

T-215-96

Sentencia T-215/96

UNIDAD FAMILIAR-Protección hijo de extranjero/DERECHOS DEL NIÑO-Permanencia ilegal de padre extranjero

El derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, así como todo el conjunto de derechos constitucionales fundamentales de los niños que se reconocen en su favor por la Carta Política y por los tratados internacionales suscritos por Colombia, que incluye sin duda a los hijos de los extranjeros en Colombia, también están llamados por la misma normatividad constitucional a ser protegidos y garantizados por la “familia, la sociedad y el Estado” y comprenden a todo menor sin discriminación alguna. Aquellos menores y sus derechos no pueden ser objeto de actuaciones discrecionales de las autoridades públicas que los lesionen o afecten aunque medie la circunstancia de que el padre del menor sea extranjero y se encuentre en situación de irregular permanencia en el territorio nacional.

DERECHOS DEL EXTRANJERO-Protección

Se garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales. Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residente en el territorio de la República bajo el nuevo marco constitucional, en ningún caso el legislador esta habilitado y mucho menos la autoridad administrativa, ni siquiera por vía del reglamento, para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular. El principio tradicional de la discrecionalidad gubernamental para efectos de definir el ingreso de los extranjeros y su permanencia, queda sometido a la vigencia superior de los derechos constitucionales fundamentales y al respeto inderogable de los derechos humanos por parte de las autoridades encargadas de la situación de permanencia de los extranjeros.

DERECHOS DEL NIÑO-Protección por deportación padre extranjero

Resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, la deportación del territorio nacional a una persona extranjera que sea padre o madre de menores residenciados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia, pues la mencionada sanción de plano comporta, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, una especie de discrecionalidad administrativa, para efectos de autorizar el regreso al país del extranjero afectado con la medida.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Deportación de padre extranjero

La deportación produce un irreparable distanciamiento de padre e hijos que efectivamente

afecta con mayor gravedad a estos últimos, y que aun cuando decretada en este caso esta situación sea temporal, se produce el daño irreparable y se violan los derechos de los menores. No obstante que los dos menores se encuentran bajo el cuidado de la peticionaria, y que no se hallan en estado de pleno abandono, la inmediata deportación hace que se deba conceder la tutela transitoriamente y por el término razonable de treinta días hábiles, para que se les garantice la oportunidad de mantener unida a su familia.

Se presenta una evidente colisión de normas que debe resolverse con una solución razonable en la que se respeten y se hagan respetar los derechos y los deberes de las personas de tal manera que resulte una solución que armonice y pondere debidamente los derechos y los intereses enfrentados, sin sacrificar el núcleo y la esencia de los derechos fundamentales, mucho más cuando existe una cláusula constitucional de prevalencia de derechos de los niños.

UNIDAD FAMILIAR-Límites/PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO-Límites

La unidad familiar y los derechos de los niños prevalecen sobre los demás pero no sirven para eludir la responsabilidad penal y en caso de conflicto entre estos dos intereses debe prevalecer el poder punitivo y la responsabilidad penal.

Referencia: Expediente T-88456

Actora: Raquel Estupiñán Henríquez

en representación de los hijos menores

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá D.C., Mayo quince (15) de mil novecientos noventa y seis (1996)

La Sala de Revisión en asuntos de tutela, integrada por los Honorables Magistrados JORGE ARANGO MEJIA, VLADIMIRO NARANJO MESA y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales en materia de revisión de decisiones relacionadas con la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre la providencia de veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, dentro del asunto de la referencia en el que actúa como demandante en nombre propio y en el de sus dos hijos menores la Señora Raquel Estupiñán Henríquez.

I. ANTECEDENTES

La señora Raquel Estupiñán Enríquez, actuando en nombre propio y en el de sus dos hijos menores Juan Felipe y Fabián Andrés Müller Estupiñán, el día ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), presentó ante el Juzgado Sexto Penal Municipal de Santa Marta, un escrito mediante el cual ejerce acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política, dirigida a obtener se “revoque” la resolución 230 del 10 de agosto de 1995, proferida por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, mediante

la cual se ordenó la deportación de su esposo Robert Müller de nacionalidad alemana, pues considera que esta decisión vulnera derechos fundamentales que consagra la Carta, en especial los artículos 42 y 44.

