de los derechos fundamentales del niño JDAG puede ser calificada como actual y continua.

143. En virtud de lo anterior, la Sala encuentra cumplido el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

144. El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En efecto, la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial de carácter subsidiario y residual, en virtud del cual es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares en los casos expresamente previstos por el legislador.

145. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela significa que esta solo es procedente cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir o, cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

146. Así pues, la acción de tutela procede como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el actor no disponga de otro medio de defensa judicial; o, (ii) cuando existiendo, el medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral sus derechos fundamentales. Mientras que procederá como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, la tutela se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a una garantía fundamental.

147. En este caso no existe un medio de defensa judicial ordinario, idóneo y eficaz que permita la protección oportuna de los derechos a la vida digna, a la integridad, a la igualdad, a tener una familia y no ser separado de ella, a una nacionalidad que se pueda ejercer de forma material, y al cuidado y al amor del niño JDAG. En efecto, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe ningún trámite judicial mediante el cual la Defensora de Familia pudiere solicitar a un juez de la República (i) el restablecimiento de las relaciones diplomáticas y consulares entre Colombia y Venezuela para restituir los canales para la búsqueda de los familiares del niño en Venezuela o, (ii) que adelante el proceso de adopción, aun cuando la declaratoria de adoptabilidad del niño no estuviere perfeccionada por no tener el registro civil de nacimiento.

148. En consecuencia, en este caso, la acción de tutela es el mecanismo de protección idóneo y definitivo para salvaguardar los derechos presuntamente vulnerados del niño JDAG.

149. En cualquier caso, la Sala evidencia que los Defensores de Familia que han estado a cargo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos del niño, adelantaron ante el Ministerio de Relaciones Exteriores las gestiones que consideraron necesarias y

pertinentes para recabar información sobre la existencia de instrumentos internacionales suscritos entre Colombia y Venezuela, que pudieren contener y determinar el procedimiento a seguir para iniciar la búsqueda de los familiares del niño en Venezuela, así como iniciar el proceso de reconocimiento de nacionalidad colombiana por adopción a favor del niño venezolano que ha sido abandonado en Colombia.

150. Así pues, al no existir un mecanismo judicial idóneo para garantizar los derechos del niño presuntamente vulnerados y por haberse agotado ante las demandadas las gestiones administrativas pertinentes, la Sala encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad.

C. Delimitación del caso, planteamiento del problema jurídico y metodología de la decisión

151. En el marco de lo expuesto en líneas precedentes, se tiene que en el presente caso, un niño de nacionalidad venezolana en situación irregular, hijo de una ciudadana venezolana también con estatus migratorio irregular y con un presunto padre en situación de calle y con problemas de adicción que, en todo caso, no lo reconoció como hijo, desde el 26 de noviembre de 2019 se encuentra en situación de abandono, por lo cual, es sujeto del proceso de restablecimiento de derechos, en los términos del Código de la Infancia y la Adolescencia y los artículos 44 y 100 de la Constitución Política.

152. Aun cuando han transcurrido más de 2 años desde que el niño fue abandonado, el ICBF se ha enfrentado a la imposibilidad jurídica de “reintegrarlo a su medio familiar o declararlo en adoptabilidad”, porque: (i) pese a los esfuerzos del ICBF, no ha sido posible ubicar a un núcleo familiar garante de sus derechos; (ii) “no existe un canal diplomático entre Colombia y Venezuela en este momento, que permita la búsqueda de los familiares del niño a ver si desean y pueden hacerse cargo de él”; y, (iii) “existe un vacío legal para [declarar la adoptabilidad del niño] por no ser un niño colombiano, sino ostentar la nacionalidad venezolana”. Esa imposibilidad de definir la situación jurídica del niño implicaría que este tendría que “permanecer en el Sistema de protección colombiana, ya sea en hogares

sustitutos o Instituciones con este fin, sin un arraigo afectivo, ni familiar, ni de ninguna clase, hasta que cumpla los 18 años y salga del sistema de protección del ICBF.”

153. Este hecho, tal y como fue expuesto en la acción de tutela, además plantea la posible existencia de un trato diferenciado respecto de niños hijos de venezolanos nacidos en Colombia o en el territorio limítrofe a los que el Estado colombiano “les ha concedido la nacionalidad (...) a través de la Resolución 8470 de 2019 de la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Ley 1997 de 2019, quienes, al ser abandonados por sus padres, pueden ser declarados en adoptabilidad si no existe ningún pariente que quiera y pueda hacerse cargo de ellos”. Al no ser colombiano o nacido dentro de los límites del territorio Nacional, es imposible iniciar el proceso de adopción, pues ello implicaría una modificación en su registro civil por orden judicial, medida que no está prevista en el ordenamiento jurídico para niñas, niños adolescentes venezolanos no acompañados, por la potísima razón de que no poseen un registro civil de nacimiento en Colombia.

154. Aunque en la acción de tutela se afirmó que el 23 de octubre de 2020 se elevó un derecho de petición de información tanto al Ministerio de Relaciones Exteriores como a la Presidencia de la República, no hay constancia alguna en el expediente que ello haya ocurrido. Lo que sí está probado es que el 11 de febrero de 2021, la Defensora de Familia del ICBF, en representación del niño, solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores le concediera la nacionalidad colombiana por adopción, con el fin de que se le otorgue un registro civil de nacimiento colombiano pues con ello se podrían superar algunas de las barreras existentes para definir su situación jurídica. También está probado que el 19 de marzo de 2021, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio respuesta oportuna y por escrito a esta solicitud con lo cual se comprueba que no se violó el derecho fundamental de petición, solo que la respuesta fue de carácter negativo pues en ella se señaló que no “era posible adelantar el trámite de nacionalidad colombiana por adopción” respecto del niño, por no cumplir este “con las condiciones y requisitos dispuestos para su aplicación”, en tanto “la nacionalidad colombiana por adopción no se otorga directamente a un [niño]”, pues solo puede “hacerse extensiva a los hijos menores de la persona [adulta] a quien se le otorgue la nacionalidad”.

155. Resuelto el tema relacionado con la presunta vulneración del derecho de petición, conforme a lo expuesto, en este caso, le corresponde entonces a la Sala Plena resolver el siguiente problema jurídico:

¿Luego de haber sido abandonado en Colombia, al haber negado la nacionalidad colombiana por adopción a favor del niño JDAG en respuesta a la solicitud elevada en su nombre por la Defensora de Familia, el Ministerio de Relaciones Exteriores le vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica, a la igualdad y a la nacionalidad material y, por ello, no ha sido posible resolver su situación jurídica y adoptar las medidas que corresponden conforme al ordenamiento jurídico para el restablecimiento de sus derechos, reintegrándolo a su familia o declararlo en adoptabilidad?

Para resolver este problema jurídico, la Sala Plena se referirá: (i) a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección en el Derecho Internacional; (ii) a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes en el marco del Derecho Internacional; (iii) a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico interno; (iv) a la situación de los niños, niñas y adolescentes en Colombia migrantes de Venezuela y en el marco de esa coyuntura a las medidas que se han adoptado; (v) al concepto de la nacionalidad, su alcance y contenido como derecho fundamental y las disposiciones que regulan en Colombia su reconocimiento; (vi) el proceso de restablecimiento de derechos, la definición de la situación jurídica y las medidas a adoptar, incluida la declaratoria de adoptabilidad; y, finalmente, (vi) dará solución al caso concreto.

(i) Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección en el Derecho Internacional

Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección en el Derecho Internacional

156. Los Estados, al ratificar tratados o convenios internacionales adquieren obligaciones frente a la comunidad internacional y otros Estados y, en algunos escenarios, frente a quienes residen en sus territorios. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde 1945 la comunidad internacional ha adoptado un conjunto de instrumentos que se conciben como la base jurídica de los derechos humanos, a través de los cuales se ha determinado su alcance y contenido. Además de ello, dichos instrumentos han definido las obligaciones correlativas en cabeza de los Estados para garantizarlos y protegerlos. En general, al ratificar un tratado de derechos humanos, los Estados Parte tienen el deber de garantizar que los principios y disposiciones consagradas surtan pleno efecto jurídico en la legislación, las políticas y las prácticas nacionales.

157. En ese marco, la República de Colombia ha ratificado múltiples tratados y convenios de derechos humanos que protegen de forma particular los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estos, conforme al artículo 93 Superior hacen parte del bloque de constitucionalidad. En el presente acápite, se hará una breve referencia a esos instrumentos, con el fin principal de identificar y determinar las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano para la protección y garantía de los derechos de los niños.

158. Aunque existen diversos instrumentos, tanto vinculantes como no vinculantes, que contienen disposiciones específicas, o principios dirigidos a informar el ámbito de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, el presente acápite dará prevalencia al análisis de la Convención sobre los Derechos de los Niños, en atención a que fue “la primera ley internacional”, es decir, el primer tratado vinculante dedicado exclusivamente a los

derechos de los niños que, por tanto, supuso el reconocimiento de estos como “sujetos titulares de derechos, de su dignidad como personas, así como de la especial protección de la que son merecedores por su condición de desarrollo”. Así pues, esa Convención es la fuente principal de las obligaciones del Estado de Colombia, para protección y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

159. Así mismo, considerando que “los diferentes sistemas de protección de derechos humanos se nutren y se complementan mutuamente en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos”, posteriormente se hará una breve revisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de algunas interpretaciones relevantes que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han efectuado sobre las obligaciones del Estado en materia de protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

a. a. La Convención sobre los Derechos del Niño

161. La Convención, a lo largo de sus 54 artículos dispone que los niños “son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones”. Como “primera ley internacional” sobre los derechos de este grupo especial, “es de carácter obligatorio para los Estados firmantes”. En consecuencia, los Estados Parte, están obligados a “adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención”.

162. La Convención sobre los Derechos del Niño es “la norma internacional que define quién debe ser considerado como (...) niño y, por tanto, en relación a quienes se aplican los efectos de dicho tratado”. En ese sentido, el artículo 1 dispone que se entiende por “niño” todo “ser

humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En tanto la definición del término “niño” usado en la Convención, coincide con la acepción más amplia e inclusiva de “niños, niñas y adolescentes”, en la presente providencia se dará uso, de manera prevalente, a esta última.

163. En virtud de esa Convención, los Estados Parte, entre ellos Colombia, adquirieron obligaciones de protección y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Entre otras cosas, se obligaron a: (i) respetar los derechos enunciados en ella y a asegurar “su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus aspectos o de sus representantes legales”; (ii) asegurar la protección de los niños y el cuidado necesario para su bienestar; y (iii) adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

164. En cuanto al interés superior de las niñas, niños y adolescentes, la Convención dispone la obligación de las autoridades de tener en especial consideración la satisfacción y protección de los derechos de los niños. Específicamente, el artículo 3.1. del instrumento mencionado dispone que “[e]n 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 [la] que se atenderá será el interés superior del niño”.

165. En consonancia con lo anterior, en virtud de la Convención, el Estado de Colombia se obligó a proteger y garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes a la vida, a la supervivencia y desarrollo; al nombre y la nacionalidad; a no ser separados de sus padres salvo que ello sea necesario para proteger el interés superior de estos; y a garantizar un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, entre

otros.

166. Asimismo, la Convención es fuente de la obligación particular de proteger y dar asistencia especial a los niños, niñas y adolescentes que han sido separados temporal o permanentemente de su medio familiar. Y en el artículo 21, señala obligaciones dirigidas a los Estados que, como Colombia, admiten el sistema de adopción.

167. En suma, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño el Estado de Colombia (i) se obligó a proteger y garantizar los derechos de todos y cada uno de los niños que se encuentren en su jurisdicción, entre los cuales se encuentran, los derechos (a) a la vida; (b) a la nacionalidad; (c) a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; y (d) a no ser separados de sus padres salvo que ello sea necesario para proteger su interés superior.

168. Para el efecto, el Estado se comprometió a (ii) adoptar todas las medidas internas que resultaran necesarias y adecuadas, (iii) dar prevalencia al interés superior de los niños siempre que tuviera que decidir sobre alguna medida que les concierna; (iv) dar asistencia y protección especial a las niñas, niños y adolescentes que se encuentran temporal o permanentemente privados de su medio familiar; y (v) reconocer que la adopción en un país diferente al del origen del niño, puede ser considerada como una forma de cuidarlo en el caso en que este no pueda ser atendido de manera adecuada en su país de origen, siempre que ello obedezca su interés superior.

b. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

169. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia el 28 de

mayo de 1973, en el artículo 19 dispone que todos los niños tienen derecho a las medidas de protección que su condición de niño demanda de parte de su familia, la sociedad y el Estado. En ese sentido, esa disposición “determina un ámbito de protección especial a los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes regulando a su vez las obligaciones especiales de protección por parte de los Estados.”

170. Al respecto, resulta relevante señalar que la existencia de una disposición particular para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al interior de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no significa que los demás artículos de ese tratado sean irrelevantes para la protección de sus derechos. Por el contrario, al aproximarse y examinar el ámbito de protección del que son destinatarios los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debe considerarse que:

(i) Los niños, niñas y adolescentes “poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición”. De modo que, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece particularmente para los niños, niñas adolescentes, quienes por su estado de desarrollo necesitan de protección especial.

Lo anterior significa, que la obligación de protección especial contenida en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe leerse de manera sistemática con (i) el artículo 1.1. de esa misma Convención, que dispone las obligaciones de respeto y garantía de los derechos contenidos en ella por parte de los Estados, y (ii) el artículo 2, que exige a los Estados adoptar las disposiciones de derecho interno que fueran necesarias y adecuadas para dar efectividad al deber de protección especial de los niños, niñas y adolescentes.

(ii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha

reconocido la existencia de un corpus juris que se compone de diferentes instrumentos internacionales y que, en el Sistema Interamericano nutre el contenido y alcance de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, la Corte IDH, ha señalado que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños” el cual sirve “para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

Con fundamento en lo anterior, la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH han usado el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, para nutrir y sustentar sus pronunciamientos.

171. Sobre esa base jurídica, la CIDH ha señalado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “ubica a los Estados en una posición de garante de carácter reforzado [respecto de los niños, niñas y adolescentes], lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez”. Esto, habida cuenta que los niños, niñas y adolescentes “depende[n] de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos”, particularmente, “en las primeras etapas de sus vidas”, puesto que la intensidad de esa dependencia se “ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y su grado de madurez”.

172. Asimismo, la CIDH ha señalado que en los casos de niños que han sido abandonados por su familia y que, por tanto, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad “el Estado debe adoptar las medidas especiales, adecuadas e idóneas, para proteger los derechos del conjunto de niños que se hallen, o puedan encontrarse, en esta situación”. Esa obligación de protección derivada del artículo 19 de la Convención, y de los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, “supone la obligación por parte del

Estado de adoptar el marco normativo, las políticas públicas, programas, servicios, así como crear las instituciones y organismos apropiados, y cualquier otra medida necesaria, para la protección y la garantía de los derechos de los niños que se encuentran en este grupo especialmente expuesto a la vulneración de sus derechos”.

(ii) La protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes en el marco del Derecho Internacional

174. El Comité de los Derechos del Niño, mediante los documentos denominados “observaciones generales” publica sus interpretaciones sobre el alcance y contenido de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Dichas observaciones generales son orientaciones autorizadas sobre las medidas legislativas y políticas que los Estados deben adoptar para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

175. Mediante la Observación General No. 6 del 1 de septiembre de 2005, el Comité de los Derechos del Niño publicó su interpretación sobre el trato que deben recibir los niños no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Ese documento contiene lineamientos sobre las obligaciones resultantes de la Convención sobre los Derechos del Niño para sus Estados Parte, entre ellos el Estado de Colombia, en lo que concierne a ese grupo de migrantes, que son particularmente vulnerables.

176. La mencionada Observación General dispone que los niños migrantes que no se encuentran acompañados o que han sido separados de sus familias son particularmente vulnerables, puesto que tienen una mayor exposición a la explotación, a los abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil y a la privación de la libertad; con

frecuencia, son discriminados, no tienen acceso a alimentación, a una vivienda, a los servicios sanitarios o a la educación; y, las niñas no acompañadas y separadas de sus familias están particularmente expuestas a la violencia de género y a la violencia doméstica.

177. Señala que se entiende por “menores no acompañados”, de acuerdo con la definición de “niño” contenida en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre incumbe esa responsabilidad”. Por la acepción de “menores separados”, comprende a aquellos niños, niñas y adolescentes que “han sido separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de todos sus parientes”, por lo que, en ocasiones, se trata de niños y niñas acompañados por otros miembros adultos de la familia.

178. En cuanto a las obligaciones jurídicas derivadas de la Convención, la Observación General No. 6 reitera que los Estados están obligados a proteger y garantizar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados que se encuentren dentro de su territorio, inclusive, de aquellos que, al intentar ingresar al territorio nacional, se encuentren en las fronteras. Esas obligaciones resultantes de la Convención (i) “se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)”, (ii) incluyen la de “promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general” que sean necesarias para proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, (iii) son de carácter negativo y positivo, pues “obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del [niño], sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación”; y, (iv) exigen el desarrollo de “medidas preventivas de la separación”.

179. El objetivo final de regular en el Derecho Internacional y doméstico la situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de su familia es “identificar una

solución duradera que resuelva todas sus necesidades de protección, tenga en cuenta las opiniones del [niño] y (...) conduzca a resolver la situación del [niño] no acompañado o separado de su familia”. Así pues, los intentos de hallar soluciones duraderas para los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados deben comenzar “sin dilación y, de ser posible, inmediatamente después de que se determine que se trata de un [niño] no acompañado o separado de su familia”.

180. La búsqueda de una solución duradera (i) debe comenzar con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar. Así, la localización de la familia “debe gozar de prioridad”. Sin embargo, en los casos en que ello no es posible o no esté conforme a la protección de los derechos de la niña, niño o adolescente, la solución duradera puede implicar (ii) la integración del niño al país de acogida, (iii) la adopción internacional, o (iv) el reasentamiento del niño en un tercer país, en los casos en que ello contribuye a la reunión familiar, o constituye el único medio para protegerlo de manera efectiva y duradera. La Observación General No. 6 del Comité de los Derechos del Niño, explica las reglas mínimas que se deben contemplar al decidir sobre estas medidas, como se expone a continuación.

Reunión de la familia

181. El artículo 9 de la Convención impone a los Estados la obligación de impedir que las niñas, niños y adolescentes sean separados de sus padres contra su voluntad, por lo que, su cumplimiento en los casos de niños no acompañados o separados exige procurar, por todos los medios, que el niño se reúna con ellos. Sin embargo, en aplicación del interés superior, en algunos eventos esa obligación no es exigible. Por ejemplo, cuando el hijo es objeto de maltrato, abuso o descuido por parte de sus padres o cuando exista un riesgo razonable de que su retorno al núcleo familiar conduzca a la violación de sus derechos humanos fundamentales.

182. Bajo las anteriores circunstancias, el retorno al país de origen sólo puede contemplarse si se garantiza el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Para ello, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas: (i) la seguridad pública y las condiciones socioeconómicas del país de origen; (ii) la existencia de mecanismos para la atención individual del niño; (iii) las opiniones del niño manifestadas al amparo de su derecho de manifestar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afectan (art. 12 de la Convención), así como las de las personas que le representan y atienden en el país de acogida; (iv) el nivel de integración del niño en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; (v) el derecho del niño a “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares” (art. 8 de la Convención); y, (vi) la “conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño” y la consideración de “su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20 de la Convención).

183. Si los padres o miembros del núcleo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al niño, el retorno al país de origen no debe efectuarse. Excepcionalmente, el regreso podrá decidirse, si esa es la medida que mejor garantiza el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. En todo caso, las medidas de retorno se llevarán a efecto de una manera segura y teniendo presentes las necesidades específicas del niño, incluidas las relacionadas con el género.

Integración en el país de acogida

184. La integración en el país de acogida constituye la opción principal si el retorno al país de origen resulta imposible fáctica o jurídicamente. La integración en el país de acogida debe hacerse de manera estable, mediante permisos de residencia o similares, y debe estar regida por los derechos previstos en la Convención que son plenamente aplicables a todas las niñas, niños y adolescentes que permanecen en el país de acogida, con independencia de las razones que fundamentaron su permanencia en este.

185. En estos casos, las autoridades deben evaluar la situación del niño y, posteriormente, determinarán, en conjunto con él y su tutor, de ser el caso, las medidas apropiadas para facilitar su integración. La colocación del niño a largo plazo en un establecimiento debe ser una solución de última instancia y debe responder a su interés superior. El niño migrante no acompañado o separado debe tener acceso a los mismos derechos (educación, formación y asistencia sanitaria) que los niños nacionales, lo cual, puede exigir una especial atención por parte del Estado.

Adopción internacional

186. La adopción internacional de niños no acompañados o separados (art. 21 de la Convención) sólo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el niño, niña o adolescente es adoptable, lo cual, en la práctica significa que han resultado infructuosas las tentativas de localización y reunión de la familia o que los padres han dado su consentimiento para la adopción. El consentimiento de los padres debe ser libre e informado, lo cual supone que este no se ha obtenido mediante pago o contraprestación, ni ha sido retirado.

187. En los casos en que el Estado considere que la adopción es la medida que mejor garantiza el interés superior de la niña, niño o adolescente (art. 21 de la Convención), debe observar los siguientes parámetros: (i) los niños no acompañados o separados no deben ser dados en adopción con precipitación en medio de una emergencia; (iii) toda adopción exige la previa determinación de que responde al interés superior de las niñas, niños y adolescentes y debe ajustarse al derecho nacional e internacional; (iv) en todos los procedimientos de adopción debe solicitarse y tenerse en cuenta las opiniones del niño, teniendo en cuenta su edad y madurez, lo cual implica informarlo sobre las consecuencias de la adopción; (v) debe dársele prioridad a la adopción por parte de parientes en el país de

residencia. Si ello no fuera posible, se dará preferencia a la adopción en el seno de la comunidad de procedencia del niño, niña y adolescente o al menos dentro de su propia cultura.

188. La adopción no debe ser una opción cuando: (i) existe esperanza razonable de localizar a la familia y la reunión con esta responde al interés superior de las niñas, niños y adolescentes; (ii) es contraria a los deseos expresamente manifestados por sus padres; (iii) existe la posibilidad de repatriación voluntaria de la niña, niño o adolescente que se encuentra en asilo en un futuro próximo en condiciones de seguridad y dignidad.

189. En los casos en que haya transcurrido un período razonable en el que se implementaran todas las medidas para localizar a los padres u otros miembros de la familia sin que ello hubiera sido posible, la adopción puede considerarse como una opción. El período que se considera razonable para la búsqueda y localización de la familia de la niña, niño o adolescente puede variar en función de las circunstancias; sin embargo, el proceso de localización debe finalizar al cabo de un período razonable.

Reasentamiento en un tercer país

190. El reasentamiento del niño no acompañado o separado en un tercer Estado puede ser una opción válida cuando (i) contribuye a la reunión familiar en el país de reasentamiento, o (ii) constituye el único medio para protegerlo, de manera efectiva y duradera, contra la persecución o graves violaciones de los derechos humanos en el país inicial de acogida. La decisión de reasentar al niño debe basarse en una evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior del niño.

191. Al evaluar el interés superior del niño, antes de resolver sobre el reasentamiento, deben tenerse en cuenta factores como la duración de los obstáculos jurídicos o fácticos para el retorno del niño a su país de origen, el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad y el nombre (art. 8), la edad, el sexo, el estado emocional, la educación y los antecedentes familiares del niño, la conveniencia de la continuidad en la crianza del niño, los antecedentes étnicos, religiosos, culturales y lingüísticos del niño (art. 20), el derecho de este a preservar sus relaciones familiares (art. 8) y las posibilidades a mediano y largo plazo de reunión familiar sea en el país de origen, en el de acogida o en el de reasentamiento. El niño no acompañado o separado no debe ser trasladado a un tercer país si ello pone gravemente en peligro la futura reunión con su familia.

192. Además de las medidas descritas, la Observación General No. 6 se refiere, entre otros, al principio de no discriminación (art. 2 de la Convención), según el cual toda forma de discriminación basada en su condición de persona no acompañada, refugiada, solicitante de asilo o migrante, está prohibida; al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes (art. 3 de la Convención) conforme al cual las autoridades públicas deben “documentar la determinación del interés superior”, lo que exige “una evaluación clara y a fondo de la identidad de este y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”, y al principio de no devolución, que exige que el niño no sea devuelto al país de origen cuando “haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para [este]”.

193. Además, señala que el Estado debe garantizar la atención y alojamiento de los niños no acompañados (arts. 20 y 22 de la Convención), para lo cual, conforme al párrafo 3 del artículo 20 de la Convención, podrán considerar “la colocación en los hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de [niños]”. Al elegir una de esas opciones, el Estado debe tener en cuenta “las vulnerabilidades particulares del [niño], no sólo por haber quedado desconectado de su medio familiar, sino también por encontrarse fuera de su país de origen, así como la edad y el sexo del [niño]”. En particular, debe prestar particular atención a “la conveniencia de que haya continuidad en la crianza del [niño]”, por lo que, atendiendo al interés superior

“sólo se debe cambiar la residencia de los [niños] no acompañados o separados de su familia cuando con el cambio se preserve el interés superior del [niño]”.

194. En suma, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 6, señaló que los Estados están obligados a proteger y garantizar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados que se encuentren dentro de su territorio para lo cual, debe expedir leyes y crear las estructuras administrativas necesarias. Además, en los casos de niños no acompañados o separados el Estado debe buscar una solución duradera lo cual debe comenzar con (i) la búsqueda de la reunificación familiar. Sin embargo, en los casos en que ello no es posible o no esté conforme a la protección de los derechos de la niña, niño o adolescente, la solución duradera puede ser (ii) la integración del niño al país de acogida, (iii) la adopción internacional, o (iv) el reasentamiento del niño en un tercer país, en los casos en que ello contribuye a la reunión familiar, o constituye el único medio para protegerlo de manera efectiva y duradera. Al adoptar cualquiera de estas medidas el Estado debe respetar los principios de no discriminación, del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y de no devolución. Ahora bien, mientras se adopta alguna de estas soluciones permanentes el Estado debe brindarles atención y protección especial a los niños, lo cual implica solucionar lo relativo a su alojamiento.

(iii) Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico interno

195. Según el artículo 44 de la Constitución Política, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una especial protección. Esta disposición constitucional define el alcance de esa protección especial al establecer cinco reglas: (i) el reconocimiento del carácter fundamental de sus derechos; (ii) su protección especial frente a riesgos prohibidos como el abandono, la violencia física y moral, el abuso, o la explotación laboral; (iii) la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en su asistencia y protección; (iv) la garantía de su desarrollo integral; y, (v) la prevalencia del interés superior de sus derechos.

196. Adicionalmente, el artículo 44 señala que las niñas, niños y adolescentes también son titulares de los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia, entre los cuales se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos a las que se hizo referencia en el acápite anterior. Además, dado que esos tratados reconocen derechos humanos, tampoco pueden ser limitados en estados de excepción, por lo que conforme al artículo 93 de la Constitución hacen parte del bloque de constitucionalidad.

197. La protección especial de las niñas, niños y adolescentes en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales se justifica (i) en la necesidad de garantizar su dignidad humana, en virtud de la cual debe reconocérseles como sujetos autónomos de derechos, y (ii) en su “particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención”. Así pues, la Constitución reconoce el carácter fundamental de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia sobre los derechos de los demás miembros de la sociedad, e impone a la familia, a la sociedad y el Estado la obligación de protegerlos y asistirlos con el fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el efectivo ejercicio de sus derechos.

198. El primer llamado a responder por las necesidades de los niños, niñas y adolescentes es su mismo entorno familiar, sin embargo, en los casos en los que este no tiene las capacidades para asegurar el goce efectivo de sus derechos, la sociedad y el Estado tienen la responsabilidad de proveer los medios para que cese ese adicional “estado de vulnerabilidad”.

199. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional en aplicación del mandato de protección especial de las niñas, niños y adolescentes reiteradamente los ha reconocido como sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual significa que “la satisfacción de sus derechos e

intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna”. Así, esta especial protección constitucional exige considerar, en cada caso, principios más específicos como el principio de no discriminación, y el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

200. El principio de no discriminación requiere que el Estado “identifique activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos”. La Corte Constitucional ha reconocido y aplicado este principio al solucionar cuestiones relacionadas con los derechos de los niños. Así, por ejemplo, lo aplicó al resolver el caso de una niña con discapacidad a quien se le había negado el acceso a aulas regulares y, por tanto, se le había desconocido su derecho a la educación en condiciones de igualdad. También lo aplicó en el caso de dos niñas a quienes se les había negado la expedición de su registro civil de nacimiento por tener sus padres el mismo sexo, entre otros.

201. Por su parte, el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes implica reconocer en favor de las niñas, niños y adolescentes “un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral”, lo cual significa que todas las medidas que les conciernan, “deben atender a éste sobre otras consideraciones y derechos”. Lo anterior, “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada [niño], que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

202. Para determinar lo que el interés superior de cada niña, niño y adolescente demanda en cada caso, la Corte Constitucional ha señalado que deben evaluarse: (i) las consideraciones fácticas, es decir las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y (ii) las consideraciones jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil.

203. Ahora bien, la Ley 1098 de 2008, por la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia, en el artículo 8, reafirma que al interés superior de las niñas, niños y adolescentes es un “(...) 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”.

204. Además, señala que (i) las disposiciones de la Constitución y del bloque de constitucionalidad hacen parte integral de ese Código, y que, en todo caso, deberá aplicarse la norma más favorable al interés superior del niño; (ii) se tendrá en consideración que, en todo acto, la decisión, medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con las niñas, niños y adolescentes prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe un conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier persona; (iii) este grupo especial debe ser protegido, entre otras cosas, del abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención; (iv) tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella; así como (v) derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conforme a la ley.

(iv) La situación de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración masiva de población proveniente de Venezuela y las medidas que el Estado de Colombia ha adoptado

206. Históricamente, Colombia había “sido un país con altos niveles de emigración, siendo Venezuela uno de los principales destinos migratorios de colombianos”. Sin embargo, esa tendencia empezó a revertirse a partir del 2015, año en el que la caída en los precios del petróleo a nivel internacional agudizó la crisis económica, política y social en Venezuela, y

causó una “contracción sin precedentes del producto interno bruto del vecino país” que vino acompañada de “una caída rápida del poder adquisitivo, de los salarios reales y de la tasa de cambio”.

207. En consecuencia, entre mayo del 2017 y septiembre del 2018, la migración de personas desde Venezuela hacia Colombia se quintuplicó pasando de recibir 171.783 migrantes provenientes de Venezuela, a recibir a “alrededor de 1.032.016 ciudadanos venezolanos regulares e irregulares que tenían intenciones de permanecer en el territorio nacional”.

208. En el contexto de migraciones internacionales como la descrita los niños “pueden encontrarse en una situación de doble vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración”. En efecto, dentro de las situaciones que pueden agravar la condición de vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes se encuentra la condición de ser migrante ya que “por su condición de extranjeros pueden afrontar situaciones de desigualdad y, por ende, pueden tener menor acceso a programas de administración estatal, en especial, en casos en donde su condición migratoria es irregular”. Además, pueden enfrentarse a “vulneraciones asociadas a la exclusión social por xenofobia, discriminación, aporofobia o racismo”. Asimismo, la migración suele afectar “el acceso y la permanencia en el sistema escolar de [estos]”, y puede incrementar los escenarios de vulneración de derechos de los niños como “la explotación sexual, la separación y desprotección (...) y la violencia intrafamiliar y de género.”

209. Respecto de la situación de las niñas, niños y adolescentes migrantes, la Corte IDH en la opinión consultiva No. 18, que se refiere a la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, señaló que “[d]entro de las situaciones que agravan la condición de vulnerabilidad de los/as niños/as se encuentra la condición de migrantes”, debido a “‘situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”, las cuales conducen “al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado’”. Además,

explicó que “existen ‘prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad’”.

210. Las niñas, niños y adolescentes, en el marco de las migraciones, se desplazan, principalmente, en tres contextos, a saber: (i) hay quienes migran junto con sus familias; (ii) algunos migran sin compañía de sus padres, madres o responsables; y, (iii) y otros permanecen en el país de origen cuando sus padres y madres migran. Esta variedad de situaciones exige “que las autoridades de los países de tránsito o de destino desarrollen procedimientos adecuados para identificar las circunstancias en las que el niño [niña o adolescente] migrante se encuentra al llegar a dichos Estados”.

211. Con el fin de caracterizar cada uno de estos contextos en el marco de la migración masiva de población proveniente de Venezuela, a continuación, se hará una breve referencia a (i) la situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados o separados en ese específico contexto de migración, (ii) la situación de los niños, niñas y adolescentes que permanecen en Venezuela mientras sus padres migran y (iii) la situación en Colombia de los niños, niñas y adolescentes migrantes provenientes de Venezuela. Posteriormente, (iv) se hará referencia, de manera sucinta, a las medidas que el Estado de Colombia ha adoptado para hacer frente a la coyuntura migratoria de población proveniente de Venezuela.

La situación de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados o separados en el contexto de la migración masiva de población proveniente de Venezuela

212. Los niños no acompañados y separados “enfrentan riesgos aún mayores de abuso y explotación, así como numerosos desafíos para su inclusión en los sistemas nacionales de

protección infantil para acceder a derechos y servicios básicos y especializados. Además, enfrentan mayor riesgo de ser ingresados en centros de protección (instituciones), privados de libertad y sin contacto con sus familias”.

213. Además, ese grupo de niños, niñas y adolescentes migrantes “están entre los más invisibilizados, en parte debido a los mismos pequeños transitan evadiendo los puntos de control para no ser detectados, y también a causa de la ausencia de políticas públicas especialmente diseñadas para el tratamiento de este sector de la población”.

214. Como corolario de lo anterior, llevar un registro oficial y fidedigno de la cantidad de niños que se desplazan en alguna de esas situaciones no es una tarea fácil “debido a que la mayoría de ellos ingresa por puntos no controlados, pues no poseen documentos y tratan de evadir cualquier contacto con autoridades para evitar ser identificados y devueltos a su país de origen”. Además, la pandemia de la COVID-19 dificultó aún más los registros oficiales pues los canales autorizados de ingreso a otros países estuvieron cerrados, por lo que la población migrante continuó “huyendo por vías irregulares”.

215. Sin embargo, asociaciones privadas como el portal Hijos Migrantes, han hecho algunas aproximaciones numéricas, que han sido recopiladas por otros estudios e informes como el que publicó en mayo de 2021 el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, titulado “Pequeños en movimiento, Situación de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados procedentes de Venezuela”.

216. Dicho informe expone que para el 2019 “se calculaba que más de 20.000 [niños, niñas y adolescentes] habían llegado solos a Colombia”. Sin embargo, en el marco de la pandemia generada por la COVID-19 “cerca de 750 [niños] no acompañados retornaron a Venezuela”. Luego, con la “reapertura de la economía en países receptores, al menos 430 [niños] salieron de Venezuela solos o junto con otros menores de edad, entre octubre de 2020 y febrero de

2021". Por último, señala que "[e]ntre 2015 y 2019 unos 25.000 [niños] no acompañados o separados han salido de Venezuela".

217. Las razones por las cuales niños, niñas y adolescentes migran solos desde Venezuela "son muy variadas, e incluyen factores personales, familiares, políticos y socioeconómicos". Empero, en abril de 2021, la Directora Ejecutiva de Save the Children Colombia afirmó que el 70% de estos niños migran solos desde Venezuela con el fin de encontrar a sus padres o familiares, quienes han iniciado el viaje con anterioridad.

La situación de los niños, niñas y adolescentes que permanecen en Venezuela mientras sus padres migran

218. La migración masiva de población desde Venezuela hacia otros países también ha incrementado las cifras de abandono de niños en territorio venezolano, pues, con no poca frecuencia los padres migran sin sus hijos e hijas y los niños, niñas y adolescentes se quedan en Venezuela a cargo de familiares —que en ocasiones son también menores de edad—, conocidos, vecinos, o, incluso, solos.

219. Como consecuencia de la crisis humanitaria y económica, UNICEF, en 2019, incluyó por primera vez a Venezuela en la lista de emergencias para la infancia, porque, según datos de esa agencia, uno de cada tres niños necesita ayuda humanitaria, lo que equivale a que 3,2 millones de niños, niñas y adolescentes que requieren comida, medicinas y educación. Por su parte, el informe de Save the Children sobre la niñez en el mundo en 2019 clasificó a Venezuela en la posición 131 (de 176 países evaluados) en el Índice de Peligros para la Niñez.

220. En el año 2020 la CIDH, al presentar sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear la situación de derechos humanos

señaló que “pudo corroborar esta preocupante situación en su visita in loco, cuando tuvo oportunidad de recibir testimonios que le permite concluir la debilidad e interrupción de servicios esenciales como atención en salud y educación. Al respecto, recibió información que cientos de niños, niñas y adolescentes tienen que desplazarse hasta la ciudad de Cúcuta, cruzando la frontera diariamente para acceder a escuelas y servicios básicos de asistencia social”.

221. Como sucede en otros ámbitos, no se conocen cifras oficiales sobre el abandono de niños en Venezuela o sobre la cantidad de niños, niñas y adolescentes que hoy en día viven en las calles de ese país. Sin embargo, desde el año 2018 los medios de comunicación han venido denunciando que el “abandono por emigración va creciendo en intensidad”. Y se han publicado informes periodísticos que exponen cómo las “calles de Caracas están llenas de niños que corren, se ríen, se bañan en ríos sucios, buscan comida en la basura y también consumen drogas, son menores de edad abandonados que muestran una de las tantas caras de la severa crisis económica y social que azota al país petrolero que es Venezuela”.

222. En diciembre de 2020, el Centro Comunitario de Aprendizaje (en adelante CECODAP), el cual es una organización venezolana que desde 1984 trabaja en la promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, publicó un informe especial sobre los peligros y vulneraciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en contextos de movilidad humana y pandemia, en el que expuso que un “15,4% de los migrantes reportan separación de niños, niñas y adolescentes y sus padres producto de la migración de estos últimos. Esto representa una población estimada de entre 793.451 y 839.059 niños, niñas y adolescentes” que han sido dejados atrás por sus padres y cuidadores.

223. Ahora bien, en Venezuela el “Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes” fue creado por la Ley Orgánica de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela (LOPNNA) y se compone por un “conjunto de órganos, entidades y servicios” que tienen la función de formular, coordinar, integrar, orientar,

supervisar, evaluar y controlar “las políticas, programas y acciones de interés público a nivel nacional, estatal y municipal, destinadas a la protección y atención de todos los niños, niñas y adolescentes, y establecen los medios a través de los cuales se asegura el goce efectivo de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley”.

224. Según el artículo 125 de la Ley Orgánica de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, las medidas de protección “son aquellas que impone la autoridad competente cuando se produce en perjuicio de uno o varios niños, niñas o adolescentes individualmente considerados, la amenaza o violación de sus derechos o garantías, con el objeto de preservarlos o restituirlos”. Existen 10 tipos de medidas de protección que están reguladas en el artículo 126 de esa misma ley, así:

“Artículo 126 Tipos.

Una vez comprobada la amenaza o violación a que se refiere el Artículo anterior, la autoridad competente puede aplicar las siguientes medidas de protección:

a) Inclusión del niño, niña o adolescente y su familia, en forma conjunta o separada, según el caso, en uno o varios de los programas a que se refiere el Artículo 124 de esta Ley.

c) Cuidado en el propio hogar del niño, niña o adolescente, orientando y apoyando al padre, a la madre, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño, niña o adolescente, a través de un programa.

d) Declaración del padre, de la madre, representantes o responsables, según sea el caso, reconociendo responsabilidad en relación al niño, niña o adolescente.

e) Orden de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, ambulatorio o en régimen de internación en centro de salud, al niño, niña o al adolescente que así lo requiera o a su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso.

f) Intimación al padre, a la madre, representantes, responsables o funcionarios y funcionarias de identificación a objeto de que procesen y regularicen, con estipulación de un plazo para ello, la falta de presentación e inscripción ante el Registro del Estado Civil o las ausencias o deficiencias que presenten los documentos de identidad de niños, niñas y adolescentes, según sea el caso.

g) Separación de la persona que maltrate a un niño, niña o adolescente de su entorno.

h) Abrigo.

i) Colocación familiar o en entidad de atención.

j) Adopción.

Se podrá aplicar otras medidas de protección si la particular naturaleza de la situación la

hace idónea a la preservación o restitución del derecho, dentro de los límites de competencia del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que las imponga” (citas fuera del texto original).

225. Las anteriores medidas de protección son impuestas en sede administrativa por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, salvo la colocación familiar o en entidad de atención y la adopción, que deben ser impuestas por un juez. Además, salvo por la adopción, las medidas de protección pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas, en cualquier momento, por la autoridad que las impuso, cuando las circunstancias que las causaron varíen o cesen.

226. El Instituto Autónomo Consejo Nacional de Derecho del Niño, Niña y Adolescente (IDENNA), según Ley Orgánica de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela (LOPNNA), está adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes y tiene la misión de “garantizar los derechos colectivos y difusos de los niños, niñas y adolescentes”, para lo cual debe (i) proponer políticas públicas, (ii) crear entidades de atención y ejecutar programas de protección, las cuales, asimismo, tiene el deber de supervisar, (iii) solicitar a las autoridades competentes acciones y adjudicación de recursos para la solución de problemas específicos que afecten a los niños, niñas y adolescentes; (iv) conocer y denunciar casos de amenazas o violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre otras funciones.

227. Además, el Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes es el encargado de tener una Oficina Nacional de Adopciones que debe ejercer las siguientes funciones:

“a) Procesar las solicitudes de adopción internacional que hagan tanto personas residentes en Venezuela, que se propongan adoptar en otro país, como aquéllas que tengan su

residencia en el exterior, y se proponga adoptar en Venezuela.

b) Analizar y decidir sobre casos de niños, niñas y adolescentes con posibilidades de ser adoptados o adoptadas internacionalmente, haciendo para ello los estudios técnicos necesarios y dejando constancia de todas las actuaciones en expediente personalizado, incluidas aquéllas mediante las cuales se constató que la adopción internacional responde al interés superior de niño, niña y adolescente.

c) Analizar y decidir sobre casos de posibles adoptantes internacionales, haciendo para ello los estudios necesarios y dejando constancia de todas las actuaciones en expediente personalizado.

d) Llevar registro de los casos a los que se refieren los literales b) y c).

e) Velar porque en materia de adopción internacional se tomen las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales violatorios de los derechos y garantías consagrados en esta Ley.

f) Brindar asesoramiento pre y post adoptivo.

g) Realizar el seguimiento técnico de las adopciones internacionales, solicitadas en otro país por personas residentes en Venezuela.

h) Preservar la confidencialidad de toda información que se encuentre en los respectivos

expedientes de adopción, independientemente de que la misma sea concedida o no.

i) Producir y evaluar estadísticas nacionales en materia de adopción, tanto nacional como internacional”.

228. Sin embargo, desde el inicio de la crisis económica, social y política en Venezuela organizaciones civiles y privadas han informado respecto del funcionamiento del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que (i) “[l]os programas [para la atención de la niñez] no cuentan con el personal suficiente para su atención”; (ii) la institución no “presenta memorias, [ni] cuentas” sobre el gasto del presupuesto público; (iii) tampoco elabora o publica “informes o estudios que den cuenta de la realidad de la infancia en Venezuela”; y (iv) en el escenario de emergencia humanitaria que se encuentra Venezuela “no ha activado programas de asistencia material de alcance nacional, de apoyo directo a las comunidades para evitar que los niños salgan a las calles a mendigar o a buscar comida”.

229. Por otra parte, la Ley Orgánica de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela establece las condiciones y etapas que debe cumplir el proceso legal de adopción en Venezuela, entre otras medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, “los expertos indican que el espíritu garantista de la ley choca con la realidad del deterioro y la precariedad que se han adueñado de los organismos públicos competentes en los últimos años por la crisis”.

230. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela asigna a los Consejos Municipales de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes —los cuales son órganos administrativos que forman parte de la estructura administrativa y presupuestaria de las respectivas alcaldías y que en cada municipio se encargan de asegurar la protección en caso de amenaza o violación de los derechos y

garantías de los niños, niñas o adolescentes—, la función de dictar las primeras medidas de protección. Sin embargo, dichos consejos “trabajan cada vez con menos recursos”. Además, los “bajos salarios de sus integrantes, que en la mayoría de los casos no superan el equivalente a 8 dólares mensuales, ha hecho que muchos abandonen su puesto y ha llevado a la contratación de personal sin cualificación para trabajar en un campo tan sensible”.

231. Sobre esta materia, en octubre de 2018, CECODAP publicó otro informe denominado “Evaluación del Funcionamiento del Sistema de Protección de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el Área Metropolitana de Caracas, a partir de la dinámica establecida entre los órganos administrativos del sistema de protección (CMDNNA y CPNNA) y los programas de atención que se desarrollan en cada municipio”.

232. En ese informe, CECODAP expuso que “[l]uego de hacer un levantamiento de información en el Área Metropolitana de Caracas, en la que se logró entrevistar a 8 personas de los órganos administrativos de los Sistemas Municipales de Protección (Chacao, Sucre, Baruta y Hatillo) y 20 personas responsables de programas de atención que funcionan en los Municipios Chacao, Hatillo, Baruta, Sucre y Libertador, además de 22 personas usuarias de los programas, entre los que se incluyen [niños, niñas y adolescentes] y Adultos”, pudo concluir que existe un “[a]bandono absoluto por parte del Estado [de Venezuela] de su responsabilidad principal en materia de niños, niñas y adolescentes, que se traduce en una desprotección estructural e institucional”, a causa de (i) “la inoperancia de los órganos administrativos para la protección de [niños, niñas y adolescentes] que dependen exclusivamente del Estado”, y (ii) “la inexistencia de recursos presupuestarios para el funcionamiento del Sistema para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”.

233. Además, el informe señaló que “[l]os programas existentes no cubren la demanda actual (...) [pues, el estudio evidenció la existencia] de listas de espera de más de 100 personas y con hasta 4 meses de espera en el caso de la atención de situaciones que requiere inmediatez, colocando en absoluto desamparo a los [niños, niñas y adolescentes] en condiciones de demanda urgente de atención por parte del Sistema de Protección”.

La situación de los niños, niñas y adolescentes como población migrante en Colombia proveniente de Venezuela y las medidas que se han adoptado

234. Con ocasión de la recolección de pruebas decretadas en este proceso, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF señaló que “[t]ratándose de menores de edad provenientes de la República Bolivariana de Venezuela, hemos identificado que se agudizan las afectaciones a sus derechos pues estos emigran con diferentes perfiles, tales como (...): la apatridia (nacionalidad y personalidad jurídica); no acompañados (a tener una familia); con necesidades de refugio (vida e integridad personal); en algunos casos, víctimas de trata de personas (integridad personal, vida y dignidad) y el tráfico de migrantes (integridad personal, vida y dignidad)”.

235. Según Migración Colombia, de las 1.729.537 de personas provenientes de Venezuela que ingresaron a Colombia al 31 de diciembre de 2020, 405.598 fueron niños, niñas y adolescentes (23,45%). De estos, 274.683 tenían entre 5 y 17 años, y 129.915 tenían 4 años o menos.

236. La Encuesta de Calidad de Vida del 2019, efectuada por el DANE, evidenció que las niñas, niños y adolescentes migrantes provenientes de Venezuela “tienen limitaciones en varios de sus derechos fundamentales, como por ejemplo, en el derecho a la identificación, a la salud o a la educación”, pues “un alto porcentaje no cuenta con documentos de identidad, el 76% no se encuentra afiliado a salud y cerca del 30% no asiste a una institución educativa.” La mayor cantidad de niños y niñas migrantes “que no cuentan con documentos de identificación tienen entre 0 y 5 años, el 83 % de los menores entre 12 y 17 de años no se

encuentra afiliado a salud y más de la mitad de los menores en este mismo rango de edad no asiste a una institución educativa.”

237. Por otra parte, según el ICBF, entre enero de 2020 y enero de 2022, 6.553 niñas, niños y adolescentes de nacionalidad venezolana han sido dejados bajo la protección de esa institución. De estos, 3.699 fueron ubicados en medio familiar y 2.362 fueron ubicados en modalidades de acogimiento residencial, según se evidencia en la siguiente tabla:

Ubicación	
Número de casos	
Total	
Medio Familiar	
Medio Familiar sin medida complementaria	
2.492	
3.699	
Medio Familiar con medida complementaria	
1.207	
Acogimiento residencial	
Institucional	
1.167	
2.362	

Hogar sustituto

1.195

Por definir

8

8

Sin información

484

484

Total

6.553

Fuente: Sistema de Información Misional -SIM del ICBF.

238. De los 6.553 niños que ingresaron al ICBF entre enero de 2020 y enero de 2022, 2.795 tenían entre 12 y 17 años, 2.196 ente 6 y 11 años y 1.535 eran niños y niñas con edades entre los 0 y 5 años.

Rangos de edad

Periodo

Total

2021

2022

0-5 años

734

763

38

1.535

6- 11 años

911

1.221

64

2.196

12 - 17 años

1.106

1.608

81

2.795

Mayo de 18 años

8

14

0

22

Sin información

2

3

0

5

Total general

2.761

3.609.

183

6.553

Fuente: Sistema de Información Misional -SIM del ICBF

239. De estos casos, a la fecha, aún existen 3.114 procesos activos, mientras que 3.439 fueron cerrados, en atención a que el niño salió del sistema de protección, bien porque se reintegró al medio familiar o porque se definió la situación jurídica dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

La respuesta del Estado colombiano a la migración masiva de población proveniente de Venezuela

240. El aumento de migrantes provenientes de Venezuela desde el 2015, ha representado múltiples retos para el aparato institucional colombiano, pues ha exigido el desarrollo de

“políticas, instrumentos y mecanismos para suplir las necesidades derivadas de la migración.” En efecto, el aumento en el número de migrantes desde el vecino país generó “necesidades de atención para esta población en materia de salud, educación, vivienda, agua y saneamiento básico, e inserción laboral, entre otros.”