Los fundamentos de hecho y de derecho que señala la peticionaria como causa de la acción que se ejerce en dicho caso, se resumen como sigue:

1. Mantiene una relación de unión marital de hecho desde hace más de siete años con el ciudadano alemán Robert Müller; de esta unión, afirma, nacieron en Colombia los menores Fabián Andrés y Juan Felipe Müller Estupiñán de seis años y veinte meses de edad, respectivamente, ambos nacidos y registrados civilmente en Colombia como hijos extramatrimoniales de ambos.

2. El señor Robert Müller había ingresado al territorio nacional, y permaneció por un término superior a noventa (90) días que se le habían concedido, desde el día de su entrada por la ciudad de Ipiales.

3. Advierte que el señor Robert Müller había perdido su pasaporte y estaba adelantando las gestiones necesarias para conseguir uno nuevo.

4. Como consecuencia del vencimiento del permiso el Departamento de Seguridad DAS, mediante resolución 230 de 10 de agosto de 1995, decidió deportar al señor Robert Müller, del territorio Nacional y prohibirle su ingreso por el término de un (1) año, contado a partir del día 19 del mismo mes y año, fecha de notificación de la resolución.

5. Afirma la peticionaria que la decisión de la autoridad demandada, no tuvo en cuenta que quien sería deportado, era padre de dos menores colombianos, a quienes se les vulnera flagrantemente sus derechos fundamentales consagrados y protegidos por la Constitución Política, especialmente, en los artículos 42 y 44.

6. La peticionaria manifiesta que posteriormente contrajo matrimonio civil con el ciudadano alemán Robert Müller, en el municipio de Reichlina-Baviera-Alemania, el día 19 de octubre de 1995; además, estima que este acto fue registrado civilmente en el libro de registro de matrimonios del Consulado colombiano en Munich, Alemania, el 26 del mismo mes y año.

7. Señala que se encuentra en Colombia con sus hijos, y desea que el señor Müller regrese a Colombia y para radicarse definitivamente.

B. LA DECISION DE INSTANCIA

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, mediante sentencia de veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), sobre la acción de la referencia, resolvió:

“Negar la solicitud de acción de tutela que invocara Raquel Estupiñán en representación de los menores Juan Felipe y Fabián Andrés Muller Estupiñán, contra la Dirección del D.A.S., Seccional Magdalena...”.

La anterior decisión del Juzgado de instancia dice encontrar fundamento en las consideraciones que adelante se resumen:

- El juzgador consideró, con base en el material probatorio allegado al expediente, que la resolución No. 230 de agosto 10 de 1995, por medio del cual ordenó la deportación de Robert Müller, lo hizo dentro de lo dispuesto por las normas legales y reglamentarias, como quiera que el señor Müller había sobrepasado la permanencia autorizada en el país, situación que, además, le trajo como consecuencia la sanción de no ingreso al territorio colombiano por el término de doce (12) meses contados a partir de la fecha de deportación.
- Se advierte que notificado en legal forma el acto administrativo correspondiente, el deportado no hizo uso de la vía gubernativa, ante la misma administración, es decir, a pesar de que el señor Robert Müller tuvo a su alcance recursos para expresar su inconformidad con la decisión, no hizo uso de ellos, quedando ejecutoriado el acto y perdiendo con ello la oportunidad de acudir a lo contencioso administrativo; igualmente, en estas condiciones el deportado tenía la oportunidad de proponer la revocatoria directa del acto por vicios de ilegalidad o de inconstitucionalidad.
- En conclusión, el despacho consideró que existieron otros medios de defensa judicial que no fueron utilizados por el interesado, lo que hace improcedente la acción de tutela; por tanto, como el acto administrativo debe permanecer incólume, mientras que no sea suspendido provisionalmente por la jurisdicción Contencioso Administrativa o anulado por ella, no es dable a los jueces de tutela proceder a impedir sus efectos y mucho menos a revocarlo como lo pide la actora.
- De otra parte, la providencia que se revisa señala que no es procedente conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues éste se halla orientado a evitar un perjuicio irremediable, porque no puede considerarse que la vigencia de la resolución produzca tales efectos.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la sentencia de la referencia, en atención a lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991; además, este examen se hace en virtud de la selección que de dicho acto practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación.