241. En la Sentencia C-119 de 2021, la Corte Constitucional hizo referencia a las principales medidas que han sido adoptadas por el Estado colombiano para hacer frente a la crisis humanitaria derivada de la migración masiva de población proveniente de Venezuela. Al respecto, mencionó el Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, mediante el cual el Presidente de la República declaró el estado de emergencia en los municipios fronterizos con Venezuela, en atención a la complejidad de la crisis migratoria masiva que inició en ese año. Esta medida fue declarada exequible mediante la Sentencia C-670 de 2015.

242. La respuesta del Gobierno de Colombia para enfrentar los mencionados retos se ha dividido en diferentes etapas. Las dos primeras se caracterizaron porque “la política dirigida a atender el fenómeno migratorio motivada en gran medida por la urgencia”, estuvo “relativamente limitada a acciones humanitarias y de regularización de la población”. La última etapa, por su parte, se ha caracterizado por el delineamiento de rutas para “la atención de la población migrante en el mediano plazo” y de estrategias para fortalecer las “capacidades del Estado a nivel nacional, regional y local” con el fin de propender porque “la migración en el largo plazo resulte beneficiosa para el país.”

243. En esa última etapa que inició en el 2018, el Gobierno Nacional priorizó “tres ejes de acción: (i) seguridad y control en las fronteras, (ii) solidaridad y protección de derechos humanos a migrantes y retornados y (iii) desarrollo económico y atención a retornados”. De conformidad con lo anterior, mediante el Documento CONPES 3950 del 23 de noviembre de 2018, el Consejo Nacional de Política Económica y Social fijó una ruta de atención básica al fenómeno migratorio para los siguientes 3 años, con el fin de atender las necesidades en salud, educación, primera infancia e inserción laboral de la población migrante proveniente

de Venezuela, así como fortalecer la institucionalidad encargada de gestionar la crisis, en particular la atención de zonas y pasos de frontera, identificación y registro.

245. Adicionalmente, por medio del Decreto 216 del 1 marzo de 2021 se profirió el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, el cual busca utilizar “herramientas de identificación, caracterización y registros de la población migrante venezolana para una adecuada planeación y diseño de políticas públicas de atención y de disminución del impacto negativo en materia económica y social”, y otorgar un beneficio temporal de regularización que favorezca el tránsito “de un régimen de protección temporal a un régimen migratorio ordinario”, por lo que, los migrantes que se acojan a sus disposiciones “tendrán un lapso de 10 años para adquirir una visa de residente”. Para lograr estos objetivos el Estatuto creó el Registro Único de Migrantes Venezolanos RUMV y el Permiso por Protección Temporal PPT, los cuales deben ser implementados por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Por su parte, la Resolución 971 de 2021, Título IV, regula de manera particular la aplicación del Estatuto a los niños. En efecto, señala que él será aplicable a las niñas, niños y adolescentes venezolanos que: (i) se encuentren en territorio colombiano de manera regular como titulares de (a) un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), (b) un Permiso Temporal de Permanencia (PTP), (c) un Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente; o (d) un Salvoconducto SC-2 en el marco del trámite de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; (ii) se encuentren en territorio colombiano de manera irregular antes del 1 de febrero de 2021; o (iii) ingresen al territorio colombiano de manera regular a través de los respectivos Puestos de Control Migratorios legalmente habilitados, cumpliendo con los requisitos establecidos en las normas migratorias, durante los primeros dos (2) años de vigencia del Estatuto.

246. Dicha Resolución exige (i) valorar la especial situación de vulnerabilidad de los niños y niñas (a) no acompañados, (b) separados, (c) que no tienen documentación, (c) que se encuentren en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos o (d) que hayan ingresado al sistema de responsabilidad penal para adolescentes; (ii) aplicar los principios de corresponsabilidad, no discriminación, interés superior, prevalencia de derechos y unidad familiar; y (iii) utilizar las disposiciones de la resolución de la manera más favorable para la protección integral de los niñas, niños y adolescentes.

247. Además, prevé medidas y procedimientos especiales para facilitar, agilizar y priorizar los trámites necesarios para que los niños, niñas y adolescentes accedan a los beneficios del Estatuto y, en particular, aquellos que estén bajo un proceso administrativo de restablecimiento de derechos o en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

248. Así, la Resolución dispone que si durante el trámite de la inscripción en el RUMV, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia evidencia una presunta amenaza o vulneración de derechos de un niño, deberá informarlo por correo electrónico a la dirección de servicios y atención al ciudadano del ICBF, para que se designe una autoridad administrativa competente, bien sea a un defensor, comisario de familia o en su defecto, inspector de policía, quien deberá adelantar una verificación de la garantía de los derechos del niño. Si de la verificación de garantía de derechos por parte de la autoridad administrativa, hay lugar a la apertura de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se debe dar aplicación a lo dispuesto en la Resolución para la inscripción de este grupo de niños en el RUMV. Por el contrario, si de la verificación de garantía de derechos no hay lugar a la apertura de un proceso de restablecimiento, la autoridad administrativa deberá informarlo a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia mediante correo electrónico, y se dará continuidad al trámite de registro.

249. Además, el trámite del el Permiso por Protección Temporal (PPT) de los niños, niñas y adolescentes será priorizado en dos casos: (a) cuando se trate de migrantes venezolanos que

hayan culminado sus estudios de educación media y no hayan podido recibir el correspondiente título de bachiller por no ser titulares de un documento de identificación válido en el territorio nacional, y (b) cuando se trate de niños en un proceso de restablecimiento de derechos y adolescentes y jóvenes que hayan ingresado en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. A su turno, el PPT de un niño solo podrá ser cancelado cuando el titular se ausente del territorio nacional por un período superior a 180 días calendario continuos. Las demás causales de cancelación no les serán aplicables por cuanto las niñas, niños y adolescentes no pueden incurrir en infracciones a la normativa migratoria, su presencia no puede ser considerada inconveniente o un riesgo para el país, y no se les puede atribuir responsabilidad por falsedades o inconsistencias documentales. Así, pues, estas últimas disposiciones de la resolución en cita fueron diseñadas para proteger especialmente a los niños, niñas y adolescentes.

(v) El concepto de nacionalidad, su alcance y contenido como derecho fundamental y los requisitos para acceder a la nacionalidad colombiana

El concepto de la nacionalidad

250. La Corte Constitucional ha indicado que “la nacionalidad es el vínculo legal, o político-jurídico, que une al Estado con un individuo y se erige como un verdadero derecho fundamental en tres dimensiones: i) el derecho a adquirir una nacionalidad; ii) el derecho a no ser privado de ella; y iii) el derecho a cambiar de nacionalidad.” Adicionalmente, el derecho a la nacionalidad es la condición para el ejercicio y disfrute de varios otros derechos humanos y fundamentales como lo son los derechos de los niños, niñas y adolescentes al nombre, la educación, la salud, la propiedad privada, la igualdad y la libertad de expresión.

251. Desde el ámbito internacional, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que “[l]a nacionalidad es un vínculo legal basado en el hecho social de enraizamiento, una conexión

genuina de existencia, intereses y sentimientos junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos. Se puede decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que le es conferida, ya sea por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está más íntimamente conectada con el Estado que le concedió la nacionalidad que con cualquier otro”.

252. Adicionalmente, la ACNUR ha fijado algunos estándares sobre esta figura jurídica, al establecer que de la nacionalidad se desprenden los siguientes efectos —tanto en el marco del derecho internacional como en el interno—:

“1. confiere a determinadas personas los derechos políticos y señala sus deberes militares.

“2. habilita para desempeñar las funciones públicas o algunas de ellas, así como para ejercer determinados derechos o actividades que generalmente están vedadas a los extranjeros.

“3. habilita para obtener pasaporte, retornar al país y en caso de indigencia para ser repatriado por el Estado.

“4. habilita para obtener la protección diplomática del propio país, en ciertos casos en que los derechos de las personas son lesionados en el extranjero”.

253. Este vínculo jurídico entre Estado y nacionales, en su concepción elemental está regulado por diversos instrumentos internacionales, que no solo se han limitado a su reconocimiento como situación de facto, sino que la han dado a la nacionalidad la naturaleza misma de un derecho fundamental.

254. Por su parte, la Corte IDH ha señalado que la nacionalidad abarca dos componentes esenciales. El primero, dirigido a “dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado”. El segundo, encaminado a “protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo”.

255. Sin perjuicio de lo expuesto, también es posible que una persona carezca de nacionalidad, en cuyo caso se está frente a sujetos a quienes se les ha denominado genéricamente como “apatridados”.

256. En atención a que la apatridia puede ser la causa de la vulneración de derechos humanos, en 1954 y 1961 la Comunidad Internacional desarrolló instrumentos internacionales dirigidos a proteger los derechos de los apátridas y a fomentar que los Estados que los ratificaran, flexibilizaran sus disposiciones internas con el fin de conceder la nacionalidad a quienes, por diferentes causas, no tienen ninguna.

257. No obstante, tal como lo ha señalado la Corte IDH, son los Estados quienes autónomamente determinan cómo y cuándo reconocen la nacionalidad de una persona y garantizan los derechos que surgen con ocasión de ello.

258. Aun cuando se rescata la autonomía de los Estados en esta materia, la Comunidad Internacional también ha expresado mediante distintos instrumentos su preocupación por la posible vulneración y afectación grave de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes son inicialmente los más afectados por la apatridia. Por tanto, ha especificado que

“cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a (...) la situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado”. En el mismo sentido ha señalado que “constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida, sea refugiado o no, a fin de asegurar su protección como tal y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección”.

259. En este sentido, la Corte IDH ha sido reiterativa sobre el carácter de derecho fundamental que tiene la nacionalidad. Entre sus pronunciamientos más destacados se encuentra el caso Yean y Bosico vs República Dominicana, en el cual analizó la responsabilidad internacional de dicho Estado al negarse a emitir las actas de nacimiento a favor de Dilcia Oliven Yean (12 años) y Violeta Bosico Cofi (10 años), escenario que resultó restrictivo de otros de sus derechos fundamentales.

260. En este fallo la Corte reiteró que “la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado” y que es “un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable.” Por lo mismo, la importancia reside en que ella “permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos”.

261. Es por tanto claro que, con ocasión de la protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.” Además, la Corte IDH indicó que “[los] Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas (...)”, en tanto, “la apatridia tiene

como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad”, puesto que una “persona apátrida, ex definitione, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica.”

262. En suma, en el ámbito del Derecho Internacional se han establecido algunos parámetros y elementos fundamentales para comprender el alcance y protección de la nacionalidad, como un derecho fundamental, así como de los derechos conexos a él y los graves efectos derivados de la apatridia, en especial para los niños, niñas y adolescentes. Estos elementos, como se verá a continuación, han sido recogidos tanto por la jurisprudencia como por la legislación colombiana.

Los requisitos para acceder a la nacionalidad colombiana

263. El artículo 96 de la Constitución establece que la relación jurídico-política entre una persona y el Estado colombiano se genera respecto de quienes acrediten una vinculación por nacimiento o por adopción, así:

“Son nacionales colombianos:

“1. Por nacimiento:

“a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

“b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

“2. Por adopción:

“a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieren, y;

“c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

“Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

“Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.”

264. La reglamentación de esta norma constitucional se efectuó por medio de la Ley 43 de 1993, en la que se desarrollaron los parámetros de la nacionalidad por nacimiento y por adopción. A continuación, se pasa a explicar cada una de ellas, respecto de las cuales resulta preponderante el ius sanguini, y una combinación del ius domicili y el ius soli.

La nacionalidad por nacimiento

265. La nacionalidad por nacimiento se otorga a quienes hubieren nacido en el territorio colombiano (ius soli), siempre que acrediten alguna de las siguientes condiciones:

a. a. Que el padre o la madre sean naturales o nacionales colombianos (ius sanguini); o,

b. Que siendo hijos de extranjeros alguno de los padres estuviese domiciliado en Colombia al momento del nacimiento (ius domicili). En concordancia con el inciso tercero del artículo 2 de la Ley 43 de 1993, “[p]or domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil”.

266. De conformidad con el artículo 76 del Código Civil, el “domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”. De ahí que, el simple hecho de habitar por un tiempo en un inmueble no supone el ánimo de permanecer, si se tiene el hogar en otro lugar. Lo relativo al domicilio se encuentra consagrado en los artículos 76 a 86 del Código Civil. Sobre estas disposiciones vale la pena destacar que

también existe domicilio mediante presunción cuando se logre probar “el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.”

267. Adicionalmente, se podrá adquirir la nacionalidad por nacimiento cuando se hubiese nacido en tierra extranjera siempre que el padre o la madre sean colombianos y luego se domicilien en Colombia, o soliciten su registro en una oficina consular colombiana.

268. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 43 de 1993, la nacionalidad se puede probar a través de cualquiera de los siguientes documentos: “la cédula de ciudadanía para los mayores de dieciocho (18) años, la tarjeta de identidad para los mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años o el registro civil de nacimiento para los menores de catorce (14) años, expedidos bajo la organización y dirección de la Registraduría Nacional del Estado Civil, acompañados de la prueba de domicilio cuando sea el caso.”

El régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular o de solicitantes de refugio nacidos en territorio colombiano con el fin de prevenir la apatridia

269. Mediante la Ley 1997 de 2019, se estableció un Régimen Especial y Excepcional para Adquirir la Nacionalidad Colombiana por Nacimiento, para hijos e hijas de Venezolanos en Situación de Migración Regular o Irregular, o de Solicitantes de Refugio, Nacidos en Territorio

Colombiano, con el fin de Prevenir la Apatridia”. Para tal efecto, la Ley 1997 de 2019 adicionó un párrafo al artículo 2 de la Ley 43 de 1993 mediante el cual dispuso que “[e]xcepcionalmente se presumirá la residencia y ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas en situación migratoria regular o irregular, o solicitantes de refugio, cuyos hijos e hijas hayan nacido en territorio colombiano desde el 1º de enero de 2015 y hasta 2 años después de la promulgación de esta ley.”

270. Para efectos de prevenir la apatridia, mediante dicha presunción, la ley flexibilizó el requisito del domicilio que se debía acreditar respecto de los padres de hijas e hijos de venezolanos, al momento del nacimiento de la niña o niño, nacidos en territorio colombiano a quienes la República Bolivariana de Venezuela no les hubiere reconocido la nacionalidad.

271. Al examinar la constitucionalidad de esta medida legislativa, mediante la Sentencia C-119 de 2021, la Corte Constitucional la declaró exequible al considerar que el párrafo persigue una finalidad superior, como lo es “precaver el riesgo cierto de apatridia que enfrentan las hijas e hijos de personas venezolanas solicitantes de refugio o en situación migratoria regular o irregular, que han nacido en territorio colombiano entre el año 2015 y el término de vigencia de la Ley 1997 de 2019, y, por tanto, proteger el derecho a la nacionalidad de estas niñas y niños, sujetos de especial protección constitucional”.

273. Dicha resolución fue proferida para superar los obstáculos que impedían a los padres venezolanos de niños nacidos en Colombia efectuar los trámites necesarios para que la República Bolivariana de Venezuela les concediera su nacionalidad y que, por tanto, los ponía en riesgo de apatridia. En efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores identificó que, desde el 23 de enero de 2019, Venezuela dejó de prestar servicios consulares en Colombia, por lo que era imposible que los padres venezolanos efectuaran el registro consular de los hijos nacidos en Colombia.

274. En orden de lo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores le recomendó a la Registraduría Nacional del Estado Civil implementar algunas medidas administrativas, con carácter urgente, excepcional y temporal tendientes a reconocer la nacionalidad colombiana por nacimiento, aun cuando los padres de los recién nacidos no cumplieran o no pudieran acreditar el requisito de ius domicili por no estar domiciliados en Colombia al momento del nacimiento.

275. Como consecuencia de lo antes expuesto, la Registraduría Nacional del Estado Civil ordenó a las oficinas con función registral incluir, de oficio, en los registros civiles de nacimiento de los niños y las niñas nacidos en territorio colombiano a partir del 19 de agosto de 2015, y que fueran hijos de padres venezolanos, la nota de “válido para demostrar nacionalidad”. La medida fue establecida tanto para los casos de niñas y niños que ya hubieren sido registrados, como aquellos que no y exige que ambos padres sean de nacionalidad venezolana o que en el registro civil de nacimiento solo aparezca uno de los padres y este sea de nacionalidad venezolana. Es decir que, la medida administrativa no aplica para los casos en que alguno de los padres tenga una nacionalidad diferente a la venezolana. Por tanto, para la inclusión de la nota los padres deben probar su nacionalidad venezolana.

276. Inicialmente, la medida aplicaría hasta el 20 de agosto de 2021. Sin embargo, la Registraduría Nacional del Estado Civil prorrogó su vigencia hasta el 20 de agosto de 2023, mediante la Resolución 8617 del 19 de agosto de 2021.

La nacionalidad por adopción

277. Por su parte, la nacionalidad por adopción o naturalización se ha concebido como “un

acto soberano y discrecional del Presidente de la República, en virtud del cual se concede la nacionalidad colombiana a quienes la solicitan y cumplan con los requisitos que para tal efecto disponen la Constitución Política y las leyes (...).”.

278. En concreto, la Ley 43 de 1993 (modificada por el artículo 39 de la Ley 962 de 2005) determinó la posibilidad de conceder la nacionalidad a aquellos extranjeros que acreditarán el cumplimiento de los siguientes criterios: (i) domicilio, (ii) la aplicación mediante solicitud y (ii) la concesión por parte del Estado colombiano. Para ello, reprodujo la división establecida en el numeral 2 del artículo 96 de la Constitución Política de Colombia.

279. Para el cumplimiento del requisito de domicilio, se determinaron unos periodos de tiempo exigibles. Estos términos pueden interrumpirse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 43 de 1993 (modificado por el artículo 40 de la Ley 962 de 2005).

La obtención de la nacionalidad para extranjeros, latinoamericanos y caribeños

280. El artículo 9 de la Constitución establece:

“Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

281. Al analizar la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 43 de 1993 en el aparte que señala las reglas frente a los latinoamericanos y del Caribe, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, en el entendido que puede otorgarse la nacionalidad por adopción a los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia con base en otras formas de reciprocidad.

282. En concreto, aclaró que “el principio de reciprocidad hace alusión a la correspondencia que debe existir entre un Estado y otro, en el curso de las relaciones internacionales”; que “la Corte Constitucional ha avalado la existencia del principio de reciprocidad sin ligarlo necesariamente a los tratados internacionales, reconociendo otras formas de reciprocidad diferentes a la que proviene de los tratados internacionales, como la reciprocidad legislativa” y que, “la Corte Suprema de Justicia, tiene una jurisprudencia uniforme respecto a la aplicación de la reciprocidad legislativa, como también de la reciprocidad judicial, en defecto de la reciprocidad diplomática o de los tratados internacionales.”

283. A su turno, el inciso 3 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993 (modificado por el artículo 39 de la Ley 962 de 2005) dispuso que los hijos de los extranjeros nacidos en el territorio colombiano a quienes ningún Estado les reconozca la nacionalidad podrían obtener la nacionalidad colombiana por adopción, con el único requisito de ser naturales colombianos. Lo anterior se traduce en que solo sería necesario el registro civil de nacimiento sin la exigencia del domicilio. No obstante, añadió que para ello es indispensable que los padres extranjeros acrediten a través de certificación de la misión diplomática de su país de origen que dicho país no concede la nacionalidad de los padres al niño por consanguinidad.

284. En concordancia con lo anterior, la Registraduría Nacional del Estado Civil emitió la Circular Única de Registro Civil e Identificación de 2018. En la misma, estableció el procedimiento para llevar a cabo la inscripción en el registro civil de los niños que se encuentran en situación de apatridia.

285. Señaló entonces que la Dirección Nacional del Registro Civil remitiría la solicitud al Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, pidiendo que se oficie a la misión diplomática de los Estados en los que los padres fuesen acreditados como nacionales, en aras de que el mismo Estado librase carta oficial en la que se acredite que el niño no cuenta con la nacionalidad del país del cual son originarios sus padres, y proceder por tanto a iniciar el trámite de adopción consagrado en el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993.

286. Una vez fuese recibida la solicitud el Ministerio de Relaciones Exteriores con fundamento en las convenciones internacionales y las normas constitucionales y legales vigentes sobre la materia, emitiría dentro del marco de sus competencias, concepto técnico mediante el cual evaluaría si el inscrito se encuentra en situación de apátrida. En dado caso de que la situación de apatridia estuviese confirmada, remitiría el concepto a la Dirección Nacional de Registro Civil, quien, mediante acto administrativo, debidamente motivado, ordenaría al funcionario registral que incluyera en el espacio de notas del respectivo registro civil de nacimiento la observación: “valido para acreditar la nacionalidad (...) de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos”. Todo lo anterior con miras a otorgar la nacionalidad colombiana por adopción.

287. Mediante jurisprudencia reiterada la Corte también ha establecido que la importancia de la nacionalidad no puede ser socavada por excesos rituales manifiestos. En tal sentido, es menester reiterar lo señalado en la Sentencia T-212 de 2013, relacionado con los problemas humanitarios derivados de la crisis de Venezuela. En esta providencia la Corte señala que “se impartieron los lineamientos para facilitar la inscripción en el registro civil de nacimiento de los [niños, niñas y adolescentes] con derecho a la nacionalidad colombiana (sic), y se autoriza excepcionalmente este procedimiento (...) frente a la situación de [niños y niñas] hijos de padres colombianos (sic) que no cuentan con un Registro Civil de Nacimiento extranjero (venezolano) debidamente apostillado.”

288. Por su parte, en la Sentencia T-241 de 2018 señaló que “para la Sala la exigencia de [la apostilla en los documentos], en estos casos, es excesivo y desproporcionado, dado el contexto presentado por los solicitantes, en donde es imposible realizar los trámites de apostille en el vecino país, debido a la situación política y humanitaria.”

289. Por lo mismo la Corte también consideró que “cuando por las circunstancias políticas y de orden público del país de origen de los padres extranjeros, sea materialmente imposible certificar la negativa de acceder al derecho a la nacionalidad en dicho país en el momento del nacimiento, la autoridad administrativa que reciba la solicitud o el operador judicial en sede de tutela debe proceder inmediatamente a reconocer la nacionalidad colombiana por adopción al niño o niña nacido en Colombia en los términos establecidos en la Ley 43 de 1993 para prevención del riesgo de apátrida, sin exigir la certificación de la misión consular.”

Los derechos de los extranjeros en Colombia

290. Sin perjuicio de las disposiciones aplicables en cada caso para los extranjeros que buscan ser nacionalizados en Colombia, también debe tenerse en consideración que el extranjero que reside en este país y no acredita los requisitos para obtener la nacionalidad, es titular de una protección constitucional y legal mínima. En primer término, el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, señala:

“Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”.

291. En esta medida, Colombia ha sido uno de los países cuyo compromiso con la protección de los extranjeros se ha visto plasmado en su régimen legislativo, permitiéndoles, incluso, un pleno ejercicio de derechos, cuya limitación solo podrá darse “siempre y cuando medien razones de orden público”. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que “cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar i) si el objeto regulado permite realizar tales distinciones; ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido; iii) el carácter objetivo y razonable de la medida; iv) la no afectación de derechos fundamentales; v) la no violación de normas internacionales y vi) las particularidades del caso concreto.”

292. A su turno, la Corte Constitucional mediante diversos pronunciamientos ha ido decantando una sólida línea jurisprudencial en la que destaca que los extranjeros, en especial las niñas, niños y adolescentes, tienen tanto derechos civiles como fundamentales y cuentan con una protección especial que, cada vez más, se asemeja a la de los nacionales.

293. En este sentido, esta Corte ha precisado que: (i) el Estado colombiano tiene el deber de “garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado; pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados”; (ii) todos los extranjeros tienen la obligación de “cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia”; y (iii) los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a “recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física.”

294. No obstante, “el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una responsabilidad a los extranjeros de cumplir la misma normatividad consagrada para todos

los residentes en el territorio Colombiano, tal y como lo establece el artículo 4 Constitucional el cual dispone que [e]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

295. Dicha competencia ha sido reiterada a manera de ejemplo en las sentencias T-321 de 2005 y T-338 de 2015, en las cuales la Corte advirtió que la Constitución Política reconoce una condición general de igualdad de derechos civiles entre los colombianos y los extranjeros, los cuales pueden ser excepcionalmente subordinados a condiciones especiales, o incluso se puede negar el ejercicio de determinados derechos por razones de orden público. Asimismo, se reiteró que el reconocimiento de derechos a los extranjeros genera la obligación de cumplir todos los deberes establecidos para todos los residentes del territorio colombiano.

296. Como síntesis de lo expuesto en este capítulo relativo a la nacionalidad colombiana, se puede señalar que la Constitución Política, en el artículo 96 establece que la relación jurídico-política entre una persona y el Estado colombiano se genera respecto de quienes acrediten una vinculación por nacimiento o por adopción. En las causales de nacionalidad por adopción, la Constitución establece, entre otras cosas, un trato especial respecto de los extranjeros latinoamericanos y caribeños domiciliados en Colombia con el fin de facilitar el trámite nacionalización. Esto, en atención a los vínculos históricos comunes que estos pueblos comparten con Colombia, los cuales tradicionalmente se han asimilado a lazos de hermandad.

(vi) El proceso de restablecimiento de derechos, la definición de la situación jurídica y las medidas a adoptar, incluida la declaratoria de adoptabilidad

297. En principio, los padres y la familia son los responsables de proteger a las niñas, niños y adolescentes de cualquier acto que amenace su vida, dignidad e integridad personal, así como incluirlos en el sistema de seguridad social en salud, promover su acceso al sistema educativo, y proporcionarles “las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene”, entre otros. Sin embargo, en los casos en que los padres o el núcleo familiar de un niño no funge como garante de sus derechos, el Estado debe “proceder a reestablecerlos cuando hayan sido vulnerados, así como restaurar la dignidad e integridad de los niños, niñas y adolescentes”.

298. El proceso de restablecimiento de derechos contemplado en la Ley 1098 de 2006 se constituye en “el conjunto de actuaciones administrativas y/o judiciales que permiten la restauración de los derechos de los menores que han sido desconocidos con el obrar de las instituciones públicas, una persona o, incluso, su propia familia.” Se trata de un trámite que comienza en sede administrativa, por decisión de los Defensores y Comisarios de Familia con el fin de investigar y determinar la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente para, luego, adoptar, de manera expedita, “las medidas que correspondan para que sea posible superar la eventual situación de desprotección en que se encuentra”. Con todo, esta competencia “puede ser asumida por las autoridades jurisdiccionales de familia”.

299. Al respecto, resulta relevante señalar que la prontitud que se exige para decidir sobre la existencia o no de vulneración de derechos del niño, niña o adolescente y determinar la medida adecuada para restablecerlos es una manifestación misma de la prevalencia de los intereses de estos. Así pues, el procedimiento culmina con la adopción de una decisión que debe resolver si efectivamente se vulneraron los derechos de la niña, niño o adolescente y, de ser el caso, determinar alguna de las medidas establecidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 para procurar el restablecimiento de sus derechos, es decir que permita superar la situación evidenciada.

300. El mencionado artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 prevé las siguientes medidas de restablecimiento: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a cursos pedagógicos; (ii) el retiro inmediato del niño de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en las que se pueda encontrar; (iii) su ubicación inmediata en un nuevo medio familiar o en centros de emergencia -en los casos en los que proceda la ubicación en los hogares de paso-; (iv) la adopción, (v) cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y; finalmente, (vi) la posibilidad de promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

301. Con el fin de aplicar las diferentes medidas de protección las autoridades competentes deben tener en cuenta: “(i) la existencia de una lógica de graduación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.”

302. En este marco, la adopción se inscribe en un régimen de protección, regulado por la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) y la Ley 1878 de 2018 y se configura como una medida de restablecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes que procede en los casos en los que sus padres biológicos no están en la posibilidad de garantizar y proteger sus derechos, y que tiene el fin de reintegrarlos, de forma permanente, en un nuevo núcleo familiar.

El proceso de adopción y los efectos jurídicos de la declaratoria de adoptabilidad

303. La autoridad central en materia de adopción es el ICBF, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 1098 de 2006, aun cuando, en este proceso pueden participar diferentes entidades del Estado. Así, la Sentencia T-204A de 2018 detalló este procedimiento y, en particular, precisó que una de las maneras de activarlo tiene lugar cuando en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el Defensor de Familia toma la decisión de declarar a un niño, en situación de adoptabilidad. Sin embargo, “la procedencia de la adopción como medida de restablecimiento de derechos estará sujeta al cumplimiento del debido proceso y al agotamiento de todos los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de derechos en la familia biológica de los niños, niñas o adolescentes, en aras de proteger la unidad familiar y sin que se logre obtener un resultado adecuado, en conclusión, la declaración de adoptabilidad será la última opción, cuando definitivamente sea el medio idóneo para protegerlos”.

304. El artículo 108 de la Ley 1098 de 2008 (modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018), dispone que la declaratoria de adoptabilidad por parte del Defensor produce, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño o niña adoptable. En este caso, el Defensor o la Defensora de Familia deberá solicitar “la inscripción en el libro de Varios y en el registro civil del [niño] de manera inmediata a la ejecutoria”, y la Registraduría del Estado Civil “deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a partir de la solicitud de la autoridad”. Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño o la niña, el Defensor o la Defensora de Familia deberá remitir “la historia de atención al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días”.

305. En los casos en los que se declare la adoptabilidad de un niño o una niña habiendo existido oposición que se hubiere presentado de manera oportuna en cualquier etapa de la actuación administrativa, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia, quien conocerá en única instancia de la homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. Este proceso “tiene como fin revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso durante la

actuación administrativa, razón por la cual, se constituye como un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por una resolución de adoptabilidad recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, acreditando que las circunstancias que ocasionaron tal situación se han superado y que razonadamente se puede deducir que no se repetirán”.

La adopción tiene como finalidad integrar a la niña, niño y adolescente a una verdadera familia y hacer efectivos sus derechos fundamentales

306. El artículo 44 de la Constitución dispone expresamente que, entre los derechos fundamentales de los que son especialmente titulares las niñas, niños o adolescentes se encuentra la posibilidad de “tener una familia y no ser separados de ella”. En ese mismo sentido, el artículo 5 de la Constitución ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras que el artículo 42 determina que la familia es un derecho de todas las personas y reitera la obligación del Estado de protegerla.

307. Las normas constitucionales citadas guardan armonía con los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños, los cuales reconocen el derecho a la familia y su importancia como piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de las niñas, niños y adolescentes. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) encuentra en la familia el “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, [quienes deben] recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Además, exige a los Estados velar por la protección de las niñas, niños y adolescentes cuando vean afectado su medio familiar.

308. La Ley 1098 de 2006, también desarrolla los derechos fundamentales de los niños a la familia, al cuidado y al amor, y determina que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen

derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella y sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos”.

309. Todo lo anterior evidencia que las normas que regulan los derechos de los niños protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del niño o niña, pues parten del supuesto de que su desarrollo armónico e integral depende de que crezcan en un ambiente de amor, afecto y solidaridad moral y material.

310. Este especial derecho de los niños propende porque “no solo encuentren un garante de sus condiciones biológicas básicas, esto es, alguien que satisfaga sus necesidades de supervivencia y sostenimiento”, sino que además “busca hacer posible su desarrollo personal al interior de la sociedad”. En ese sentido, el derecho a la familia de los niños “implica la integración real del [niño] en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”.

311. En ese sentido, la garantía que le asiste a todo niño de tener una familia se encamina a “propiciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado”. Por ende, cuando un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres o por cualquier otra causa, y los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro “es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos, su cuidado y su protección”. Es decir que, cuando una niña, niño o adolescente carece de una familia que le garantice estos elementos mínimos, surge una obligación en cabeza del Estado de propiciar las condiciones para que éste pueda tener un desarrollo integral, y de convertirse en garante de su cuidado y protección.

312. Esto, en tanto que la garantía a tener una familia y a no ser separado de ella, posibilita

la materialización de otros derechos fundamentales protegidos por la Carta. En consecuencia, el Estado está obligado a proteger y garantizar ese derecho. Por el contrario, “impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”. Por esta razón, la violación de ese derecho “implica una degradación del ser humano de tal magnitud que resulta incompatible con el principio de dignidad consagrado en la Carta”.

313. La vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra otros derechos fundamentales de la niña, niño o adolescente como lo son la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Una niña, niño o adolescente en situación de abandono “no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, peligro de trata, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos inapropiados”. En ese sentido, el derecho a formar parte de una familia, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la materialización de otros derechos fundamentales.

314. Así pues, la adopción se constituye en una medida relevante “para hacer efectivo el derecho a tener una familia” de los niños, niñas y adolescentes y “persigue el objetivo primordial de garantizar al [niño] que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”.

315. En esta dirección, la Sentencia T-204A de 2018 indicó, en relación con esta figura, que “(...) se trata de una medida de protección orientada a satisfacer el interés superior del niño o la niña cuya familia no pueda proveer las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto, así como a hacer efectivo su derecho

fundamental a tener una familia y no ser separada de ella, ya que busca propiciar condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado y a potenciar el disfrute efectivo de sus demás derechos fundamentales”.

316. En ese sentido, la adopción pretende “suplir las relaciones filiales de un [niño] cuando las ha perdido o nunca las ha tenido”. De ahí que “la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia”.

317. Ahora bien, es menester aclarar que esta medida de protección debe ser excepcional, toda vez que el Estado debe “desplegar todas las actuaciones que estén a su alcance para lograr que el núcleo familiar en que se desarrolla el niño, niña o adolescente pueda garantizar autónomamente su cuidado”, pero, en los eventos en los que ello no sea posible, el ordenamiento jurídico ha previsto que la institución de la adopción surge como excepción y garantía de los derechos de los niños a tener una familia. Así, la adopción, como mecanismo de restablecimiento de derechos, “tiene una naturaleza extraordinaria y excepcional que supone un uso razonado de esta facultad, pues se trata de una medida sumamente drástica que implica la separación de un [niño] y su familia biológica”.

318. En ese orden de ideas, el Estado tiene la carga de verificar que realmente “no exista ninguna alternativa que permita la garantía de los derechos del [niño] al interior del núcleo familiar y, por ello, debe agotar todas las medidas que puedan resultar idóneas para permitir la adecuación del ambiente familiar, a unos estándares mínimos para el desarrollo de los [niños]”. Así, la anterior tarea supone “no solo que los padres del [niño] se encuentran imposibilitados de efectuar esta garantía, sino que, adicionalmente, el núcleo familiar extenso, compuesto por los abuelos, tíos y demás familiares biológicos del [niño], no se encuentra en la capacidad o cuenta con la disposición de hacerlo”.

319. En concordancia con lo anterior, se ha considerado que la declaratoria de adoptabilidad

únicamente es viable cuando a pesar de los esfuerzos institucionales para lograr que los padres biológicos cumplan con sus deberes legales, “resulta evidente que el [niño] se encuentra en una situación familiar de abandono (i) físico, (ii) emocional, o (iii) psicoafectivo, al punto de que se considere que el medio familiar en que se desarrolla el [niño] pueda representarle un riesgo para su existencia digna”.

320. Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-044 de 2014 señaló que no cualquier circunstancia tiene la virtualidad de justificar la separación de un niño de su núcleo familiar. Por el contrario, esa decisión debe fundamentarse en la constatación de una situación evidentemente trascendente que amerite una intervención tan drástica por parte del Estado.

321. En ese sentido, la Corte identificó algunos ejemplos de situaciones dramáticas que justifican claramente la separación de un niño, a saber: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del niño o la niña; (ii) abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (iii) circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena a la sociedad y al Estado dar protección al niño, es decir: abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

322. Asimismo, determinó un conjunto de circunstancias que no pueden ser consideradas como suficientes para justificar una decisión de adoptabilidad, como: (i) el hecho de que la familia biológica se encuentre en situación de pobreza; (ii) que los miembros de la familia biológica no cuenten con educación básica; (iii) que los integrantes de la familia biológica hayan mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al niño; o (iv) que los padres o familiares tienen mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

323. Se colige de lo anterior que la adopción se constituye en una medida de protección de

ultima ratio de los derechos de los niños que, por ser excepcional, procede únicamente en los eventos en los que se constata la imposibilidad de que las niñas, niños y adolescentes permanezcan en su núcleo familiar biológico, incluida la familia extensa. En relación con esta obligación, es menester mencionar que esta Corte en la Sentencia C-058 de 2018, tuvo en cuenta las dificultades que pueden derivarse de imponer una regla desproporcionada en la búsqueda de la familia extensa. De lo que concluyó, que en estos casos, de ser posible debe primar la voz del menor.

“En el informe rendido por parte del ICBF se constata que el proceso de la búsqueda de la familia extensa se presenta en dos etapas distintas. La primera, cuando es necesario el restablecimiento del menor y la segunda, una vez surtido el proceso de adopción y el menor desea conocer sus orígenes. Frente a la primera, se concluyó en el numeral 89 de esta sentencia que:

(i) los yerros administrativos no pueden dilatar la efectividad del derecho del menor a ser amado, cuidado y respetado por la persona o familia que haya sido encontrada idónea para adoptarlo; (ii) la obligación de ubicación de la familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad no puede constituirse en sí misma en una razón de espera injustificada para el restablecimiento de los derechos de los menores, siendo además contrario al principio constitucional de eficiencia de la actuación de la administración pública (CP.209); (iii) en garantía del interés superior del menor y los principios de celeridad, oportunidad y eficacia cuando el niño, niña o adolescente manifieste su deseo de convivir con determinados familiares, es un deber de las autoridades relacionadas en el trámite de adopción dar prioridad al concepto del menor y en consecuencia vincular a los familiares señalados por éste al proceso y ofrecerles toda la información pertinente sobre el proceso de adopción.

“Por lo que la búsqueda de la familia extensa en la primera etapa del restablecimiento de los derechos del menor en estado de vulnerabilidad no puede constituirse en un exceso ritual, sino que acorde con los derechos de los niños a ser escuchados efectivamente en todo

trámite administrativo o judicial que le compete deben dirigirse todos los esfuerzos de la autoridad encargada de su cuidado y protección al hallazgo y reencuentro con los parientes señalados por el menor”.

324. Como conclusión, se puede colegir que:

(i) Tanto las normas internacionales y domésticas protegen y privilegian de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del niño o niña, pues parten del supuesto de que su desarrollo armónico e integral depende de que crezcan en un ambiente de amor, afecto y solidaridad moral y material. Sin embargo, en los casos en que un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres o porque los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro, o por otras causas, es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos, su cuidado y su protección.

(ii) La adopción se configura como una medida de restablecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes que procede en los casos en los que los padres biológicos o su familia cercana no están en la posibilidad de garantizar y proteger sus derechos, y que tiene el fin de reintegrarlos, de forma permanente, en un nuevo núcleo familiar. Así pues, la adopción es una institución fundamental para hacer efectivo el derecho de los niños y niñas a tener una familia. Esta inicia con la declaratoria de adoptabilidad, la cual produce la terminación de la patria potestad y debe ser inscrita en el registro civil del niño.

(iii) La adopción es una medida de protección de ultima ratio que, por ser excepcional, procede únicamente en los eventos en los que se constata la imposibilidad de que las niñas, niños y adolescentes permanezcan en su núcleo familiar biológico, incluida la familia extensa. Por tanto, en virtud de las obligaciones de cuidado y protección encomendadas al Estado, en esos casos excepcionales, este puede tomar la decisión de separar al niño de su núcleo familiar cuando este no puede garantizar sus derechos, en especial, a tener una

familia.

(vii) Análisis y solución del caso concreto

325. En el presente caso, le corresponde a la Sala Plena determinar si el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho fundamental de petición y, de contera, los derechos fundamentales a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica, a la igualdad y a la nacionalidad material del niño JDAG al no concederle la nacionalidad colombiana por adopción que en su nombre presentó Marisol Niño Cendales, en su condición de Defensora de Familia, con el fin de propender por una solución definitiva para el restablecimiento de sus derechos fundamentales.

326. Para tal efecto, la Sala dividirá el examen de los derechos fundamentales objeto de análisis de la siguiente manera: (i) en primer lugar, verificará la presunta afectación del derecho de petición; ii) en segundo lugar, la presunta afectación de los derechos a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad colombiana; (iii) en tercer lugar, la aparente transgresión del principio de igualdad; iv) en cuarto lugar, se abordarán los escenarios en los que la Corte Constitucional puede extender los efectos de sus sentencias; y, v) finalmente, se abordarán los remedios judiciales a impartir.

Sobre la presunta vulneración del derecho de petición por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores

327. En la acción de tutela presentada por la Defensora de Familia del ICBF Marisol Niño

Censales, señaló que quien la antecedió en el caso materia de examen, el Defensor de Familia, Jesús Ricardo Nieto Wilches, el 23 de octubre de 2020 radicó un derecho de petición ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República con el fin de obtener la información sobre cuál es el procedimiento aplicable al caso concreto; cuál es el mecanismo para localizar a la madre o parientes del niño; si existen tratados, acuerdos, convenios entre Venezuela y Colombia, respecto de la cooperación internacional para los derechos de los niños en esta situación, entre otros, con el fin de buscar una salida a la situación del niño JDAG. A su vez, como Defensora de Familia del ICBF, Regional Bogotá, Centro Especializado Revivir, presentó una petición ante el Jefe de la Oficina Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia, en la que solicitó la nacionalidad colombiana por adopción del citado niño, con base en lo dispuesto en el artículo 96, numeral 2º, literal b) de la Constitución Política Colombiana y la Ley 43 de 1993.

328. Empero, conforme al acervo probatorio recaudado, tal y como lo advirtieron los jueces de instancia y lo pudo verificar la Corte en el examen del expediente de este proceso, no hay constancia alguna que se hubiera enviado el 23 de octubre de 2020 y que al mismo tiempo se hubiera recibido y radicado en esa fecha y otra posterior el señalado derecho de petición de información ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República.

329. Lo que sí quedó probado es que el 11 de febrero de 2021, la Defensora de Familia del ICBF, Marisol Niño Censales, en representación del niño JDAG, solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores y así lo admitió esta entidad, se le concediera la nacionalidad colombiana por adopción que, conforme al numeral 4 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993, puede ser concedida por ese Ministerio a los latinoamericanos por nacimiento que durante el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado domiciliados en Colombia de forma continua, con el fin de que se le otorgue un registro civil de nacimiento colombiano pues con ello se podrían superar algunas de las barreras existentes para definir su situación jurídica. Para el efecto, solicitó dar aplicación al artículo 6 de esa misma Ley que señala que el Presidente de la República con la firma del Ministro de Relaciones Exteriores “podrá reducir o exonerar el término de domicilio” y “eximir de los

requisitos señalados en el artículo 9 de la Ley 43 de 1993, cuando a su juicio lo considere de conveniencia para Colombia”, en tanto que el niño JDAG, por su condición de migrante irregular no acompañado, no tiene una Visa de Residente, la cual según el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993, es necesaria para efectos de acreditar que el latinoamericano solicitante estuvo domiciliado en Colombia durante por lo menos un año, antes de presentar la solicitud y, tampoco podía, con apenas 3 años de edad, presentar todos los documentos exigidos en el artículo 9 para la solicitud de naturalización.

330. Señaló entonces que se tuviera en consideración que (i) el niño se encuentra en una excepcional situación de amenaza y violación de sus derechos fundamentales y que (ii) su naturalización es necesaria para el restablecimiento de sus derechos. En ese sentido, solicitó que se le exonerara de esos requisitos, pues, en cualquier caso, era evidente que el niño había estado domiciliado en Colombia desde hacía más de un año, ya que fue dejado a cargo del ICBF desde el 26 de noviembre de 2019. Además, indicó que, para efectos del trámite se tuviera en cuenta que, por ser la Defensora de Familia a cargo del caso del niño, podía ejercer su representación legal.

331. En el trámite de la acción de tutela en primera instancia, el Ministerio de Relaciones Exteriores compareció y señaló que conforme a la ley contaba con el plazo que vencía hasta el 25 de marzo de 2021 para responder esta solicitud, motivo por el cual, en la Sentencia proferida el por el Juzgado de primera instancia no se tuteló el derecho de petición porque no se había vulnerado; a su vez, el Tribunal de segunda instancia, no verificó que para el 18 de mayo de 2021, fecha en la cual profirió la sentencia con la cual resolvió la impugnación, ya se había resuelto esta solicitud y le ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores hacerlo en el término de 3 días.

332. Sin embargo, está probado en el expediente que mediante el oficio S-GNC-21-006242 del 19 de marzo de 2021, el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores sí dio respuesta oportuna y por escrito a la solicitud

elevada el 11 de febrero de 2021 por la Defensora de Familia Marisol Niño Censadles, con lo cual se observa que, no obstante la orden impartida por el Tribunal de segunda instancia, no se violó el derecho fundamental de petición, solo que la respuesta dada fue de carácter negativo pues en ella se señaló que “para el caso del [niño] JDAG no es posible adelantar el trámite de nacionalidad colombiana por adopción regulado en la Ley 43 de 1993, modificada por la Ley 962 de 2005 y reglamentada por el Decreto 1067 de 2015”, por no cumplir este “con las condiciones y requisitos dispuestos para su aplicación”, en tanto “la nacionalidad colombiana por adopción no se otorga directamente a un [niño]”, pues solo puede “hacerse extensiva a los hijos menores de la persona [adulto] a quien se le otorgue la nacionalidad”.

333. Así, frente al derecho de petición alegado como conculcado por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores es necesario precisar que si bien la respuesta del 19 de marzo de 2021 no fue finalmente protectora de los derechos fundamentales del niño JDAG, sí constituye una respuesta de fondo de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Política y la Ley Estatutaria 1755 de 2015, la cual fue clara, precisa y congruente con lo solicitado.

334. El hecho de que la respuesta fuera negativa, no necesariamente comporta la vulneración del derecho de petición, tal y como lo señaló la Sentencia C-951 de 2014, al reiterar que “en materia de respuesta de fondo a las solicitudes, la Corte ha advertido que la resolución de la solicitud no implica otorgar lo pedido por el interesado. Lo anterior, en razón de que existe una diferencia entre el derecho de petición y el derecho a lo pedido, que consiste en que: ‘el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio sí se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado ante la administración para la adjudicación de un baldío, el registro de una marca, o el pago de una obligación a cargo de la administración’. Así, el derecho a lo pedido implica el reconocimiento de un derecho o un acto a favor del interesado, es decir el objeto y contenido de la solicitud, la pretensión sustantiva. Por ello, responder el derecho de petición no implica otorgar la materia de la solicitud.”

El Ministerio de Relaciones Exteriores al no conceder la nacionalidad colombiana por adopción impidió resolver la situación jurídica del niño y ello pudo incidir en la vulneración de los derechos a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, y a la personalidad jurídica del niño JDAG

335. La respuesta negativa de otorgar la nacionalidad colombiana por adopción a favor del niño JDAG, contenida en el oficio S-GNC-21-006242 del 19 de marzo de 2021, suscrita por el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores se fundó en las siguientes tres razones:

Primera. Conforme al artículo 5 de la Ley 43 de 1993, para iniciar el trámite de nacionalidad por adopción, el extranjero latinoamericano solicitante debe ser titular de una Visa de Residente vigente, en tanto, ese documento es necesario para acreditar que estuvo domiciliado en Colombia por lo menos durante un año continuo, antes de la presentación de la solicitud.

Segunda. Conforme al artículo 17 de esa misma Ley y el artículo 2.2.4.1.15 del Decreto 1067 de 2017, no es posible otorgar la nacionalidad por adopción directamente a un niño, pues esas disposiciones sólo prevén la posibilidad de extender a los niños, niñas y adolescentes, la nacionalidad colombiana previamente concedida a favor de uno o ambos padres. Para el efecto, los titulares de la patria potestad del niño, niña o adolescente deben presentar una solicitud en ese sentido y radicarla al interior del trámite de reconocimiento de nacionalidad por adopción del adulto, presentando para el efecto los documentos que acrediten su filiación.

Tercera. Conforme al artículo 13 de la Ley 43 de 1993 el Ministerio debe enviar la Carta de

Naturaleza o la Resolución de Inscripción a la Alcaldía o Gobernación del domicilio del solicitante, para que se lleve a cabo la toma de juramento del extranjero que como colombiano por adopción se someterá y obedecerá fielmente la Constitución y las leyes de la República de Colombia, lo que, naturalmente, no puede adelantarse con un niño, por no tener capacidad legal para el efecto. Luego de esa diligencia, el ciudadano naturalizado debe solicitar a la Registraduría Nacional del Estado Civil la expedición de la cédula de ciudadanía y no un registro civil.

336. En el caso sub examine la Sala Plena evidencia que el Ministerio de Relaciones Exteriores al resolver la solicitud presentada por la Defensora de Familia para que al niño JDAG le fuera concedida la nacionalidad colombiana por adopción, i) no consideró, con fundamento en lo previsto en los artículos 44 y 100 de la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derechos del Niño aplicables por mandato de los artículos 93 y 94 de la misma Constitución, que los principios del interés superior del niño y de prevalencia de sus derechos, exigía de asistencia y protección, no sólo especial, sino urgente por parte del Estado colombiano, por lo que, (ii) terminó dándole prevalencia a la aplicación de unos requisitos legales que (a) la misma Ley 43 de 1993 permite al Ministerio de Relaciones Exteriores no exigir en casos excepcionales, y que, en cualquier caso, (b) resultaban desproporcionados e irrazonables en el caso de una persona de la primera infancia.

337. En la solicitud presentada el 11 de febrero de 2021 por la Defensora de Familia ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para que al niño le fuera concedida la nacionalidad por adopción, esta explicó las razones por las cuáles era necesario adelantar, con urgencia y de manera atípica, dicho trámite. En efecto, en dicho documento la Defensora de Familia explicó que (i) desde los primeros días de noviembre de 2019, cuando el niño tenía tan sólo 3 años de edad, había sido abandonado por su madre, además, no se conocía el paradero del padre, por lo que desde ese mes estaba bajo el cuidado del ICBF; (ii) hasta esa fecha ningún familiar había podido ser ubicado, ni había aparecido a preguntar por el niño; (iii) el proceso de restablecimiento de derechos —que en este caso había iniciado hacía 14 meses, aunque, en

principio, esos procesos no deben tener una duración superior a 6 meses—, no había podido ser culminado, en tanto, el niño tenía la nacionalidad venezolana y, por tanto, contaba con una fotocopia de un registro civil de nacimiento de ese país, lo que impedía darlo en adopción y suprimía toda posibilidad de restablecer de manera definitiva sus derechos; y que (iv) de no superarse las barreras existentes para encontrar una familia estable para el niño, que velara por la protección y garantía de sus derechos, el destino del niño sería rotar de hogar en hogar hasta que cumpliera los 18 años, sin un arraigo afectivo, ni familiar, ni de ninguna clase, lo cual, sin lugar a duda, le generaría “muchas carencias afectivas, sociales y de relacionamiento difícilmente reversibles”.