Segunda. La Materia del caso que se revisa

a. Para esta Sala, el asunto que se plantea con la acción de la referencia, consiste en determinar si el acto administrativo de deportación de un extranjero, proferido por autoridad nacional competente, mediante el cual se ordena su salida del territorio nacional y se impone una sanción que impide su ingreso a éste por el término de 12 meses, puede vulnerar o no los derechos constitucionales fundamentales de que son titulares sus menores

hijos quienes mantienen su domicilio en territorio colombiano y guardan con el deportado vínculos familiares y domésticos.

b. De otra parte, en este caso también se plantea el tema de la procedencia de la tutela contra actos administrativos de la índole y las consecuencias de aquellos que se ocupan de los derechos civiles y las garantías constitucionales de los extranjeros y que afectan su permanencia en el territorio nacional, cuando aquellas personas mantienen vínculos familiares de paternidad con niños menores y han establecido una unión familiar de hecho estable y duradera con una persona colombiana, como quiera que con ellos se decreta la formal deportación y se impone la sanción que prohíbe el reingreso al país por un año.

Obsérvese que en el presente asunto se trata de la demanda de tutela judicial de los derechos constitucionales de los niños, supuestamente hijos menores del extranjero deportado, con quien mantienen una relación familiar permanente y estable, que supuestamente se destruiría por la acción de la administración en la que no se tuvo en cuenta aquella condición para resolver sobre la permanencia de aquél en el territorio nacional.

c. Además, debe dejarse en claro si el no ejercicio de los recursos administrativos en la vía gubernativa en estos asuntos por el extranjero deportado, hace imposible o improcedente el ejercicio de la acción de tutela de los derechos constitucionales de los hijos menores colombianos o del cónyuge o compañero permanente del extranjero deportado.

Tercera: Los Derechos Constitucionales Fundamentales de los niños.

a) De acuerdo con lo establecido en la Carta Política, los derechos constitucionales de los niños, reconocidos en el artículo 44 de la misma normatividad superior, tienen el carácter de fundamentales, y en consecuencia son objeto principal de protección del Estado mediante el ejercicio de la acción de tutela judicial subjetiva, concreta, específica y directa prevista en el artículo 86 de aquélla, para asegurar su amparo y protección en caso de acción o de omisión de las autoridades públicas y en algunos eventos por los particulares.

En este sentido se ha advertido con verdadera claridad y certeza que la protección de la infancia es un deber prioritario e ineludible del Estado que debe servir para garantizar la prevalencia de los derechos de los niños; así, en sentencia de esta Corporación se señala que:

“Esta especial protección -que abarca a la infancia- más la prevalencia de los derechos de los niños, hace que estos tengan una exaltación jurídica, dado el interés general que, al recaer sobre ellos, se hace superior y, por tanto, incondicional. Lo anterior se traduce en el ineludible deber del Estado y de la sociedad de respetar, en primer término, dicha prevalencia, y de actuar de manera inmediata e incondicional, siempre que la infancia se halle en estado de necesidad, como deber prioritario e ineludible. Si los derechos de los niños son prevalentes, el deber del Estado de asistencia y protección a la infancia, también lo es. Luego no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores, porque el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica.” (C. Const., sent T-029, de enero 28 de 1994. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

b) Además, dentro de aquel conjunto de derechos de rango constitucional, la mayor parte de los cuales también es de aplicación inmediata, según se desprende de una lectura sistemática con el artículo 85 de la Carta Política y que deben garantizarse a todos los niños sin distinción alguna y sin consideraciones discriminatorias, se reconoce expresamente el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella; además, dado que es el derecho objeto del reclamo de protección y amparo de la acción de la referencia, encuentra en este caso especial relevancia judicial por lo cual será examinado con detenimiento como se hará en este asunto.

En efecto, este derecho constitucional también ha sido establecido por el Constituyente como un principio rector supremo del ordenamiento constitucional que además guía la acción de los poderes públicos, desde luego con la posibilidad de que se encuentre en conflicto con el desarrollo específico y concreto de otros principios y derechos como parece ocurrir en el presente asunto.

Sin duda alguna, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales vigentes en Colombia, como es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los niños de 1989 aprobada por la Ley 12 de 1991, en este grupo de sujetos específicamente protegidos con carácter prevalente en los términos de la Carta Política de 1991, también quedan comprendidos los hijos menores de los extranjeros que se encuentren en circunstancias de irregular estancia o permanencia en el territorio colombiano (arts. 9o. y 10o. de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Niños de 1989).