339. Como atrás se explicó, el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes implica reconocer en favor de estos un trato preferente del Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral, lo cual significa que todas las medidas que les conciernan, “deben atender a éste sobre otras consideraciones y derechos”. Para determinar lo que el interés superior de cada niña, niño y adolescente demanda en cada caso, las autoridades deben evaluar: (i) las consideraciones fácticas, es decir las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y, (ii) las consideraciones jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil.

340. En los casos de niños migrantes no acompañados, según lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño, ese principio exige, además, que las autoridades públicas “document[en] la determinación del interés superior”, lo que a su vez demanda “una evaluación clara y a fondo de la identidad de este y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”.

341. Pese a que el interés superior del niño, en este caso, exigía atención especial, prioritaria y diligente del Ministerio de Relaciones Exteriores, este no se percató de que la misma Ley 43 de 1993 le permite evaluar las solicitudes de naturalización incluso, en casos excepcionales, cuando el peticionario no pueda acreditar algunos de los requisitos solicitados en ese mismo artículo. En efecto, esa entidad concluyó que conforme a la ley no podía iniciar el trámite para concederle al niño carta de naturalización por adopción porque (i) no contaba con una visa de residente, por lo que no podría acreditar, conforme al parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993 el requisito de haber estado domiciliado en Colombia durante por lo menos un año continuo, antes de la solicitud; (ii) el artículo 17 de esa misma Ley no prevé expresamente la posibilidad de conceder directamente la nacionalidad por adopción a niños, si no sólo la de extender la de sus padres; y, (iii) en cualquier caso, no sería posible tomarle el juramento que exige el artículo 13 de la Ley 43 de 1993 al niño, por no tener capacidad legal para el efecto.

342. Sin embargo, es de resaltar que el parágrafo 1 del artículo 9 de la Ley 43 de 1993, en casos excepcionales y debidamente justificados, como el sub examine, le permite al Ministerio de Relaciones Exteriores iniciar el trámite para la expedición de la carta de naturalización sin la totalidad de los documentos exigidos en ese mismo artículo, para lo cual, puede solicitar al peticionario pruebas supletivas. Al respecto, el mencionado artículo señala:

“Artículo 9. Documentación. <Modificado por el artículo 41 de la Ley 962 de 2005> Para la expedición de la Carta de Naturaleza o Resolución de Inscripción como colombianos por adopción, el extranjero deberá presentar los siguientes documentos:

“Memorial dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores solicitando la nacionalidad colombiana, con su respectiva motivación.

“Acreditación del conocimiento satisfactorio del idioma castellano, cuando este no fuere su lengua materna. Para los indígenas que comparten territorios fronterizos que hablen una o más de las lenguas indígenas oficiales de Colombia, no será requisito el conocimiento del idioma castellano. También se exceptúa de acreditar este requisito a quienes hayan culminado sus estudios secundarios o universitarios en Colombia y a las personas mayores de sesenta y cinco (65) años.

“Acreditación de conocimientos básicos de la Constitución Política de Colombia y conocimientos generales de historia patria y geografía de Colombia. Se exceptúa de acreditar este requisito a quienes hayan culminado sus estudios secundarios o universitarios en Colombia y a las personas mayores de sesenta y cinco (65) años.

“Acreditación de profesión, actividad u oficio que ejerce en Colombia con certificación expedida por autoridad competente.

“Acreditación, mediante documento idóneo, del lugar y fecha de nacimiento del solicitante.

“Registro Civil de Matrimonio válido en Colombia en caso de que el solicitante sea casado(a) con colombiana(o), o la sentencia judicial proferida por el juez de familia para probar la conformación de la unión marital de hecho”.

“Registro de nacimiento de los hijos nacidos en Colombia, si es el caso.

“Fotocopia de la cédula de extranjería vigente.

“Parágrafo 1. El peticionario que no pueda acreditar algunos de los requisitos señalados en este artículo deberá acompañar a la solicitud de nacionalización una carta explicativa de los motivos que le impiden hacerlo, dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores quien a su juicio considerará el autorizar la presentación de las pruebas supletorias del caso (...)” (énfasis propio).

343. Así pues, en este caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores pudo haber eximido al niño JDAG, de presentar los documentos exigidos en ese artículo y solicitar las pruebas supletivas que considerara pertinentes, para efectos de iniciar el trámite de la carta de naturaleza.

344. Pero además, si el Ministerio de Relaciones exteriores hubiera valorado que estaba decidiendo sobre la vida, integridad y destino del niño JDAG, de 3 años de edad, que se encontraba en extremas condiciones de vulnerabilidad dado su estatus migratorio irregular y de persona no acompañada, quien requería de asistencia y protección urgente del Estado colombiano, en tanto (i) pertenece a la primera infancia, (ii) fue abandonado por su familia y dejado a su suerte en un país diferente al de su nacionalidad y, (iii) se encuentra en una situación de vulneración permanente y continua de sus derechos dado que ha sido imposible para el ICBF aplicar una medida definitiva para el restablecimiento de estos, habría concluido que los demás requisitos que exigió al responder la petición de la Defensora de Familia, previstos en los artículos 5 (Visa de Residente para efectos de probar el domicilio), 13 (Juramento y Promesa de cumplir con la Constitución y la Ley) y 17 (del cual se deriva la supuesta imposibilidad de dar la nacionalidad directamente a un niño porque la Ley solo prevé la extensión de la nacionalidad de los padres) de la Ley 43 de 1993, resultaban a todas luces irrazonables y desproporcionados, y, por lo tanto, contrarios a la Constitución.

345. En casos como éste, la Corte Constitucional ha enfatizado que tanto las autoridades administrativas como las judiciales, al decidir sobre un caso concreto, están en el deber de

aplicar directamente la Constitución y consecuencialmente inaplicar ex officio toda ley o norma que sea contraria a la Carta. Así lo ordena el artículo 4 Superior que establece que la Constitución es norma de normas, por lo que en todo caso de incompatibilidad entre esta y la ley se deberán aplicar las disposiciones constitucionales.

346. Se colige de lo anterior, que al resolver la solicitud elevada por la Defensora de Familia en nombre del niño, el Ministerio de Relaciones Exteriores debió analizar en primer lugar las disposiciones contenidas en la Constitución y en los Tratados y Convenciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los que remiten los artículos 93 y 94 de la misma, y seguidamente las excepciones que prevé la misma Ley 43 de 1993, para aplicar las disposiciones constitucionales y convencionales pertinentes y dejar de aplicar aquellas disposiciones de la Ley 43 de 1993 (como los mencionados artículos 5, 13 y 17) así como las de naturaleza administrativa que fueran contrarias a las primeras por representar un obstáculo desproporcionado para garantizar y proteger de manera efectiva los derechos del niño.

347. Por esa vía, en el marco del párrafo del artículo 9 de la de la Ley 43 de 1993 habría podido solicitar pruebas para solventar las falencias en cuanto a la acreditación de algunos requisitos, y una vez subsanados, otorgar al niño la nacionalidad colombiana por adopción, con fundamento en el literal b) del numeral 2 del artículo 96 de la Constitución e, incluso, con fundamento en el segundo inciso del artículo 5 de la Ley 43 de 1993.

348. No obstante, el Ministerio, optó por aplicar los requisitos de la Ley 43 de manera exegética como si se tratara de un adulto, (i) sin ninguna consideración particular sobre las condiciones de un niño abandonado, (ii) sin atender que la satisfacción de los derechos de los niños debe constituir el objetivo primario de todas las actuaciones de las autoridades, (iii) sin tener en cuenta que no existen canales diplomáticos, consulares o de cualquier otra índole con Venezuela para buscar y encontrar allí a su familia, (iv) sin atender que transcurridos los términos legales la autoridad competente no se había podido definir su situación jurídica para

restablecer sus derechos y, (v) sin discurrir que cada día que pasa “sin nacional[zar] al niño, constitu[ía] una oportunidad menos de desarrollo integral y de satisfacción de sus intereses superiores”.

349. Como corolario de lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró los derechos del niño, porque al decidir sobre la solicitud de nacionalidad por adopción que presentó la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales, en representación del niño JDAG, no aplicó los principios del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos fundamentales y sin solicitar pruebas adicionales, lo condujo a mantenerse indefinidamente en una situación de desarraigo que “puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”.

El Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho a la igualdad del niño JDAG

351. En virtud del artículo 13 de la Constitución de 1991, el Estado tiene a su cargo obligaciones positivas que lo compelen “a ‘hacer cosas’ para hacer efectiva la igualdad, como puede ser, destinar recursos, establecer instituciones o fijar políticas públicas encaminadas a la realización de ese derecho”. Dentro de esas obligaciones, se encuentra la de proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”, la cual está contenida en el último inciso del artículo 13 de la Constitución.

352. Se trata de una modalidad de acción afirmativa, de la que son destinatarios personas individuales o grupos de personas que, por su situación de debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional como sucede con los adultos mayores; los niños, niñas

o adolescentes; quienes están en condición de discapacidad física o mental; quienes son víctimas del conflicto; y quienes están en condición de desplazamiento o en situación de pobreza, entre otros.

353. Este enunciado de la Constitución consiste, entonces, en una “cláusula general de erradicación de injusticias” a cargo del Estado.

354. La igualdad como mandato de protección a personas en circunstancias de debilidad manifiesta, leída de forma sistemática con el derecho de protección especial del que son titulares los niños, niñas y adolescentes —en virtud del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 44 de la Constitución—, indican que el Estado, tiene la obligación de tomar medidas positivas especialmente dirigidas a garantizar y proteger los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en su jurisdicción. Esto, sin distinción alguna, por ser todos y cada uno de ellos sujetos de especial protección constitucional.

355. Esa conclusión se deriva también, razonablemente, del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, en virtud del cual el Estado de Colombia se obligó a respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y a asegurar “su aplicación a cada niño, [niña o adolescente] sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus aspectos o de sus representantes legales” (énfasis propio).

356. Ahora bien, la igualdad como mandato de protección a personas en circunstancias de debilidad manifiesta, implica necesariamente que el Estado debe tomar medidas de protección y asistencia especiales para salvaguardar de manera aún más reforzada los derechos de los niños, niñas y adolescentes que, por cualquier razón, se encuentran en una

evidente desventaja respecto de los demás integrantes de ese grupo poblacional.

357. En esos casos, los niños, niñas y adolescentes tienen necesidades especiales que usualmente no pueden ser satisfechas por barreras estructurales que les impiden el disfrute pleno de sus derechos. En consecuencia, el Estado adquiere respecto de ellos una posición de garante de carácter reforzado, y como tal debe adoptar medidas idóneas de inclusión, acción afirmativa, y ajustes razonables que eliminen toda forma de discriminación por su especial condición de vulnerabilidad.

358. En efecto, en la Sentencia C-569 de 2016, la Corte Constitucional señaló que la protección especial reconocida a favor de los niños, niñas y adolescentes se concreta en principios más específicos. Entre ellos, se encuentra el principio de no discriminación que exige que el Estado “identifique activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos”.

359. De modo que, la omisión del Estado en la adopción de medidas especiales para proteger y asistir a los niños y niñas que tienen condiciones adicionales de vulnerabilidad, como estar en situación de discapacidad, ser migrantes irregulares, o haber sido abandonados por sus padres, conduce a mantener en la marginalidad a esos niños y niñas, limitar las condiciones para su desarrollo pleno, socavar su dignidad y perpetuar las barreras que les impiden disfrutar plenamente de sus derechos. Ello, sin lugar a duda, es una forma discriminación injustificada.

360. En casos en los que instituciones educativas (entre ellas entidades públicas) no han tomado las medidas necesarias para garantizar la educación inclusiva de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, la Corte Constitucional, ha dicho que reforzar el mensaje de que es imperativo que dichos niños sean segregados, en lugar de promover

comportamientos de inclusión que aseguren la garantía de sus derechos, fortalece las barreras que truncan el disfrute de sus derechos, y, por tanto, vulnera su derecho a la igualdad y a no ser discriminados.

361. Como se evidenció en el acápite anterior, en este caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores al decidir sobre la solicitud presentada por la Defensora de Familia, no tuvo en cuenta que de su conducta dependía el destino de un niño de 4 años que reúne múltiples condiciones de vulnerabilidad por ser (i) un niño; (ii) que se encuentra en la primera infancia; (iii) que es migrante; (iv) que se encuentra en situación irregular; (v) que no fue reconocido por su padre; (vi) que fue abandonado por su madre y su abuela; (vii) que, según indicó su propia madre a ICBF, su familia extensa en Venezuela no protegía y garantizaba sus derechos, razón por la cual esta lo trajo a Colombia; y, (viii) a quien no le han restablecido sus derechos por barreras encontradas por el ICBF, y aplicó de manera mecánica y rígida la Ley 43 de 1993, sin buscar o aplicar soluciones que la misma Constitución contempla o que contemplan los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Estado colombiano a los cuales ella remite e incluso la misma ley.

362. Así pues, el Ministerio de Relaciones Exteriores mantuvo las barreras que hasta el momento habían impedido la protección y garantía efectiva de los derechos del niño, por lo que lo conservó en la situación de marginalidad en la que se encontraba, lo cual, sin lugar a duda, resulta contrario al principio de no discriminación.

363. Pero, además, el Ministerio de Relaciones Exteriores, no tomó ninguna otra medida afirmativa idónea para avanzar en la búsqueda de soluciones que permitieran garantizar, en igualdad de condiciones, los derechos del niño. Aunque, al contestar la tutela, informó que elevó una consulta a la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, “a fin de establecer si existe algún mecanismo que permita la ubicación en Venezuela de los familiares del [niño] JDAG, quien se encuentra actualmente bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, ello resultó ser, a todas luces, inoperante, pues un año

después de radicar dicha consulta y aún hasta la fecha no ha tenido respuesta alguna.

364. En consideración de esta Corte, esa actitud del Estado frente a estos casos complejos de niñas, niños y adolescentes especialmente vulnerables representa otra forma de discriminación y desconoce los principios del interés superior y de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por ello, se evidencia que el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho a la igualdad y a no ser discriminado del niño, también por no tomar ninguna medida afirmativa idónea para iniciar la búsqueda de una protección especial y definitiva a sus derechos.

365. Por último, la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho a la igualdad del niño, porque, al aplicar de manera rígida la Ley 43 de 1993 y no avanzar en la búsqueda de vías para proteger de manera especial los derechos del niño, robusteció el trato diferente que, injustificadamente, el ordenamiento jurídico le da al niño al no prever mecanismos idóneos para restablecer sus derechos.

366. El artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 prevé las siguientes medidas de restablecimiento de los derechos de los niños: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a cursos pedagógicos; (ii) el retiro inmediato del niño de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en las que se pueda encontrar; (iii) su ubicación inmediata en un nuevo medio familiar o en centros de emergencia —en los casos en los que proceda la ubicación en los hogares de paso—; (iv) la adopción, (v) cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y; finalmente, (vi) la posibilidad de promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

367. A continuación, se procederá a analizar cada una de estas medidas y a explicar las

razones por las que, en el caso del niño JDAG, ninguna es idónea, ni efectiva, por lo que el niño requería de atención y asistencia especiales de parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo menos, para avanzar en la búsqueda de soluciones duraderas dirigidas a restablecer sus derechos.

368. (i) La amonestación, según el artículo 54 de la Ley 1098 de 2006 “consiste en la conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del niño, niñas o adolescente sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone”, mediante una “orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar sus derechos”, con “la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto”.

369. Esa medida de restablecimiento, en el caso del niño JDAG, no es idónea ni efectiva porque, como se ha venido explicando, la madre del niño, quien era la responsable de su cuidado, lo abandonó y no dejó datos efectivos de ubicación, puesto que no reside en el lugar indicado y el número de celular aportado se encuentra fuera de servicio. Y aunque tanto esta, como la abuela del niño, tienen conocimiento que desde el 26 de noviembre de 2019 este se encuentra bajo el cuidado del ICBF, ninguna regresó por él, ni se preocupó por vincularse o participar en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En efecto, al principio del proceso administrativo ambas acudieron personalmente al ICBF e indagaron por el niño, pero nunca más volvieron, ni llamaron para preguntar por él, pese que habían sido citadas a rendir una entrevista.

370. Además, al ICBF le ha resultado imposible ubicar a un núcleo familiar en Colombia que sea garante de los derechos del niño, a pesar de haber (i) hecho una citación por emplazamiento y una publicación en el espacio de televisión del ICBF denominado “Me conoces”, (ii) acudido a entidades como la Cruz Roja y Migración Colombia, y (iii) haber suscrito un Convenio de Cooperación Internacional con la Cruz Roja, cuyo objeto es “aunar esfuerzos técnicos y administrativos para apoyar los procesos de restablecimiento de

contactos familiares de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados o separados que se encuentren en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos”, el cual, según informó el IBCF, “permite que se incorporen en los [procesos administrativos de restablecimiento de derechos] las valoraciones realizadas por el CICR del entorno familiar, que permitan identificar condiciones protectoras para orientar las decisiones de retorno sin lesionar o desconocer el estándar internacional del principio de no devolución”.

371. En cualquier caso, como se explicó, la conducta de la madre, e incluso de la abuela, ha dejado ver que la familia materna no tiene interés de ser contactada o hacerse cargo del niño.

372. Así pues, existen serios indicios de que el niño fue abandonado deliberadamente. En consecuencia, una orden perentoria dirigida a su progenitora con el fin de que cumpla con sus obligaciones sería inocua, pues, ante el abandono, esa medida de ninguna manera modificaría la conducta y las decisiones de la madre y, por tanto, en nada contribuiría a restablecer los derechos del niño.

373. Las medidas de restablecimiento que indican que el niño debe ser (ii) retirado de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en las que se pudiere encontrar o que se deben promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a las que hubiere lugar, en este caso, tampoco resultan procedentes, ni idóneas, no sólo porque el niño fue entregado al ICBF desde el 26 de noviembre de 2019, sino porque la vulneración de sus derechos no proviene del medio en el que se encuentra —caso en el cual podría ser retirado de allí—, sino que la causa de esa vulneración es el abandono de su madre, la falta de reconocimiento del padre y la indiferencia de la abuela materna

374. Por otra parte, (iii) los hogares sustitutos, según el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006, son una “medida de protección provisional” que, en principio, puede tener una duración máxima de 6 meses y que consiste “en la ubicación del niño, niña o adolescente en una

familia que se compromete a brindarle cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen”.

375. En este caso, desde julio de 2020, el niño JDAG se encuentra en un hogar sustituto que fue creado con ocasión de la emergencia sanitaria generada por la COVID-19. Empero, esa medida en modo alguno, parecería ser una solución definitiva para restablecer sus derechos. Es más, el hecho de que haya estado más del tiempo permitido es otra circunstancia que amenaza sus derechos fundamentales, pues, durante este tiempo ha generado lazos afectivos y de confianza con la familia que lo cuida, pero que ni jurídicamente o de facto, es su familia definitiva.

376. Ahora bien, hay dos posibles medidas de restablecimiento de los derechos del niño que ante el agotamiento de las otras disponibles se tienen que considerar y que podrían estar comprendidas dentro de la causal que el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 describe como “cualquier otra medida que garantice la protección integral” del niño, las cuales son (a) retornarlo a Venezuela; o, (b) adelantar el trámite de adopción internacional regulada en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

377. Respecto de la primera medida, es decir, regresar al niño a Venezuela, debe resaltarse que existen serios indicios de que esa no es la medida que mejor garantiza el interés superior del niño, puesto que como se mencionó, (i) la propia madre informó al ICBF que trajo al niño a territorio colombiano, porque consideró que los familiares que estaban a cargo de él en el vecino país mientras ella se encontraba en Colombia “no lo estaban cuidando bien”; y, (ii) su llegada a Colombia tuvo como causa las difíciles circunstancias que se viven en territorio venezolano y que han derivado en la vulneración masiva de derechos humanos y, como se explicó anteriormente, de niños, niñas y adolescentes.

378. Respecto de esto último, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF señaló que “la situación migratoria de los menores de edad provenientes de la República Bolivariana de Venezuela provoca una serie de escenarios en donde no es posible retornar al menor de edad al sistema de protección de su país de origen, puesto que sus derechos no están siendo garantizados en Venezuela, lo que ha propiciado la migración masiva y determinado la necesidad de aplicar el principio de no devolución”.

379. Y, en relación con la segunda posible medida, que es la adopción internacional, debe señalarse que, en este caso, no es posible adelantar el trámite regulado en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

380. Este Convenio, busca proteger a “los niños y sus familias contra los riesgos de adopciones internacionales ilegales, irregulares, prematuras o mal gestionadas”, por lo que refuerza la aplicación de otra norma convencional, esto es, el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que trata sobre la adopción internacional. Así pues, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional “pretende garantizar que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del Niño y con respeto de sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”.

381. En ese sentido, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional “prevé procedimientos claros y prohíbe los beneficios económicos indebidos”, por lo que “ofrece una mayor seguridad, previsibilidad y transparencia a todas las partes que intervienen en la adopción, e intenta prevenir las prácticas ilícitas” que pueden ocurrir en ese contexto. Para la efectividad de sus disposiciones “establece un sistema de cooperación entre las autoridades de los Estados de origen y recepción, concebido para que las adopciones internacionales se ajusten a condiciones que garanticen las mejores prácticas y se eliminen los abusos”. Por tanto, “indica claramente que los Estados de recepción y origen deben compartir las cargas y beneficios de

regular la adopción internacional de una manera equitativa” y “precisa las funciones del procedimiento de adopción que corresponder desempeñar a cada Estado”.

382. Sin embargo, en este caso, por las dificultades fácticas con el vecino país las disposiciones de ese Convenio internacional no pueden ser aplicadas.

Primero, porque su artículo 1° dispone que este sólo se emplea “cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado Contratante (“el Estado de recepción”)”, y en este caso, el niño de 5 años no reside en su país de origen, desde hace por lo menos, 4 años, ni la causa de su desplazamiento se originó o fue causada por el Estado colombiano. De modo que, los supuestos de hechos previstos en la norma convencional no aplican en el caso concreto.

Segundo, porque la ejecución de sus disposiciones depende de la cooperación entre las autoridades competentes de los respectivos Estados, lo cual, en este caso es imposible, por la inexistencia de relaciones diplomáticas y consulares entre Colombia y Venezuela. Incluso, en este punto, es de resaltar que las dificultades de comunicación con el vecino país no son exclusivas de Colombia. Por ejemplo, en las observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de dicha dificultad.

383. Así las cosas, de las medidas de restablecimiento previstas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, la única que parecería quedar disponible considerando la renuencia de la madre de hacerse cargo del niño, la falta de padre que lo hubiera reconocido, la indiferencia de la abuela materna, la confesión de la madre acerca de que la familia extensa en Venezuela no garantizaba adecuadamente los derechos del niño mientras estaba a cargo del niño, la inconveniencia de devolver al niño a Venezuela y la imposibilidad de aplicar el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción

Internacional, es (iv) la adopción.

384. Sin embargo, como se ha venido explicando, esa medida no es aplicable a un niño que como JDAG, no cuenta con la nacionalidad colombiana, ni siquiera como medida de ultima ratio.

385. Respecto de este asunto, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, señaló las razones por las cuales dar en adopción a niños de nacionalidad venezolana podría resultar inconveniente, dado que (i) según una nota técnica que le fue remitida por UNICEF —pero que no fue allegada al expediente del presente trámite de revisión— “no es recomendable” la declaratoria de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes extranjeros en contextos de crisis y/o emergencias, como el contexto migratorio que afronta Colombia, y (ii) puede poner a los niños en un escenario de inseguridad en el que se les otorga una familia adoptiva sin que exista una certeza de que no cuentan con una red familiar cercana que pueda tener su cuidado y custodia, lo que a su vez genera “una doble situación jurídica, es decir, el reconocimiento en Colombia de unos padres adoptivos legitimados en nuestro país, y de una familia biológica que podría reclamar sus derechos al contar con un documento también válido en su país de origen, ya que la decisión de Colombia no tiene alcance en el registro de Venezuela a menos que se proceda a iniciar un proceso judicial denominado execuátur, para que la Corte de ese país valide si se cumplieron requisitos tales como: reciprocidad normativa y debido proceso”.

386. Al respecto, resulta relevante destacar que, en efecto, UNICEF ha señalado que “[p]ara los niños y niñas que han tenido que cruzar la frontera sin sus familias, los acogimientos temporales y otras modalidades de atención comunitaria a través de sistemas estatales ofrecen una protección fundamental”. Sin embargo, es necesario “evitar la adopción durante una emergencia o justo después de una emergencia”, por lo que “[s]e debe hacer todo lo posible por reunir a los niños con sus familias cuanto antes, siempre y cuando dicha reunificación sea la opción más conveniente para ellos” (énfasis propio).