Sobre este tema en general, esta Corporación sostuvo en oportunidad antecedente que:

“Tener una familia, y no ser separado de ella constituye un derecho fundamental de todo niño, porque, es sabido que el ámbito natural de su socialización y desarrollo es el núcleo familiar y nadie, ni siquiera la autoridad civil o militar, tiene la potestad de desarraigarlo de su medio, lo cual ocurriría al privarlo de la protección paternal, porque ello entraña de hecho una violación constitucional por el propio Estado, de un derecho primario o primero, cuando su deber, al contrario es el de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.” (Sentencia T- 326 de 1993)

Al respecto esta corporación también ha señalado que es claro que a la familia corresponde la responsabilidad de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado, pues, este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

c) En consecuencia es preciso advertir que para la Sala, el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de ella, así como todo el conjunto de derechos constitucionales fundamentales de los niños que se reconocen en su favor por la Carta Política y por los tratados internacionales suscritos por Colombia, que incluye sin duda a los hijos de los extranjeros en Colombia, también están llamados por la misma normatividad constitucional a ser protegidos y garantizados por la “familia, la sociedad y el Estado” y comprenden a todo menor sin discriminación alguna.

En esa medida, aquellos menores y sus derechos no pueden ser objeto de actuaciones

discrecionales de las autoridades públicas que los lesionen o afecten aunque medie la circunstancia de que el padre del menor sea extranjero y se encuentre en situación de irregular permanencia en el territorio nacional, como acontece en el caso que se examina.

La norma en mención señala, en primer lugar, a la familia como responsable de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos como son el derecho a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado, el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Lo anterior significa, además, que el Estado y sus autoridades no pueden desconocer de plano el mencionado derecho, ni afectar la unidad y continuidad de la familia, salvo que exista fundamento legal concreto como es el ejercicio de los poderes punitivos o correccionales.

Pero además, también es claro que la naturaleza de aquellos derechos impone a todos los organismos y entidades del Estado el deber fundamental e ineludible de procurar que con sus actuaciones no se causa daño irreparable a aquellos derechos, y de velar por que en todo caso se respeten cuando menos en su núcleo esencial y no se desampare a sus titulares.

d) La Corte también advierte que en este caso, y por las condiciones de procesabilidad exigida para la acción prevista en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991, se presenta una aspiración que encuentra pleno fundamento jurídico de rango constitucional e internacional que es elevada ante los jueces colombianos en ejercicio de una efectiva y válida posición de legitimidad activa en cuanto la madre de los menores ejerce la mencionada acción judicial en nombre de aquellos para asegurar el respeto de los citados derechos en el caso de la deportación del padre de aquellos y compañero permanente de ésta.

En verdad la madre de los menores, que es “mujer cabeza de familia”, aún en las condiciones de ausencia del padre, tiene, en principio, la representación judicial de sus hijos menores para efectos de asegurar la tutela judicial de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y estos, en ningún caso, pueden ser sujetos de discriminación negativa por el hecho de ser hijos de extranjero, inclusive en condiciones de irregular permanencia en el país.

Cuarta: Los Derechos constitucionales de los extranjeros en la Carta Política de 1991.

a.) Para despejar otra de las cuestiones planteadas en el caso, aun cuando no es de la esencia de la controversia, además, es preciso examinar lo dispuesto por la Constitución Política al respecto de la condición jurídica del extranjero en cuanto hace a los derechos constitucionales fundamentales y ante las garantías constitucionales concedidas a los nacionales.

En este sentido se tiene en primer término que el artículo 100 de la Constitución Política, señala que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden los colombianos y de las mismas garantías de que gozan los nacionales, no obstante, como lo advierte la misma Constitución, la ley podrá, por razones de orden público,

subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Además, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley; así, es evidente que la mencionada disposición constitucional garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales.

Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residente en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 4o. inciso segundo de la Carta que expresa: "Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

b.) En este sentido es preciso advertir que bajo el nuevo marco constitucional, en ningún caso el legislador esta habilitado y mucho menos la autoridad administrativa, ni siquiera por vía del reglamento como es el caso de los Decretos 2268 de 1995 y 2241 de 1993, para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular. Cabe destacar que el principio tradicional de la discrecionalidad gubernamental para efectos de definir el ingreso de los extranjeros y su permanencia que es invocada como fundamento "lógico" y político para definir reglamentariamente las competencias de las autoridades de inmigración como lo hacen los decretos 2241 de 1993 y 2268 de 1995, queda sometido a la vigencia superior de los derechos constitucionales fundamentales y al respeto inderogable de los derechos humanos por parte de las autoridades encargadas de la situación de permanencia de los extranjeros.

Así, también es preciso destacar que el Decreto Reglamentario 2241 de 1993, que le fue aplicado al ciudadano alemán Robert Müller, modificado en el transcurso del caso por el Decreto 2268 de 1995 (22 de diciembre), consagraba, entre otras disposiciones en materia de inmigración, las reglas para definir el ingreso y la permanencia de extranjeros en el territorio nacional y, en relación con el ingreso, aquella normatividad y la vigente actualmente exigen la presentación de pasaporte o documento de viaje o documento de identidad vigente y que éste se realice exclusivamente por los puertos aéreos, marítimos, fluviales o terrestres que señale el Gobierno Nacional; además, la permanencia en territorio colombiano, en caso de que el extranjero no tenga el ánimo de establecerse en el territorio nacional, es decir, ingrese como visitante o persona en tránsito, sólo requerirá de un permiso expedido por la autoridad migratoria, que le permite desarrollar determinadas actividades, y cuya vigencia se señalará por la misma autoridad. En este sentido se observa que si el extranjero no es visitante o pretende establecerse en el territorio, deberá solicitar ante el Ministerio de Relaciones Exteriores la expedición de Visa, que según el caso podrá ser: diplomática, oficial, de servicio, de cortesía, de negocios, residente, temporal y de

inmigrante.

Como se observa, es claro que el ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional en general está regulado por un conjunto de normas de carácter reglamentario, cuya validez y legitimidad constitucional y legal no es objeto de examen en este proceso, pero que reclaman una exacta definición judicial, que deberán ser atendidas estrictamente bajo el marco de las disposiciones constitucionales y mientras se encuentren vigentes, so pena de dar lugar a las sanciones que las mismas contemplan; además, el Decreto 2241 de 1993, había previsto sanciones que van desde multas hasta deportación o expulsión del territorio nacional, las que fueron reiteradas por el nuevo estatuto 2268 de 1995.

En efecto, según el artículo 58 del decreto 2241 de 1993, debía ser deportado del territorio nacional el extranjero que incurriera en la siguiente causal: C. Sobrepasar la permanencia autorizada en el país; (subraya la Sala)

c.) Ahora, la nueva disposición aplicable al caso (art. 86 del Decreto 2268 de 1995) advierte que “Sin perjuicio de las sanciones legales a que hubiere lugar, será deportado del territorio nacional el extranjero que incurra en alguna de las siguientes causales:

.....

4. Encontrarse en permanencia ilegal en los términos de este Decreto”

Según estas disposiciones, la orden de deportación será proferida por el Director de Extranjería, y los directores seccionales del D.A.S. en ejecución de la política migratoria y mediante resolución motivada, que deberá ser notificada personalmente al extranjero afectado contra la cual proceden recursos por la vía gubernativa.

d.) Ahora bien, según la escasa documentación, de la escueta información que obra en el expediente el señor Robert Müller, de nacionalidad alemana, se concluye que aquel ciudadano alemán ingresó al territorio nacional por Ipiales el día 23 de julio de 1993 como turista, con una permanencia autorizada de 90 días; además, mediante resolución 230 de agosto 10 de 1995, la Directora Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS- Magdalena, ordenó la deportación del ciudadano Robert Müller, y como consecuencia advierte que durante el término de doce (12) meses, no podrá ingresar al país.

La resolución en su parte motiva señala como causa de la deportación el literal c) del Decreto 2241 de 1993, que ordena deportar al extranjero que sobrepase la permanencia autorizada en el país, en este caso los 90 días otorgados a su ingreso.

Recuérdese que la mencionada disposición fue sustituida por lo dispuesto en el nuevo Decreto 2268 de 1995; de otra parte, se tiene que del prontuario radicado en las oficinas del DAS no se encuentra en parte alguna que el señor Robert Müller, haya solicitado prórroga del permiso dado por la autoridad migratoria, como tampoco adelantó las diligencias correspondientes para obtener visa, que legalizara la permanencia en el país por más de dos años.