387. Asimismo, ACNUR ha afirmado que “[l]a adopción no debe efectuarse durante las emergencias o inmediatamente después de ellas”, por lo que “[s]e deben hacer todos los esfuerzos para reunir a los niños y niñas con sus familias cuando sea posible, si dicha reunificación responde a su interés superior” (énfasis propio).

388. Así pues, esos organismos internacionales, tal y como señaló el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, han manifestado sus reservas respecto de acudir a la adopción como primera medida en escenarios de emergencia, y han reiterado la obligación de los Estados de, antes, efectuar todos los esfuerzos para reunir a los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados con sus familias, así como la de verificar que esa reunión responda a su interés superior.

389. Y esos pronunciamientos, se encuentran conforme a las exigencias de la Observación General No. 6 proferida por el Comité de los Derechos del Niño el 1 de septiembre de 2005 que prevé la adopción internacional como una opción de solución duradera en los casos en los que no es posible la reunión familiar en el país de origen, ni en el país de acogida, “sea a causa de obstáculos jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del niño inclina la balanza en favor de este último”. Concretamente, la Observación señala que “la adopción de menores no acompañados o separados sólo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable. En la práctica, ello quiere decir en particular que han resultado infructuosas las tentativas de localización y reunión de la familia o que los padres han dado su consentimiento a la adopción” (énfasis propio). Asimismo, la Observación recomienda no dar en adopción a los niños no acompañados “con precipitación en medio de una emergencia”.

390. Ahora bien, esas recomendaciones, en los términos descritos, no constituyen una prohibición absoluta de acudir a la adopción en contextos migratorios. Por el contrario, estas

establecen tres condiciones que se deben verificar antes de acudir, de manera excepcional, a esa medida, a saber: (i) que la adopción no se efectúe durante o justo después de una emergencia; (ii) que, primero, se agoten todos los esfuerzos para reunir al niño, niña o adolescente con su familia, y, en cualquier caso; (iii) que se haya constatado que la reunión familiar es el medio idóneo para mejor proteger y garantizar los derechos del niño.

391. En el caso sub examine, se materializaron todas las condiciones mencionadas. Por una parte, la eventual decisión de declarar al niño en situación de adoptabilidad no se suscita “durante o justo después de una emergencia”. Aunque, no se desconoce que Colombia ha sido el país que ha albergado la mayor cantidad población migrante proveniente de Venezuela, y que ello ha representado múltiples retos para el aparato institucional colombiano, pues ha exigido el desarrollo de “políticas, instrumentos y mecanismos para suplir las necesidades derivadas de la migración”. tampoco puede ignorarse que la palabra “emergencia” denota un “suceso o accidente que sobreviene” o una “situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata” lo cual no se acredita en la actualidad, puesto que dicho estado de emergencia fue declarado por un lapso de 30 días por medio del Decreto 1770 de 2015 “por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en parte del territorio nacional” y declarado exequible mediante la Sentencia C-670 de 2015.

392. Ocurre que la migración masiva de población proveniente de Venezuela inició en el 2015 y se acentuó desde el año 2018, por lo que esa situación, a la fecha, no puede ser considerada como un hecho sobreviniente. Por el contrario, es una circunstancia que ha estado presente en el contexto colombiano durante los últimos 7 años y que, actualmente, no parecería ser pasajera, ni reversible.

394. Por otra parte, como se explicó en líneas anteriores el ICBF (i) hizo una citación por emplazamiento y una publicación en el espacio del ICBF denominado “Me conoces”, (ii)

acudió al Comité Internacional de la Cruz Roja y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Sin embargo, no le ha sido posible ubicar a familiares garantes de los derechos del niño en Colombia, ni en Venezuela.

395. Por último, se ha constatado que existen serios indicios de que la reunificación familiar puede no ser la medida que mejor garantiza sus derechos, por cuanto: (i) tanto la madre, como la abuela del niño han sido renuentes en hacerse cargo de él, tanto así que la primera lo abandonó y la segunda respaldó esa decisión, lo que indica la existencia de un abandono deliberado y (ii) devolver al niño a Venezuela parece no ser idóneo para proteger su interés superior, considerando las graves circunstancias que se viven ese territorio, que han generado la migración masiva de su población y que los familiares del niño que estaban a su cargo mientras la madre estaba en Colombia, según esta misma confesó, no protegían y garantizaban sus derechos.

396. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF también manifestó su preocupación respecto del hecho de que después del eventual proceso de adopción, el niño ostente dos relaciones paterno filiales: una con sus padres adoptivos en Colombia, y otra, con su madre biológica.

397. Respecto de esta preocupación, en principio, resulta relevante aclarar que la soberanía de la que gozan todos los Estados impide que un acto, decisión u orden de una autoridad colombiana, suprima o modifique el registro civil de nacimiento venezolano, por lo que, los efectos en Venezuela de la eventual decisión —de ser judicial—, necesariamente dependerá de que existan las condiciones fácticas y jurídicas para adelantar un trámite de exequátur en ese vecino país. Sin embargo, el hecho de que Colombia le otorgue al niño un nuevo registro civil que coexista con el venezolano, per se, no representa un problema de orden constitucional, ni legal. En efecto, hay otras circunstancias en las que la Constitución y las Leyes de Colombia admiten la existencia simultánea de dos registros civiles, uno nacional y otro extranjero, como cuando se reconoce la nacionalidad colombiana como la segunda

nacionalidad de un niño extranjero.

398. Ahora bien, la expedición de un nuevo registro civil exige reconocer, en principio, la relación filial con la madre. Esto, porque es inevitable, como ocurre en todos los procesos de adopción, que respetando el debido proceso se declare la pérdida de la patria potestad de los padres conforme al artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia y, posteriormente, se apliquen las reglas previstas en el artículo 126, y demás normas aplicables del mismo Código de la Infancia y la Adolescencia.

399. En ese sentido, una posible dificultad surgiría del hecho que la eventual declaratoria de adoptabilidad efectuada por las autoridades colombianas no genere efectos jurídicos en Venezuela, —por lo menos, en tanto no se adelante un trámite de exequatur— por lo que no terminaría la patria potestad en ese país vecino respecto de la madre biológica del niño residente en Colombia. Ello, tal y como lo mencionó el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF podría, posteriormente, conducir a que sus familiares biológicos reclamen (a) sus derechos respecto del niño derivados de esa filiación e, incluso, (b) la responsabilidad del Estado de Colombia. Sin embargo, en ese hipotético caso, la autoridad competente de conocer del respectivo reclamo no podría dejar de valorar que: (i) el niño tiene vínculos filiales únicamente con la madre, pues el padre no lo reconoció; (ii) fue abandonado por su madre en territorio colombiano por un tiempo prolongado, y a pesar de conocer que está a cargo del ICBF, decidió (a) no vincularse, ni preocuparse por los resultados del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, (b) no asistir a la diligencia psicosocial a la que fue citada, y (c) no dar datos suficientes para su ubicación; (iii) la abuela materna del menor, quien también tiene conocimiento de su ubicación, se abstuvo de presentarse a las diligencias en el ICBF; (iv) la madre informó a las autoridades colombianas que los familiares en territorio venezolano que estuvieron a cargo del niño temporalmente mientras ella se encontraba en Colombia, no garantizaban, ni protegían adecuadamente sus derechos; (v) la residencia de la familia materna tiene vocación de permanencia en el territorio colombiano; (vi) y, el Estado colombiano, conforme a las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como las constitucionales que se expusieron con anterioridad, está

obligado a tomar las medidas necesarias para proteger y garantizar los derechos del niño de forma efectiva y en igualdad de condiciones respecto de los demás niños que se encuentran en su jurisdicción.

400. Respecto de esto último, resulta relevante reiterar que, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento nacional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado de Colombia está obligado a dar una protección especial a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo su jurisdicción. Esa protección especial de la que son destinatarios las niñas, niños y adolescentes, tiene fundamento en que por tratarse de sujetos que hasta ahora empiezan la vida, se encuentran en una innegable situación de indefensión, que les impide valerse por sí mismos. Así pues, su desarrollo progresivo depende de los adultos, quienes son los responsables de protegerlos y proveerles lo necesario para garantizar el disfrute de sus derechos. En particular, cuando se encuentran en la primera infancia, pues son particularmente vulnerables y dependientes de los adultos.

401. En tanto ese elemento de “vulnerabilidad e indefensión connatural”, es común a todas las niñas, niños y adolescentes —aunque en diferentes grados, según la etapa de desarrollo en la que se encuentren—, la protección especial de la que deben gozar no admite diferenciaciones, ni discriminación alguna.

402. El mandato general de brindarles protección especial se materializa a través de diferentes obligaciones concretas, como aquella que exige que “[e]n todas las medidas [que les conciernan] que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a [la] que se atenderá será el interés superior del niño”.

403. Asimismo, el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos de

los que son titulares los niños.

404. Sin embargo, las medidas que hasta el momento ha implementado el Gobierno Nacional para hacer frente a los problemas derivados de la migración de población proveniente de Venezuela, aunque beneficiosas para un gran número de migrantes y, en particular, niñas, niños y adolescentes, no solucionan el particular escenario del niño JDAG, puesto que (i) el PPT sólo le permite al niño regularizar su situación migratoria, sin que ello elimine las barreras que existen para restablecer sus derechos; y, (ii) el niño no puede ser destinatario de las medidas de protección dispuestas en el régimen especial, excepcional y transitorio para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento para hijos e hijas de venezolanos en riesgo de apatridia porque tiene la nacionalidad venezolana, lo que impide considerarlo en riesgo de apatridia.

405. Todo lo anterior, ubica al niño en un escenario de desprotección material y normativo que (i) ha conducido a que el niño lleve 2 años y medio en el sistema de protección sin que a haya sido posible tomar una medida definitiva para restablecer sus derechos; y que (ii) de perdurar en el tiempo, conducirá a que el niño permanezca durante toda su infancia y adolescencia en hogares sustitutos o instituciones —como consecuencia de medidas que son por naturaleza provisionales— sin poder ejercer los derechos derivados de sus vínculos maternofiliales y sin lazos estables de afecto y amor. Con la preocupante circunstancia de que cualquier menoscabo que se le pudiere haber causado, para el momento en el que niño cumpla la mayoría de edad, será irreversible, puesto que “[l]os niños pequeños que han sido institucionalizados presentan un mayor retraso en su capacidad de establecer interacciones sociales, que los que han sido cuidados en un ámbito familiar. Los prejuicios (sic) a los que hacen referencia los informes incluyen una variedad de problemas médicos graves, deficiencias en el crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos, problemas graves de expresión somática, retrasos en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación, dificultades de integración, alteraciones sociales y de comportamiento”.

406. Por esta razón, en este caso no es posible que las autoridades colombianas permanezcan inactivas frente a este escenario de vulneración continua de los derechos del niño JDAG a causa de la imposibilidad de definir su situación jurídica al interior del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, pues ello, a su turno, implicaría un desconocimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Colombia en relación con la Convención de los Derechos del Niño (arts. 2, 3, 6, 9 y 20), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 19 en clave con el 1.1. y 2), y los lineamientos de cómo se deben interpretar las anteriores disposiciones contenidas en la Observación General No. 6 del 1 de septiembre de 2005 del Comité de los Derechos del Niño, con la agravante que, en ese escenario, los derechos del niño permanecerían indefinidamente en una situación de vulneración.

407. En todo caso, la Corte considera relevante que, antes de tomar cualquier decisión definitiva dirigida a restablecer los derechos del niño, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar retome y agote a la mayor brevedad posible, todos los mecanismos existentes para promover la búsqueda de la familia extensa del niño, para lo cual deberá, como mínimo, dar a conocer la información básica y fotografías del niño dentro del programa “Me conoces” así, como en emisoras radiales fronterizas. Empero, de mantenerse las condiciones que originaron el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y la falta de ubicación de la familia extensa del niño JDAG una vez agotados todos los mecanismos de búsqueda existentes, deberá definir la situación jurídica del niño.

408. Así pues, resulta indispensable que el ICBF procure y promueva nuevamente, mediante todos los mecanismos disponibles para el efecto, la reunión familiar del niño con otros familiares en Colombia y primordialmente, con su hermana menor, DAG, quien presuntamente fue dejada bajo la custodia del ICBF en el Centro Zonal Kennedy.

409. En caso de que la ubicación de los familiares adultos en Colombia resultara posible, y que estos manifestaran su intención de acoger al niño, deberá verificarse que la reunión

familiar obedezca al interés superior del niño y deberá tenerse en cuenta su opinión, la cual deberá leerse a la luz de su edad y madurez, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

410. Y, en el caso de que la búsqueda y reunión con su hermana menor resultara exitosa, deberán hacerse todos los esfuerzos posibles por mantenerlos juntos y tomar decisiones que, en la medida de lo posible, los beneficien por igual, considerando que la niña, por haber nacido en Colombia, debería contar con un registro civil de nacimiento de este país.

D. Regla de unificación

411. Todas las autoridades de la República de Colombia, sin excepción alguna, al valorar, tramitar y decidir sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes que (i) se encuentren permanentemente en territorio colombiano, (ii) se identifiquen como migrantes venezolanos no acompañados, y (iii) se encuentren en situación abandono probado, sin posibilidad de ubicarlos con su núcleo familiar, están obligadas a aplicar los mandatos de protección y cuidado previstos en el artículo 44 de la Constitución, en especial, dar prevalencia al interés superior del niño y ejecutar, con la mayor diligencia, las acciones que sean necesarias para materializar la garantía y protección de sus derechos. Esto, sin distinción alguna e, independientemente, de la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional, étnico o social, o cualquier otra característica o condición del niño, niña o adolescente o de sus padres.

412. Así, para el caso concreto, dada la especial contingencia de la relación internacional entre Colombia y Venezuela, y mientras subsista la ruptura de las relaciones, se aplicará la nacionalización por adopción de latinoamericanos como ultima ratio siempre y cuando no sea posible, en un tiempo prudencial, ubicar a la familia extensa de las niñas, niños y adolescentes venezolanos que sean migrantes no acompañados en situación de abandono y

que tengan una residencia permanente en Colombia, en todo caso, superior a un año.

E. Remedios judiciales

413. Como resultado de todo lo expuesto en acápite precedentes y lo valorado en el caso concreto de la presente sentencia de unificación, la Corte Constitucional amparará los derechos fundamentales solicitados por la Defensora de Familia a cargo del caso del niño JDAG con excepción del de petición. Por lo tanto, luego de levantar los términos de este proceso, la Corte adoptará los siguientes remedios judiciales:

Primero. Revocará el fallo de tutela de segunda instancia, proferido el 18 de mayo de 2021 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que amparó el derecho de petición y confirmó en lo demás la sentencia de primera instancia del 8 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá declaró la improcedencia de la acción de tutela. En su lugar, negará el amparo, únicamente en lo atañe al derecho de petición y, amparará, por las razones expuestas en esta sentencia, los derechos fundamentales a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica y a la igualdad del niño JDAG.

Segundo. Ordenará al Ministerio de Relaciones Exteriores que en el ejercicio de la delegación efectuada por el Presidente de la República de Colombia mediante el artículo 2.2.4.1.2 del Decreto 1067 de 2015, con fundamento en los artículos 44 y 96 de la Constitución Política y en el marco de sus competencias legales, en especial, las previstas en la Ley 43 de 1993, expida carta de naturalización al niño JDAG con el fin de otorgarle la nacionalidad colombiana por adopción en su calidad de latinoamericano por nacimiento.

Tercero. Ordenará a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, una vez otorgada la nacionalidad colombiana por adopción al niño JDAG, expida el registro civil al niño con la indicación de su madre biológica.

Cuarto. Instará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que (i) retome y agote, a la mayor brevedad posible, todos los mecanismos existentes para promover la búsqueda de la familia extensa del niño JDAG, para lo cual deberá, como mínimo, dar a conocer la información básica y fotografías del niño dentro del programa “Me conoces” así, como en emisoras radiales fronterizas; y, de mantenerse las condiciones que originaron el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y la falta de ubicación de la familia extensa del niño JDAG una vez agotados todos los mecanismos de búsqueda existentes, (ii) proceda a definir la situación jurídica del niño.

Así pues, antes de que se tome una decisión definitiva en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos del niño JDAG, resulta indispensable que el ICBF procure y promueva nuevamente, mediante todos los mecanismos disponibles para el efecto, la reunión familiar del niño con otros familiares en Colombia y, primordialmente, con su hermana menor, DAG, quien presuntamente fue dejada bajo la custodia del ICBF en el Centro Zonal Kennedy.

En caso de que la ubicación de los familiares adultos en Colombia resultara posible, y que estos manifestaran su intención de acoger al niño, deberá verificarse que la reunión familiar obedezca al interés superior del niño y deberá tenerse en cuenta su opinión, la cual deberá leerse a la luz de su edad y madurez, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y, en el caso de que la búsqueda y reunión con su hermana menor resultara exitosa, deberán hacerse todos los esfuerzos posibles por mantenerlos juntos y tomar decisiones que, en la medida de lo posible, los beneficien por igual, considerando que la niña, por haber nacido en Colombia, debería contar con un registro civil de nacimiento de este país.

Quinto. Declarará que esta sentencia constituye un precedente judicial para que, a la luz del principio del interés superior del niño y la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las autoridades competentes tomen y apliquen las medidas de restablecimiento de derechos a las que haya lugar dentro del respectivo procedimiento administrativo, para la efectiva protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de origen venezolano, migrantes irregulares y en situación de abandono probado, que acrediten como mínimo un año de domicilio permanente y continuo en Colombia, sin necesidad de presentar acciones de tutela, siempre que no exista duda sobre las razones por las cuales se encuentran en territorio colombiano o de que no han sido separados forzosa o delictivamente de sus padres o familiares.

Sexto. Extenderá la fórmula jurídica adoptada en esta providencia, por medio de los efectos inter comunis durante el tiempo en el que no exista una ley o una regulación definitiva en la materia, para que se beneficie a toda la población de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en una situación fáctica igual a la del niño JDAG, esto es, aquellos menores de edad de origen venezolano, migrantes irregulares, y en situación de abandono probado, que acrediten como mínimo un año de domicilio permanente y continuo en Colombia, para efectos de que se les tramite la nacionalidad colombiana por adopción, cuando sea solicitada por los Defensores de Familia o quienes desarrollen las funciones de estos, siempre que no exista duda sobre las razones por las cuales se encuentran en territorio colombiano o de que no han sido separados forzosa o delictivamente de sus padres o familiares.

En caso contrario, las autoridades deberán denunciar los presuntos hechos delictivos ante la Fiscalía General de la Nación, en los términos del artículo 188A de la Ley 599 de 2000.

En todos los casos, los Defensores de Familia o quienes desarrollen las funciones de estos, deberán efectuar la búsqueda de la familia del niño, niña o adolescente en la República Bolivariana de Venezuela con el apoyo de organizaciones internacionales como el Comité Internacional de la Cruz Roja y/o de organizaciones no gubernamentales ubicadas en ese Estado que promuevan los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes como CECODAP, la Red por los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes- REDHNNA, ASONACOP y FUNDANA. Esto, sin perjuicio del uso de otros canales que pudieren emplear para ese propósito.

El Comité Internacional de la Cruz Roja en cumplimiento de su misión humanitaria ayuda a las personas afectadas por la migración masiva desde Venezuela para lo cual cuenta con equipos de trabajo en Colombia y Venezuela que, entre otras cosas, buscan el restablecimiento del contacto entre familiares, así como posibilitar el intercambio de mensajes entre estos. Por ello, como atrás se mencionó, el Comité Internacional de la Cruz Roja suscribió un Convenio de Cooperación Internacional con el ICBF, cuyo objeto es “aunar esfuerzos técnicos y administrativos para apoyar los procesos de restablecimiento de contactos familiares de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados o separados que se encuentren en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos”. Así pues, los Defensores de Familia o quienes desarrollen las funciones de estos, podrán apoyarse en el Comité Internacional de la Cruz Roja para impulsar la búsqueda en Venezuela de los familiares de los niños, niñas y adolescentes separados o no acompañados que se encuentren en Colombia, pues esta organización cuenta con la experiencia y la estructura técnica y administrativa necesaria para facilitar las reunificaciones familiares.

Por su parte, la Red por los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes- REDHNNA, está integrada por organizaciones, grupos, asociaciones de carácter comunitario, promotores e instituciones sociales, investigadores, profesionales, académicos y particulares que se unieron para trabajar articuladamente por la promoción y defensa de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. A su vez, CECODAP es una organización sin fines de lucro

que desde 1984 trabaja en la promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia en Venezuela, para lo cual involucra a diferentes actores que reconocen, respetan y defienden los derechos de niñas, niños y adolescentes. Así mismo, ASONACOP, es una organización internacional para la protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual suscribió el 4 de mayo de 2022 un acuerdo de cooperación con la ACNUR bajo la figura de Carta de Entendimiento, en la que ambas partes se comprometieron a establecer alianzas que fortalezcan y promuevan el acceso efectivo de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes como la población más vulnerable afectada por la situación humanitaria que atraviesa el país, incluidos en la categoría de personas en movilidad y en riesgo de desplazamiento. Y FUNDANA es una asociación civil, sin fines de lucro, con sede en Caracas, Venezuela, cuya misión es proteger a la infancia, para lo cual cuenta con diferentes programas para ubicar familias sustitutas para abrigar a niños, niñas y adolescentes que temporalmente no pueden regresar con su familia biológica.

Estas organizaciones tienen la misión de proteger y garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y, por estar ubicadas y operar en Venezuela, pueden facilitar y apoyar la ubicación en el vecino país de los familiares de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados que se encuentran en territorio colombiano. Esto, se itera, sin perjuicio del uso de otros canales que pudieren existir para ese propósito.

Ahora bien, la extensión de la fórmula jurídica adoptada en esta providencia, por medio de los efectos inter comunis, encuentra fundamento en los pronunciamientos de la Corte Constitucional que han admitido, de manera excepcional, la modulación de los efectos de las sentencias de tutela.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996, los fallos de tutela pueden tener efectos inter partes. Esto quiere decir que la decisión adoptada por la autoridad judicial solo surte consecuencias jurídicas sobre quienes hubieren sido partes o vinculados como terceros con interés. Lo anterior, en atención

a que estas providencias deciden sobre problemáticas o presuntas afectaciones a derechos fundamentales que se enmarcan en circunstancias concretas, razón por la cual, en principio, el análisis del juez constitucional se limita a los supuestos fácticos particulares del asunto puesto bajo su conocimiento. De manera excepcional, la Corte Constitucional ha admitido la modulación de los efectos de las sentencias de tutela, a partir de dos dispositivos amplificadores como lo son los efectos inter comunis y los inter pares.

Los efectos inter comunis son adoptados por esta Corte cuando se advierte que, si bien existe un grupo de personas que no ha solicitado la tutela de sus derechos, al encontrarse en circunstancias comunes o similares a las del demandante, deben ser tratados de forma paritaria. De modo que la decisión, proferida en el marco de la acción de tutela también los cobija. La Sentencia SU-1023 de 2001, definió los efectos inter comunis señalando que son aquellos que, excepcionalmente, se extienden a terceros que “se encuentran igualmente afectados por la situación de hecho o de derecho que (...) motivó [el recurso de amparo], producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales”.

Así pues, “[a] través de esta fórmula jurídica, con fundamento en los principios de igualdad y garantía de la supremacía constitucional, (...) la decisión de tutela [se hace] extensiva a todos los sujetos que, junto con las partes del proceso específico, integran una misma comunidad que, en razón de la identidad fáctica, conforman un grupo social que se verá directamente impactado por la determinación de la Corte”.

Ahora bien, en atención al material probatorio recabado en el presente proceso, el ICBF puso en conocimiento de esta Corte sobre un “grupo de personas que no les fue cerrado el PARD (573) se indican que existen 338 por vulneración de derecho y 235 sin definir su situación jurídica” y “2.362 fueron ubicados en modalidades de acogimiento residencial”. También la Defensoría del Pueblo y varias universidades advirtieron que “desde el año 2021 se

acrecentó el número de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados, de los cuales 222 fueron no acompañados”. Problemática que, además, podría repercutir en que estos se conviertan en “víctimas de reclutamiento, violencia sexual, física, psicológica y/o emocional, violencia basada en género, uso y utilización por parte de actores armados, como también, el sometimiento a trata de personas, mendicidad, trabajo infantil, consumo de sustancias psicoactivas, abandono, negligencia, alta permanencia en calle, desnutrición, barreras para el acceso al derecho a la salud y a la educación”.

En cuanto al caso de la referencia, la Corte considera que es necesario extender los efectos inter comunis de esta providencia, debido al déficit de protección de los derechos fundamentales de menores de edad de origen venezolano, migrantes irregulares y en situación de abandono probado, que han estado domiciliados durante un año o más en Colombia y que requieren que se les tramite la nacionalidad colombiana y como consecuencia de ello, la expedición de un registro civil para la efectiva protección y garantía de sus derechos fundamentales. En efecto, se acreditan los supuestos establecidos en la jurisprudencia constitucional, a saber:

(i) Durante el proceso las autoridades vinculadas probaron que otros niños, niñas y adolescentes venezolanos migrantes fueron abandonados por sus padres en Colombia y se encuentran bajo custodia del ICBF por lo que se encuentran en la misma situación que el niño JDAG.