De igual modo es claro que la resolución 230 de 1995 fue notificada al afectado personalmente el día 15 de agosto de 1995, y que contra ella no presentó recurso alguno,

como tampoco se expresó inconformidad que pretendiera la revocatoria de la decisión.

e.) En estos términos la actuación adelantada por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, se ajusta a los parámetros de la normatividad reglamentaria y en la actuación administrativa concreta no se vulnera, en principio, forma alguna del procedimiento correspondiente, ni el derecho de defensa ni el debido proceso administrativo reglado en los términos del mencionado decreto reglamentario; también es claro para la Corte que el ciudadano Müller ingresó al territorio nacional y que se encontraba al momento de la deportación en condiciones de “ilegal” permanencia.

De otra parte es evidente que el citado extranjero es padre debidamente acreditado según consta en las actas del registro civil de nacimiento de dos niños menores colombianos con los cuales parece mantener, según lo afirma la peticionaria, una relación familiar doméstica permanente y estable y que estas condiciones no fueron tenidas en cuenta siquiera sumariamente por la autoridad del DAS.

f) La Corte Constitucional deja sentado que bajo la vigencia de la nueva Constitución, también es claro que las autoridades colombianas no pueden desatender el deber de garantizar la vigencia y el respeto de los derechos constitucionales de los extranjeros y de sus hijos menores, como es el caso que se atiende en esta oportunidad en el que resulta evidente que no se examinó en ningún momento el tipo de vínculos civiles y familiares del extranjero para deportarlo e impedirle su reingreso al país durante el término de doce (12) meses.

En efecto la Corte estima que, bajo los postulados de la nueva Constitución, resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, garantizados por el artículo 44 de la Carta, la deportación del territorio nacional a una persona extranjera que sea padre o madre de menores radicados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia, pues la mencionada sanción de plano comporta, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, una especie de discrecionalidad administrativa, para efectos de autorizar el regreso al país del extranjero afectado con la medida.

De otra parte, esta Corporación ya ha advertido que la distancia física que se conforma por virtud de la deportación del padre o de la madre extranjeros del menor, legítimamente radicado en nuestro territorio, es, en principio, una barrera innecesaria e inhumana que se opone al disfrute de los derechos fundamentales de éstos y, por lo tanto, no puede ser patrocinada indiscriminadamente por la administración, al aplicar la sanción por estancia irregular en el país; empero, se deja por sentado que estas reflexiones se dirigen sólo a uno de los aspectos de esta problemática jurídica que se plantea en el caso concreto, sin provocar ninguna consideración extraña a los hechos que se examinan y sin abordar a plenitud el examen de la naturaleza constitucional de la facultad administrativa de autorizar el ingreso al país de los extranjeros.

Sobran razones de carácter doctrinal y de naturaleza jurídico constitucional para estimar que en tratándose de situaciones como la planteada por la peticionaria, la deportación y la prohibición de ingreso al territorio nacional puede comportar la ruptura de aquellos vínculos entre padres e hijos y que aquella ruptura no es patrocinada por el Constituyente de 1991,

mucho más cuando puede conducir a la imposición de un trato inhumano para los menores contrariando lo dispuesto por los artículos 12 y 44 de la Carta.

Es, pues, evidente que se han desconocido los derechos constitucionales de los menores y que el juez de tutela debe proceder a decretar la tutela de los mismos como en efecto se ordenará en este caso; cabe destacar en este sentido que la tutela reclamada y que se concederá en este caso no se dirige a proteger directamente los derechos del deportado, sino los de sus hijos menores y por ello no se tiene en cuenta el no ejercicio de los recursos en vía gubernativa como condición para poder luego ejercer las acciones judiciales contencioso administrativas, ante la correspondiente jurisdicción, como lo entendió el despacho de origen.

g.) En todo caso la protección que se concede por virtud de esta providencia se endereza a permitir que se defina la situación familiar de los menores y a permitir que en caso de ser ciertos, reales, verdaderos y efectivos los vínculos de familia se le dé la oportunidad procedimental debida al extranjero para que resuelva sin dilación ni sanción alguna su situación de legal permanencia en el