(ii) Se presenta identidad respecto de los derechos fundamentales violados por cuanto son niños, niñas y adolescentes respecto de quienes aún no se ha podido resolver su situación jurídica al no contar con la nacionalidad colombiana y un registro civil. De ahí que, son sujetos de especial protección constitucional e internacional respecto de quienes se puede también advertir una afectación de sus derechos a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica y a la igualdad.

(iii) Todos ellos se movilizaron de distintas formas desde Venezuela sin que mediara la fuerza o un hecho delictivo y se encuentran abandonados en el territorio colombiano, sin ningún tipo de familia que pueda velar por sus derechos, por ello, se encuentran bajo custodia del ICBF. Así mismo, todos ellos se encuentran ante un vacío legal debido a que (i) no son colombianos y existe en el ordenamiento jurídico una medida idónea para el restablecimiento efectivo y definitivo de sus derechos, y (ii) al no ser apátridas no pueden beneficiarse de la medida establecida a través de la Ley 1997 de 2019.

En suma, en aras de salvaguardar los principios de igualdad y atendiendo a la gravedad del asunto que es objeto de análisis por esta Corporación que hace necesario garantizar la supremacía constitucional a partir de la protección de los derechos fundamentales de estas niñas, niños y adolescentes venezolanos migrantes, se considera necesario extender la fórmula jurídica adoptada en esta providencia, por medio de los efectos inter comunis para que se beneficie a toda la población de niños que se encuentre estrictamente en la misma situación fáctica y jurídica, a la del niño JDAG.

Ahora bien, los efectos inter comunis de esta providencia, de ninguna manera, eximen a las autoridades administrativas o judiciales competentes de hacer un análisis particular y exhaustivo en cada uno de los casos para constatar que, en efecto, y sin lugar a duda (i) el niño, niña o adolescente se encuentra en una situación de abandono probado, (ii) ha estado domiciliado o domiciliada durante un año o más en Colombia, (iii) son claras las razones por las cuales se encuentra en territorio colombiano; (iv) es diáfano que no ha sido separado o separada forzosa o delictivamente de sus padres o familiares y (v) requiere que se le tramite la nacionalidad colombiana y como consecuencia de ello, la expedición de un registro civil para la efectiva protección y garantía de sus derechos fundamentales.

Séptimo. Invitar al Presidente de la República para que en el marco de sus competencias

constitucionales, adopte e implemente todos los mecanismos y esfuerzos que sean requeridos para la apertura de los canales necesarios con el fin de (i) promover la búsqueda de la familia que se encuentra en el exterior de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana que se encuentran en situación de abandono en territorio colombiano, y (ii) determinar las posibilidades y las condiciones de su retorno al país de origen.

Octavo. Exhortará al Gobierno Nacional para que adopte y oriente la ejecución de una política pública en torno a la población de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en situación de abandono, con el fin de prevenir la vulneración de sus derechos fundamentales.

Noveno. Exhortará al Honorable Congreso de la República de Colombia para que, en el marco de sus competencias constitucionales, expida una ley que adicione la Ley 43 de 1993, en relación con la nacionalidad por adopción de las niñas, niños y adolescentes venezolanos en situación de abandono.

Décimo. En algunas oportunidades la Corte ha identificado la necesidad de realizar una pronta notificación del fallo, de manera que se requiere que tal actuación se surta directamente por la Secretaría General de esta Corporación. En efecto, así se decidió (i) en el caso de la cesación intempestiva en la cancelación de salarios y prestaciones sociales de unos trabajadores en la Sentencia SU-484 de 2008, y (ii) posteriormente en el caso de la convocatoria pública para integrar algunas de las ternas necesarias para la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial resuelta en la Sentencia SU-335 de 2020. Atendiendo a las garantías constitucionales que se encuentran en riesgo del niño JDAG, y por la magnitud del problema debido a la gran cantidad de niñas, niños y adolescentes en igual situación, la Sala Plena estima imperativo que la notificación de la presente sentencia se realice de manera directa por parte de la Secretaría General de la Corte Constitucional.

Undécimo. Se advertirá al juez de primera instancia y a las partes que el cumplimiento del

presente fallo debe ser inmediato. En ese sentido, desde el Auto 132 de 2012, la Corte ha sido clara en que ni siquiera ante la interposición del incidente de nulidad se interrumpen los efectos del fallo y tampoco implica el condicionamiento de su cumplimiento.

F. Síntesis de la decisión

414. La Sala Plena de la Corte Constitucional analizó la acción de tutela presentada por Marisol Niño Cendales, Defensora de Familia del ICBF, en nombre y representación del niño JDAG, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de petición y, de contera, los derechos fundamentales a la vida digna, a la protección integral, a la integridad, a la igualdad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a una nacionalidad no solo formal sino material y a la prevalencia de los derechos del niño que representa.

415. La acción de tutela tuvo fundamento en han transcurrido más de 2 años desde que el niño fue abandonado por su madre, y el ICBF se ha enfrentado a la imposibilidad jurídica de reintegrarlo a su medio familiar o declararlo en adoptabilidad porque (i) pese a sus esfuerzos no ha sido posible ubicar a familiares garantes de sus derechos en Colombia, ni en Venezuela; (ii) no existe un canal de comunicación entre Colombia y Venezuela en este momento, que permita efectuar otras formas de búsqueda de los familiares del niño que se encuentren en territorio venezolano para verificar si desean y pueden hacerse cargo de él, y (iii) existe un vacío legal que impide restablecer de forma efectiva los derechos fundamentales del niño por no ser colombiano. Además, el Ministerio de Relaciones Exteriores negó la solicitud presentada por la Defensora de Familia para que al niño se le concediera la nacionalidad colombiana por adopción, señalando que no cumplía con las condiciones y requisitos exigidos en la Ley 43 de 1993.

416. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de

tutela, la Sala Plena de la Corte Constitucional identificó que le correspondía determinar si el Ministerio de Relaciones Exteriores había vulnerado el derecho fundamental de petición. Resuelto lo anterior, la Sala Plena abordó el siguiente problema jurídico: ¿Luego de haber sido abandonado en Colombia, al haber negado la nacionalidad colombiana por adopción a favor del niño JDAG en respuesta a la solicitud elevada en su nombre por la Defensora de Familia, el Ministerio de Relaciones Exteriores le vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica, a la igualdad y a la nacionalidad material y, por ello, no ha sido posible resolver su situación jurídica y adoptar las medidas que corresponden conforme al ordenamiento jurídico para el restablecimiento de sus derechos, reintegrándolo a su familia o declararlo en adoptabilidad?

417. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala Plena se refirió: (i) a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección en el Derecho Internacional; (ii) a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes en el marco del Derecho Internacional; (iii) a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico interno; (iv) a la situación de los niños, niñas y adolescentes en Colombia migrantes de Venezuela y en el marco de esa coyuntura a las medidas que se han adoptado; (v) al concepto de la nacionalidad, su alcance y contenido como derecho fundamental y las disposiciones que regulan en Colombia su reconocimiento; y, (vi) el proceso de restablecimiento de derechos, la definición de la situación jurídica y las medidas a adoptar, incluida la declaratoria de adoptabilidad.

418. Seguidamente, la Sala Plena concluyó que el Ministerio de Relaciones Exteriores ni la Presidencia de la República vulneraron el presunto derecho de petición de información elevado por el Defensor de Familia por cuanto no se probó que éste hubiera sido remitido a tales entidades ni recibido por éstas. Así mismo, no se vulneró el derecho de petición en lo que se refiere a la solicitud elevada el 10 de febrero de 2021 por la Defensora de Familia Marisol Niño Cendales para que le fuera concedida la nacionalidad colombiana por adopción a favor del niño JDAG, toda vez que el hecho de que la respuesta ofrecida por la accionada

fuera negativa ese solo hecho no la hace constitutiva de una violación del derecho de petición. Resuelto lo anterior, la Sala Plena pasó a solucionar el problema jurídico planteado.

419. Al respecto, en primer lugar, concluyó que el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho y a tener una familia, así como los demás derechos que dependen directamente de ese (vida digna, protección integral, al cuidado y al amor), así como el derecho a la personalidad jurídica de JDAG porque (i) al decidir sobre la solicitud presentada por la Defensora de Familia para que al niño le fuera concedida la nacionalidad por adopción, desconoció los principios del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos fundamentales, lo cual exigía no sólo una especial, sino urgente respuesta por parte del Estado colombiano, por lo que, (ii) terminó dándole prevalencia a la aplicación de unos requisitos legales que (a) el parágrafo del artículo 9 de esa misma Ley 43 de 1993 permite al Ministerio de Relaciones Exteriores no exigir, en casos excepcionales, y que, en cualquier caso, (b) resultaban evidentemente contrarios a la Constitución.

420. En segundo lugar, concluyó que el Ministerio de Relaciones Exteriores vulneró el derecho a la igualdad y a la no discriminación del niño JDAG porque al decidir sobre la solicitud presentada por la Defensora de Familia para que al niño le fuera concedida la nacionalidad por adopción, (i) mantuvo las barreras existentes que han impedido restablecer sus derechos, por lo que reforzó la situación de discriminación en la que se encuentra; (ii) no tomó ni una sola medida afirmativa, idónea para iniciar la búsqueda de una protección definitiva a sus derechos, e (iii) reforzó el trato diferente que injustificadamente el ordenamiento jurídico le da al niño.

421. Finalmente, procedió a determinar la regla de unificación que se desprende de este caso, así como los remedios judiciales que se adoptarán con el fin de amparar los derechos fundamentales de a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica y la igualdad del niño JDAG, esto con efectos inter comunis para los demás niños, niñas y adolescentes que

exclusivamente se encuentren en su misma situación fáctica y jurídica.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR el fallo de tutela de segunda instancia, proferido el 18 de mayo de 2021 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que amparó el derecho de petición y confirmó en lo demás la sentencia de primera instancia del 8 de abril de 2021, mediante la cual el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá declaró la improcedencia de la acción de tutela. En su lugar, NEGAR el amparo, únicamente en lo que atañe al derecho de petición; y AMPARAR, por las razones expuestas en esta sentencia, los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica y a la igualdad del niño JDAG.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de Relaciones Exteriores que, por los motivos expuestos en la presente sentencia y en el marco de sus competencias legales, en especial, las previstas en la Ley 43 de 1993, con fundamento en los artículos 44 y 96 de la Constitución Política y, dentro de los treinta días siguientes contados a partir de la notificación de esta

providencia, se expida carta de naturaleza al niño JDAG con el fin de otorgarle la nacionalidad colombiana por adopción en su calidad de latinoamericano por nacimiento.

CUARTO.- Una vez otorgada la nacionalidad colombiana por adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelantará los trámites para obtener el registro civil del niño JDAG. La Registraduría Nacional del Estado Civil, en cumplimiento de sus deberes constitucionales, expedirá el respectivo certificado de registro civil.

QUINTO.- INSTAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que (i) continúe y agote, en el término máximo de (3) tres meses, todos los mecanismos existentes para promover la búsqueda de la familia extensa del niño JDAG, tanto en Colombia como en Venezuela, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. Al vencimiento del término previsto en este numeral, de mantenerse las condiciones que originaron el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y la falta de ubicación de la familia del niño JDAG una vez agotados todos los mecanismos de búsqueda existentes, (ii) proceda dentro el mes siguiente a definir la situación jurídica del niño.

SEXTO.- A la luz del principio del interés superior del niño, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, las autoridades competentes tomarán y aplicarán las medidas de restablecimiento de derechos a las que haya lugar dentro del respectivo procedimiento administrativo, incluida la declaración de adoptabilidad como última alternativa, para la efectiva protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de origen venezolano, migrantes irregulares y en situación de abandono probado, sin necesidad de presentar acciones de tutela, siempre que no exista duda sobre las razones por las cuales se encuentran en territorio colombiano o de que no han sido separados forzosa o delictivamente de sus padres o familiares. El Ministerio de Relaciones Exteriores y el ICBF difundirán esta sentencia para su debida aplicación.

SÉPTIMO.- EXTENDER la fórmula jurídica adoptada en esta providencia y la ruta establecida para resolver este caso, por medio de los efectos inter comunis durante el tiempo en el que no exista una ley o una regulación definitiva en la materia o se mantenga el bloqueo institucional a que se refiere la parte motiva de esta sentencia, para que se beneficie a toda la población de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en la misma situación fáctica y jurídica a la del niño JDAG, esto es, aquellos menores de edad de origen venezolano, migrantes irregulares y en situación de abandono probado, que acrediten como mínimo un año de domicilio permanente y continuo en Colombia, para efectos exclusivos de que se les tramite la nacionalidad colombiana por adopción, cuando sea solicitada por los Defensores de Familia o quienes desarrollen las funciones de estos, siempre que no exista duda sobre las razones por las cuales se encuentran en territorio colombiano o de que no han sido separados forzosa o delictivamente de sus padres o familiares.

OCTAVO.- EXHORTAR al Presidente de la República para que en el marco de sus competencias constitucionales, adopte e implemente todos los mecanismos y esfuerzos que sean requeridos para la apertura de los canales necesarios para (i) promover la búsqueda de la familia extensa que se encuentra en el exterior de los niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana que se encuentran en situación de abandono en territorio colombiano, y (ii) determinar las posibilidades y las condiciones de su retorno al país de origen.

NOVENO.- EXHORTAR al Honorable Congreso de la República de Colombia para que, en el marco de sus competencias constitucionales, expida una ley que adicione la Ley 43 de 1993, en relación con la nacionalidad de las niñas, niños y adolescentes venezolanos en situación de abandono.

DÉCIMO.- NOTIFICAR la presente providencia por conducto de la Secretaría General de la Corte Constitucional a las partes y a los terceros con interés, para lo cual libraré las comunicaciones pertinentes.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Con salvamento parcial de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración y

salvamento parcial de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LAS MAGISTRADAS

NATALIA ÁNGEL CABO Y

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA SU180/22

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Efecto inter comunis para adoptar de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados y/o separados de su familia desatiende recomendaciones internacionales y genera riesgo de doble filiación (Salvamento parcial de voto)

Ref. Expediente T-8.292.286

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A través de este escrito queremos expresar las razones que nos llevaron a salvar parcialmente el voto en la sentencia SU-180 de 2022. En esta providencia, la Sala Plena revisó la acción de tutela presentada por una Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en representación de un menor de edad de origen venezolano, quien había sido abandonado en nuestro país por su familia biológica y no podía ser dado en adopción debido a las restricciones legales para adelantar este tipo de procedimientos

cuando se trata de menores que no tienen la nacionalidad colombiana. La Sala resolvió negar el amparo del derecho de petición y tutelar los derechos al debido proceso, a la vida digna, a la protección integral, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la personalidad jurídica y a la igualdad del menor de edad.

A partir del análisis del caso, advertimos que, en efecto, este niño de origen venezolano fue abandonado en Colombia. Igualmente, evidenciamos que él ha estado domiciliado en este país durante el último año bajo la protección del ICBF. Por consiguiente, compartimos que la sentencia SU-180 de 2022 haya decidido otorgarle al niño, como segunda nacionalidad, la colombiana. Además, acompañamos que se haya resuelto que, a futuro, para casos similares, se conceda esta segunda nacionalidad, así como el registro civil, sin que se requiera instaurar acciones de tutela. Esta solución se orienta a remover varios de los obstáculos que impiden la garantía de derechos de esta población en nuestro país.

Sin embargo, nos apartamos parcialmente de la decisión en cuanto a la extensión de esta fórmula a través de efectos inter comunis (numeral séptimo de la parte resolutive). Consideramos que, aunque se disponga como última opción, este fallo ha fijado una ruta de restablecimiento de derechos que culmina con la posibilidad de la adopción de menores de origen venezolano (numeral sexto de la parte resolutive). Al respecto, creemos que la Sala Plena debió tener en cuenta los pronunciamientos de organismos internacionales que alertan el riesgo e inconveniencia que supone dictar medidas generales de adopción para niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados.

De otro lado, tampoco compartimos la orientación del exhorto dirigido al Congreso (numeral noveno de la parte resolutive). A nuestro juicio, la Rama Legislativa debe regular esta materia de manera autónoma e integral y establecer diversas alternativas, más allá de las que se plantean en este fallo. Solo así podrán ajustarse los procedimientos y medidas de restablecimiento de derechos que aseguren en mayor medida los intereses de aquellos menores que, en su situación de migración y búsqueda de refugio, han resultado

abandonados en Colombia.

A continuación, profundizaremos las razones que nos condujeron a salvar parcialmente el voto. En primer lugar, abordaremos aquellas que nos apartan de la extensión de la fórmula jurídica por medio de efectos inter comunis. Por un lado, nos referiremos a los instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales que alertan sobre el peligro que conlleva precipitar la adopción en contextos de crisis. Por otro lado, advertiremos el riesgo que representa la doble filiación para los derechos de la niñez migrante debido a la irrevocabilidad de la medida de adopción. En segundo lugar, explicaremos nuestro desacuerdo frente la orientación del exhorto dirigido al Congreso. En nuestro concepto, requerir que se adicionen específicamente, las normas relativas a la nacionalidad, implica una limitación injustificada a la libertad de configuración normativa del legislador en esta materia.

1. 1. El efecto inter comunis de esta decisión desatiende recomendaciones internacionales sobre la inconveniencia de la adopción en contextos de crisis

La fórmula jurídica adoptada en esta sentencia se extiende a través de efectos inter comunis a toda la población de niñas, niños y adolescentes que se encuentren en la misma situación fáctica y jurídica del niño cuyos derechos fueron protegidos en el presente caso. Esto supone que la nacionalidad colombiana se podría otorgar a menores de edad venezolanos que se encuentren en circunstancias comunes a las de este caso. También, se les podría expedir el registro civil para inscribir allí la declaratoria de adoptabilidad. Lo anterior, hasta que se profiera una regulación definitiva o se supere el bloqueo institucional actual.

Nos apartamos parcialmente de la decisión de otorgar estos efectos inter comunis (numeral séptimo de la parte resolutive) porque consideramos que, aunque se disponga como última opción, este fallo sí fija una ruta de restablecimiento de derechos que culmina con la

declaratoria de adoptabilidad de los menores migrantes (numeral sexto de la parte resolutive). Por lo tanto, nuestro planteamiento es que la Corte no debió desatender los instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales que han indicado la inconveniencia de generalizar, directa o indirectamente, los procesos de adopción para niños, niñas y adolescentes en contextos de crisis. Por un lado, esta medida desconoce que la flexibilización de este tipo de trámites incrementa la amenaza de tráfico de menores de edad o de «lavado de niños». Frente a ello, argumentamos que el análisis de las medidas de protección debe hacerse caso a caso con el fin de acoger la fórmula que mejor se adapte al interés del menor. En cada caso pueden surgir muchas variables y circunstancias que podrían implicar que la decisión de iniciar el proceso de adopción no sea la más adecuada. De otro lado, sostenemos que la Sala Plena debió considerar el riesgo de doble filiación, al tratarse de un contexto, posiblemente temporal, de migración y búsqueda de refugio.

* Riesgos de generalizar la adopción en contextos de crisis

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, dispuso el derecho a crecer en un entorno familiar. Según este instrumento, los Estados deben velar para que las niñas y niños no sean separados de sus padres forzosamente. No obstante, cuando estos ya se encuentran privados de su medio familiar o cuando la separación obedece a su interés superior, es posible contemplar otras formas de cuidado. Dentro de estas opciones, se encuentra la ubicación en hogares de guarda, la internación en instituciones y, en último lugar, la adopción.

En relación con los procesos de adopción y, particularmente, las adopciones internacionales, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha llamado la atención sobre la necesidad de garantizar procedimientos adecuados y honestos. Uno de los mayores riesgos advertidos en estos trámites es el de tráfico de menores de edad. UNICEF ha detectado que, en contextos de inestabilidad o conflicto, se exacerba la demanda de adopción de menores de edad, lo que aumenta el riesgo de situaciones de tráfico. De ahí que el convenio, relativo

a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya en 1993, haya incorporado una serie de salvaguardas para prevenir la sustracción, venta y tráfico de niños. Dentro de estas, se establece que, para las adopciones internacionales, se debe contar con el permiso de las autoridades competentes, así como con el consentimiento previo, libre e informado de los involucrados. En todo caso, debe verificarse la ausencia de pagos o compensaciones de cualquier tipo.

Desde 1987, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), al referirse a la niñez refugiada, ya había destacado que la adopción de estos menores de edad no debe contemplarse sino hasta que su situación familiar esté determinada. En igual sentido, la Observación General N.º 6 de 2005 del Comité de los Derechos del Niño, en su párrafo 91, advirtió que la adopción de menores de edad separados no debe ser una decisión precipitada. En este sentido, esta opción solo puede contemplarse cuando se constate que el menor es adoptable. Esto significa que se han agotado todos los medios de reunificación familiar o que los padres han otorgado su consentimiento previo, libre e informado para que se lleve a cabo la adopción.

Debido a que la adopción produce una ruptura severa del vínculo entre el menor y su familia de origen, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha alertado sobre la inconveniencia de apresurar esta opción en contextos de crisis. En estos escenarios, UNICEF ha registrado casos de adopción que han resultado en secuestro, trata de menores de edad, coerción y manipulación de padres biológicos, falsificación de documentos y sobornos.

En Sierra Leona, por ejemplo, una Comisión Presidencial determinó que el caso de los niños de Makeni, adoptados por estadounidenses en 1998, había sido un secuestro. Durante más de 12 años, sus familias denunciaron este crimen. Help a Needy Child International (HANCI), la organización que había llevado a cabo estas adopciones, adujo que, en el contexto de guerra civil, se creía que sus padres los habían abandonado. De ahí que, supuestamente, HANCI hubiera asumido que esta adopción era viable. No obstante, se comprobó que esta

organización omitió desplegar esfuerzos para informar a las familias de origen o al sistema judicial de Sierra Leona que llevaría estos niños a vivir a Estados Unidos de manera permanente. Por lo tanto, se configuró una práctica ilícita con apariencia de adopción.

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES) de la ONU ha concluido que, especialmente, durante situaciones de emergencia, las niñas y niños son particularmente vulnerables al tráfico o venta para adopción. De ahí que, por ejemplo, para el caso guatemalteco, varios órganos como el Comité de los Derechos del Niño y la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) hayan expresado su inconformidad con la legislación permisiva en esta materia. Se estima que allí más de 30.000 niñas y niños fueron dados en adopción internacional durante 1997 y 2008, a través de procedimientos con serias irregularidades. Por esa razón, países como Canadá decidieron suspender las adopciones internacionales de menores de edad provenientes de ese país. De hecho, en 2007, Guatemala impuso una moratoria a nuevas adopciones internacionales debido a las preocupaciones sobre corrupción y fraude generalizados en estos trámites. Pese a que se creó el Consejo Nacional de Adopciones (CNA) y se adelantó un programa piloto, países como Estados Unidos retiraron en el 2017 su interés en participar debido a que persistía la falta de garantías para los menores .

También en Ruanda, con ocasión del desplazamiento masivo producido por la guerra en 1990 y el genocidio de 1994, muchos menores de edad se encontraron abandonados o fueron puestos al cuidado de instituciones. Algunos de ellos fueron alojados en Centros para Niños Solos (CLC por sus siglas en inglés). Los datos presentados en 2003 por Ruanda al Comité de Derechos del Niño de la ONU indicaron que más de 14.000 niños ruandeses habían resultado alojados en CLCs. Con el paso del tiempo, la mayoría de ellos lograron encontrar a sus familias de nuevo. Aunque, para finales de 2001, 3500 (25%) de ellos no lo habían conseguido y continuaban en CLCs. En ese contexto de conflicto, varios menores de edad fueron evacuados y adoptados en Europa sin que se siguieran procedimientos legales adecuados. De estos, se encuentra documentado el caso de 41 niñas y niños adoptados ilegalmente en Brescia (Italia). Esta situación generó, posteriormente, una disputa entre Ruanda e Italia debido a la dificultad de retornar estas personas a sus familias de origen. Se

ha registrado, especialmente, el caso de uno de estos padres que, durante casi tres décadas, intentó ponerse en contacto con su hija en Italia.

Estos hechos encajan en lo que se ha denominado: child laundering (lavado de niños). Con este término se denota cómo, en el sistema de adopciones internacionales, con frecuencia, los menores de edad son separados de sus padres de forma ilegal para darlos en adopción, a través de procedimientos oficiales. De esta manera, se «lavan» como si fueran niños adoptados legalmente. Este fenómeno podría evitarse pues se produce, en parte, por fallas específicas en la ley. De hecho, investigaciones sobre el tema concluyen que la flexibilización de reglas en materia de adopciones pareciera crear incentivos para la venta, tráfico, secuestro y robo de niños. De ahí que se recomiende reformar el sistema de cuidado y de adopciones para reducir la incidencia de estas prácticas fraudulentas y corruptas.

Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha advertido que la declaratoria de adoptabilidad general no es recomendable en contextos de crisis o emergencias como el que afronta Venezuela y Colombia. En ese orden, este organismo internacional sugiere implementar un sistema de cuidado provisional adecuado a las necesidades de la niñez migrante y refugiada con fines de reunificación familiar y no, exclusivamente, de adopción.

De igual forma, ACNUR desalienta la adopción de menores abandonados fuera de su país de origen puesto que, a través del reconocimiento de la condición de refugiado, es posible prestar protección internacional a esta población, atender sus necesidades y, en muchos casos, dar con el paradero de algún miembro de su familia de origen. En esa misma línea, UNICEF ha señalado que la adopción, en contextos de emergencia, exige análisis apropiados de la situación de los menores y controles que los protejan frente a las mafias. Este organismo indica que, pese a que se cree que estas exigencias suponen mayores trámites burocráticos y desprotegen a los menores de edad, la experiencia ha demostrado que estos procedimientos se traducen en mayores garantías para la protección de niñas y niños. Por

consiguiente, sostenemos que, en todo caso, la adopción debe examinarse con extrema cautela.

Por todo lo anterior, consideramos que asegurar el interés superior de los menores migrantes abandonados en Colombia requiere evaluar las dificultades concretas que cada caso trae en relación con los mecanismos de contacto con la familia extensa. Este análisis individualizado ha sido una de las buenas prácticas destacadas por ACNUR y UNICEF para la determinación del interés superior de los menores migrantes y refugiados. Pese a su situación de gravísima vulnerabilidad, la agencia de niñas y niños debe ser reconocida y sus opiniones deben ser tenidas en cuenta para determinar su interés. Además, consideramos que conducir el restablecimiento de derechos hacia la adopción impide repensar alternativas en función de la condición de refugiado, categoría relevante para contemplar otras soluciones.

* La sentencia SU-180 de 2022 no resuelve la duda sobre las consecuencias de una posible doble relación filial del menor

En nuestro criterio, la sentencia SU-180 de 2022 no aclara qué pasaría si, en virtud de la extensión de la fórmula jurídica a través de efectos inter comunis, resultan adoptados menores de edad cuyas familias biológicas, posteriormente, reclamen sus derechos. De hecho, en la sentencia se admite que la declaratoria de adoptabilidad en Colombia, en principio, no tiene efectos jurídicos en Venezuela, salvo que se adelante el trámite del exequátur. En este caso, el carácter irrevocable de la medida de protección de adopción, según lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), produce un riesgo de doble filiación.

En este sentido, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF señaló las razones por las que podría resultar inconveniente implementar medidas generales de adopción a niños de nacionalidad venezolana. En su concepto, esta medida sitúa a los niños en un escenario de inseguridad en el que se les otorga una familia adoptiva sin que exista certeza sobre la

ausencia de una red familiar que pueda asumir su cuidado y custodia. Aseguró que, dado que la decisión no tendría alcance en el registro de Venezuela, se podría generar una doble filiación. Por un lado, con los padres adoptivos legitimados y reconocidos en nuestro país y, por otro lado, con la familia biológica que podría reclamar sus derechos al contar con un documento también válido en su país de origen.

Consideramos que la decisión de la Sala Plena no logra definir la manera en que se brindaría la mayor seguridad jurídica a la decisión de dar en adopción a un menor extranjero, si se tiene en cuenta que esta decisión no vincula a las autoridades venezolanas. En muchos casos, el menor podría contar con familia extensa que, después de ser adoptado, podría reclamar su cuidado y custodia. En este punto, la sentencia SU-180 de 2022 no prevé alternativas para evitar en un futuro controversias internacionales en caso de que el menor, o cualquier menor venezolano en situación de abandono, sea dado en adopción.

De hecho, según una investigación del diario estadounidense The Washington Post, familiares del niño, cuyo caso fue estudiado en esta sentencia, se encuentran en Venezuela y manifestaron no haber sido contactados por funcionarios del gobierno colombiano. Incluso, ellos afirmaron que querían al niño de vuelta.

Este tipo de riesgos nos convencen de lo problemático que resulta la extensión de efectos inter comunis de esta sentencia. Consideramos que la aplicación de la fórmula jurídica del caso concreto a todos los casos similares puede ser contraria al interés superior de los menores a quienes se les habilite el inicio del proceso de adopción, al no tener en cuenta las particularidades de cada caso. También debe tenerse en cuenta que la adopción no es automática, pues su materialización puede tardarse. Por ello, deben apreciarse otras vías de restablecimiento de derechos y aplicar el mecanismo que mejor se adapte a la necesidades e intereses de la niñez migrante y refugiada.

El exhorto dirigido al Congreso de la República restringe injustificadamente la libertad de

configuración del legislador

De otro lado, nos apartamos parcialmente del exhorto dirigido al Congreso de la República para que adicione la Ley 43 de 1993 (numeral noveno de la parte resolutive). Consideramos que este requerimiento restringido a las normas que regulan lo referente a la nacionalidad colombiana limita de manera injustificada la libertad de configuración legislativa del Congreso.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la libertad de configuración del legislador para regular los derechos civiles que se reconocen a «extranjeros y, que, por regla general, deben ser análogos a los que se conceden a los colombianos». De tal manera, contrario a lo dispuesto por la Sala Plena, estimamos que la rama legislativa debe regular este asunto de manera autónoma e integral. Es en ese escenario legislativo en el que pueden construirse alternativas a las que plantea la Corte en este fallo que permitan atender las necesidades de los menores de edad venezolanos que se encuentran bajo la protección del ICBF. Además de establecer medidas y procedimientos de restablecimiento de derechos, el legislador puede incluso adecuar el sistema de refugio para que éste incorpore un enfoque de niñez.

En su diagnóstico, el CONPES 3950 de 2018, que contiene la estrategia para atender la migración desde Venezuela, describió que este fenómeno migratorio ha generado una presión en la primera infancia y en los procesos de restablecimiento de derechos a cargo de las autoridades administrativas. Por esa razón, en ese documento, se señaló la necesidad de establecer medidas de protección complementarias a las dispuestas en los procedimientos administrativos de restablecimiento de derechos. De ahí que regular únicamente lo referente a la nacionalidad resulte insuficiente.

Además, la extensión de efectos inter comunis se supedita a la superación del bloqueo

institucional o a la expedición de una regulación definitiva en la materia. Por lo expuesto, no puede esperarse que esta adición normativa o el simple otorgamiento de la nacionalidad colombiana y la declaratoria de adoptabilidad permitan superar el déficit de derechos de esta población que se encuentra en situación de gravísima vulnerabilidad. Por lo tanto, consideramos que la ausencia de una regulación más robusta en este asunto deja en desamparo a estos menores.

Hacemos énfasis en que compartimos la preocupación asociada a mantener a las niñas y niños migrantes y refugiados de origen venezolano abandonados en Colombia sin que se les conceda una solución duradera. Reconocemos que cada instante que pasa sin que su situación se resuelva adecuadamente puede desencadenar consecuencias graves en su desarrollo. El amor y el cuidado son condiciones esenciales para la vida. Sin embargo, la decisión de dar en adopción a niños y niñas en este contexto plantea delicados problemas, tal como fue expuesto, además de que no es la única medida que puede asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por eso, creemos que la protección que debe otorgárseles debe definirse a partir del contexto de cada caso y el mejor interés de cada menor.

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO Y

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

ALEJANDRO LINARES CANTILLO Y

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA SU.180/22

Expediente: T-8.292.286

Acción de tutela presentada por la Defensora de Familia, Marisol Niño Cendales, en representación del niño JDAG, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

La sentencia SU-180 de 2022 abordó un caso de un niño migrante, quien, además, según se desarrolló en la sentencia, fue abandonado por sus padres cuando estaba en territorio colombiano. Sin duda, ello exige una actuación diligente del Estado en la satisfacción de sus derechos y la garantía del interés superior del menor. No obstante, decidí aclarar el voto en consideración a que, en el caso estudiado, se pudo haber desarrollado a fondo la problemática de las tensiones suscitadas y la obligación del Estado colombiano de garantizar la identidad de los niños migrantes. Esta primera parte es una aclaración que sólo comprende la posición del magistrado Alejandro Linares Cantillo. Después de ello, profundizaremos -de manera conjunta- en las razones que llevaron al magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo y al magistrado Alejandro Linares Cantillo a salvar parcialmente el voto, respecto de los resolutivos sexto a noveno adoptados por la mayoría de la Sala Plena.

A. A. ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

La sentencia diluyó la tensión existente entre el principio de legalidad y el de interés superior del menor, pese a que debía considerar que ello genera problemáticas adicionales al aplicar disposiciones que -en principio- no están dirigidas a la nacionalización y adopción de niños de nacionalidad extranjera

1. 1. El magistrado Linares Cantillo considera relevante aclarar su voto, por cuanto, la sentencia SU-180 de 2022 debió estudiar en detalle dos cuestiones. En primer lugar, se debieron considerar los argumentos propuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y por la Presidencia de la República que, en respuesta a la acción de tutela, afirmaron que no habían podido dar una solución diferente al caso, por cuanto es la propia Constitución la que restringe el ejercicio de sus funciones. En particular, el artículo 6° de la Constitución plantea que los servidores públicos no sólo responden por infringir la Constitución y las leyes, sino también por “extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. En consecuencia, el artículo

124 determina que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. De esta manera, reprochar -como propuesta de solución al asunto- una aplicación de la ley a un funcionario que, en particular, está obligado a ello por la Constitución, conlleva a un desconocimiento del hecho del cumplimiento de funciones expresas y precisas del servidor público, como una garantía dentro del Estado de Derecho.

2. De manera que, manifiesta el magistrado Linares que el mandato comprendido por el artículo 96 de la Constitución debió ser evaluado por la decisión mayoritaria, con el propósito de lograr una comprensión completa del asunto a estudiar. En el mencionado artículo, la nacionalidad por adopción debe regirse por lo dispuesto en la ley, en especial, para los casos de los literales (a) y (b). En consecuencia, la sujeción de los servidores públicos a la ley es una garantía que debió analizarse, para estudiar la comprensión del interés superior del menor y los demás principios en tensión en el presente caso. Lo contrario, termina por invisibilizar disposiciones de la Constitución y no muestra, de forma completa, la dimensión de la discusión constitucional que se generó en este caso.

3. En segundo lugar, el magistrado Linares Cantillo considera que la decisión de la mayoría debió abordar con extrema atención la protección de la identidad de los niños de origen venezolano. En esta dirección, la Sala ha debido ser extremadamente cuidadosa con el derecho a la identidad del niño, quien, pese a adquirir la nacionalidad colombiana, es venezolano y no debería estar sujeto a un desarraigo en tal sentido. Destaco que este elemento es una de las obligaciones a las cuales se encuentra sujeto el Estado colombiano, de acuerdo con la regulación de la Convención sobre los Derechos de los Niños, que plantea en el artículo 8.1. que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (énfasis fuera del texto original).

4. Así, considero que se debió aclarar que no por el hecho de adquirir la nacionalidad colombiana, se podría ignorar la nacionalidad inicial, de origen, del menor de edad y, por

tanto, en casos como el estudiado era necesario acudir a mecanismos no regulados en el Código de Infancia y Adolescencia, para establecer su verdadera identidad, los hechos que rodearon este caso y sí, en realidad, no hay familiares que puedan cuidarlo. En tal sentido, advierto una preocupación sobre la manera en la que se ha intentado buscar a la familia extensa en Venezuela. Esto no es un tema menor, pues el artículo 44 de la Constitución garantiza el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. Con mayor razón, si la providencia de la referencia descartó la posibilidad de repatriación del niño con fundamento en un argumento genérico, que no necesariamente comparto.

5. Profundizar en esta discusión también hubiera podido fortalecer los debates respecto a la identidad jurídica del niño, pues se afirma en distintos apartes del expediente que este no cuenta con documentos de identificación, por lo cual la Corte debió analizar ello con cautela para verificar que ella coincida con la del registro civil y, sólo así, adoptar decisiones de última aplicación como lo es la adopción.

6. En síntesis, queda la inquietud sobre el abordaje de la decisión de la mayoría sobre los hechos, la búsqueda de su familia extensa, y ello podría generar un incentivo y precedente que no armonice el derecho de los menores de edad a que se establezca, en detalle, su historia y las circunstancias que lo rodean. A la vez que, de manera simultánea, considero que la búsqueda de su familia extendida debió considerar la difícil difusión de esta información, debido a las restricciones existentes en Venezuela. Incluso, considerando que, desde esta aproximación, las disposiciones que al respecto regulan este tema para niños nacidos en Colombia son de discutible efectividad.

B. SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO CONJUNTO DE LOS MAGISTRADOS ALEJANDRO LINARES CANTILLO Y ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

El loable interés de la sentencia termina por simplificar una gran discusión sobre la necesidad de contar con procedimientos preestablecidos, garantizar la seguridad jurídica en las

decisiones que involucran a los niños, niñas o adolescentes y la prevalencia de su interés superior

7. Los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo salvaron parcialmente su voto respecto a los resolutivos sexto a noveno y sus fundamentos. En consecuencia, consideran que el Decreto 1067 de 2015 no comprende la posibilidad de que un menor solicite y se beneficie de la nacionalidad colombiana y tampoco es claro que el Código de Infancia y Adolescencia hubiese previsto la medida de adopción, en favor de niños con nacionalidad extranjera. En tal sentido, comparten que, en este caso, era necesario adoptar una solución excepcional por las precisas circunstancias que fundaron el amparo, pero, generalizar esta solución, como lo propusieron en la sentencia de la cual se apartaron parcialmente, podría desconocer las particularidades de cada caso e impidió que tal circunstancia se resolviera, en términos abstractos, mediante la adopción de medidas por parte del legislativo y las demás entidades competentes.

8. En efecto, consideran que la migración masiva representa una crisis excepcional que exige la creación de mecanismos singulares, los cuales desbordan las competencias del juez constitucional. Por tanto, debía la Corte Constitucional en este caso auto-restringirse para dar paso a las medidas de política pública adoptadas por el Ejecutivo o, en el curso de la discusión, en la deliberación democrática en el Congreso de la República. Con mayor razón, si es en tal escenario en donde se puede discutir la problemática de los niños migrantes desde una perspectiva más amplia, que comprenda la discusión de un déficit de protección, que no sólo está dado por la atención de los niños en circunstancias de abandono y que están sujetos a una medida de restablecimiento de derechos, sino que también podrían comprender las denuncias existentes sobre niños, niñas y adolescentes “víctimas de reclutamiento, violencia sexual, física, psicológica y/o emocional, violencia basada en género, uso y utilización por parte de actores armados, como también, el sometimiento a trata de personas, mendicidad, trabajo infantil, consumo de sustancias psicoactivas, abandono, negligencia, alta permanencia en calle, desnutrición, barreras para el acceso al derecho a la salud y a la educación”.

9. En opinión de los magistrados Linares y Lizarazo, la respuesta del Estado ante todos estos factores requiere una intervención integral, en donde se considere que el uso ilegal de niños, por ejemplo, para reclutamiento forzado, se ve agravado porque muchos de los menores son migrantes, sin responsable y que, ante la ausencia de canales con el vecino país, pasan a ser realidades invisibilizadas.

10. Así, en nuestra opinión, el remedio constitucional con efectos inter communis desdibuja la importancia singular de tal problemática. Si bien, en el presente caso, la mayoría de la Sala Plena adoptó dicha medida de cara a proteger un bien mayor, esto es, al tratar de extender los efectos a las menores de edad que están en la misma situación de hecho, esto no cumple con el propósito altruista que siguió la decisión de la mayoría de la Sala Plena, por las siguientes razones.

11. En primer lugar, manifestaron que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes siempre debe ser concreto, así la posibilidad de darlos en adopción debe responder a un análisis de las precisas circunstancias que rodean cada caso, dado el carácter de ultima ratio de esta medida de restablecimiento de los derechos. Como lo hemos planteado, la extensión de una regulación a casos que no ha conocido la Corte Constitucional puede no resultar apropiada para satisfacer el interés superior del menor y estructurar una intervención integral. Por lo cual, consideramos que esta providencia debió limitarse a resolver el caso estudiado y ser cuidadosa con el compromiso adquirido en la Convención sobre Derechos de los Niños, en especial, en lo que se refiere a la reserva judicial respecto a hijos de padres extranjeros y el trámite de un procedimiento preestablecido por autoridades competentes.

12. Consideramos que la adopción de un niño extranjero de origen venezolano en el país puede estar rodeada de condiciones de desarraigo adicionales a las de un niño colombiano, en tanto, en virtud de la grave crisis que se vive en Venezuela, se trata de un migrante quien

perdió la posibilidad de vivir en el lugar donde nació. Sin perjuicio de esta grave situación, la decisión conlleva a un desarraigo que estaría dado por la ruptura con el vínculo familiar original, por lo cual la solución no puede asimilar el procedimiento de medidas de protección, contempladas, en principio, para los nacionales, sin considerar los matices que el caso exige desarrollar con detenimiento, de manera independiente, para cada niño. Asimilar abandonos y situaciones particulares también puede llegar a desconocer el interés superior del menor pues, desde una decisión inter communis, parece estar privilegiándose de manera automática la medida más extrema de protección: esto es la adopción. En tal sentido, habría que preguntarse cómo aplicar una fórmula jurídica para “casos similares” cuando, de manera precisa, el estudiado en esta providencia es tan singular.

13. En segundo lugar, frente a los niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana, en cada caso concreto, se deben considerar las circunstancias por las cuales ellos están en Colombia, las posibles afectaciones a su identidad, si sus padres son migrantes en tránsito o, si por el contrario, tienen arraigo en el país, además de la posibilidad de vincular a la familia extensa. Este elemento, resulta de la mayor importancia, en el marco de la normativa internacional y nacional, instrumentos que hacen un llamado a la cautela, respecto de la adopción transfronteriza en escenarios de crisis migratorias. En un sentido contrario, la sentencia SU-180 de 2022 plantea la primacía de una decisión judicial “extendida” para casos que aún no se conocen y al margen del asunto que podría efectuar el juzgador especializado o, incluso, el juez de tutela a través de una construcción paulatina del precedente, construcción argumentativa y decisiones de la mayoría de la Sala Plena con la cual nos encontramos en desacuerdo.

14. Así, la sentencia de la cual nos apartamos debió considerar que la prudencia no es enemiga del interés superior del menor y, por el contrario, ello podía haber contribuido a una decisión que abordara, desde la complejidad, la grave problemática de los niños migrantes, sin desconocer que cada caso es diferente y, por ello, dar al mecanismo de adopción su carácter de medida excepcional que se justifica de acuerdo con circunstancias muy concretas, caso a caso.

15. Esta posición se refuerza ante el llamado de distintos organismos internacionales a ser cuidadosos de cara a los riesgos que podrían enfrentar los menores de edad, con la implementación de soluciones generales y estructurales como la que se adoptó en los resolutivos sexto a noveno, y que fueron retomados por el ICBF en su intervención de respuesta. Incluso, se ha considerado que la adopción en contextos de migración o de crisis debe ser analizada con extrema prudencia, como lo advirtió también el concepto del Centro de Estudios en Migración (CEM) y de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, quienes pese a que no se les preguntó, aclararon que “Es necesario considerar la medida de la adopción con extrema cautela, ante las consecuencias que esta implica para las relaciones paterno-filiales entre el niño y sus padres”.

16. De manera que, si bien en el derecho internacional no existe una prohibición explícita a la adopción de menores de edad extranjeros, diversos órganos de interpretación de tratados han efectuado recomendaciones en contra de esta medida especialmente en el contexto migratorio, con el fin de evitar la premura en tales procedimientos. Por lo cual, en estos escenarios, es especialmente importante que (i) se aplique estrictamente el debido proceso, y se sigan con estricto apego los procedimientos preestablecidos; y (ii) se pruebe el abandono por parte de sus familiares. Así, en este caso, consideramos que tales requisitos no pueden ser suplidos con las pruebas y la argumentación de la decisión de la mayoría, la cual consideró sólo uno de muchos casos para adoptar una decisión en dicho sentido, por lo cual, se cuestionan las medidas de aplicación general adoptadas en esta decisión.

17. En dicha dirección, también debemos expresar la preocupación respecto a que la falta de canales diplomáticos pueda justificar medidas como la adopción y los efectos inter comunis. Desde ningún punto de vista, podemos compartir esta conclusión. Como se señaló, la adopción es una medida definitiva y la consideración respecto a la permanencia de la crisis migratoria en el tiempo no puede generalizar la toma de dichas medidas en un contexto que, analizado desde la perspectiva de la ruptura de cada familia por causa de la migración, siempre debe ser excepcional y el análisis de la pertinencia de la medida debe darse caso a

caso.

18. En tercer lugar, ante la gravedad de la crisis y sus efectos en los niños, podría resolverse el caso concreto de manera excepcional, prescindir de los efectos inter communis y, finalmente, decretar un déficit de protección respecto de los niños venezolanos migrantes, por no existir leyes que garanticen sus derechos en un marco excepcional y que debía cobijar no sólo la posibilidad de ser adoptados, sino también de ser sometidos a otros riesgos como la trata de personas o el reclutamiento forzado, en los términos propuestos por la Defensoría del Pueblo. De hecho, el fundamento 13 de OBSERVACIÓN GENERAL N.º 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, sobre “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” también parece compartir esta aproximación al indicar lo siguiente:

“Las obligaciones resultantes de la Convención en lo que concierne a los menores no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los menores que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación). El aspecto positivo de estos deberes de protección incluye también que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores en situación de no acompañados o separados de su familia lo antes posible, particularmente en la frontera, a procurar la localización y, si resulta posible y redundante en el interés superior del menor, reunir lo antes posible a éste con su familia”.

19. En el derecho internacional existen grandes reservas frente a la adopción de menores de edad migrantes debido a los riesgos que se pueden presentar, así como también por su inconveniencia a la luz de la reunificación familiar. De modo que, el Congreso de la República parece ser el escenario ideal para realizar este debate que, además, tiene la ventaja de tener un control posterior ante la Corte Constitucional, por vía de acción pública. En consecuencia, la Corte Constitucional, que también podría equivocarse, no tendría un límite más allá que su motivación y el costo frente a los derechos de los niños sí puede ser irreparable. En tal sentido, la decisión de la mayoría debió aceptar con humildad los conceptos de los expertos como la UNICEF, la ACNUR y el ICBF de no adoptar, por esta vía, medidas de protección consistentes en la adopción. Con mayor razón, ante la consideración de que no necesariamente todos los niños que migran a Colombia han sido abandonados por sus padres. En ese sentido, podría pensarse el caso de un menor que ha quedado sólo en la frontera, ante el reclutamiento forzado de su padre y/o la trata de personas.

20. Consideramos que es relevante considerar experiencias pasadas del Estado colombiano con la adopción, como lo que sucedió con la tragedia de Armero, en la que se dieron en adopción varios niños colombianos a parejas extranjeras, pese a lo cual después sus padres aparecieron e indicaron que no habían podido hacerse presentes por la tragedia humanitaria vivida.

21. En suma, no podemos compartir los resolutivos sexto a noveno, que extendieron la solución de este caso concreto a una situación generalizada. Se debe precisar que respecto de una solución generalizada y estructural, la decisión de la mayoría desconoce la información y especificidades de cada caso, que le permitan determinar el interés superior del menor. No queda la menor duda que frente a estas situaciones, dicho interés ha de analizarse de manera concreta. En consecuencia, consideramos que no está demostrado que la extensión de la fórmula jurídica adoptada en esta providencia no sea contraproducente a la finalidad última de proteger a los niños contra cualquier riesgo. Por el contrario, en las órdenes respecto de las cuales estamos salvando parcialmente nuestro voto, se privilegia la medida de adopción y, generalizando a un contexto para el cual no se creó esta importante

institución, en el marco de la normatividad aplicable. En ese mismo sentido, el exhorto al Congreso se limitó a la necesidad de otorgar la nacionalidad a los niños venezolanos en situación de abandono, sin profundizar en la necesidad de no afectar su identidad e historia, así como en protegerlos de otros riesgos como el reclutamiento forzado, la violencia sexual, la trata de personas y el trabajo infantil.

22. En nuestra opinión, la generalización en los análisis y las decisiones que involucran menores de edad termina por borrar los matices existentes en cada caso y de esta manera, no protegen el interés superior del menor. Por el contrario, en casos sensibles como el estudiado pueden terminar por dar la ilusión de que se solucionó un asunto estructural, pese a que no se abordaron todos los riesgos a los que están expuestos los niños migrantes que se encuentran en el país sin acompañamiento. Las soluciones complejas no suelen provenir de una única instancia, sino que exigen respuestas de todos los órganos del Estado y, en particular, del Congreso de la República que podría discutir a profundidad los riesgos frente a los niños migrantes no acompañados, quienes no necesariamente, en todos los casos, han sido abandonados por sus familiares.

23. En consecuencia, expresamos de esta manera nuestra inconformidad con las determinaciones adoptadas en los resolutivos sexto a noveno, por cuanto pretenden extender una única fórmula jurídica para solucionar casos de menores de edad migrantes de Venezuela, sin indagar a profundidad, en las particularidades de cada caso concreto, y sin tener en cuenta los llamados de cautela previstos en la normativa internacional aplicable y de los organismos técnicos y especializados en el restablecimiento de derechos de menores de edad. Por lo cual, se insiste en que la solución integral, ante la complejidad del asunto, debe recaer en el Congreso de la República, con el fin de materializar mandatos internacionales y dar respuesta a una crisis social que ha terminado por impactar a menores de edad venezolanos en Colombia.

En los anteriores términos y con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría,

nos permitimos dejar sentadas nuestras opiniones respecto de la decisión de la mayoría.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado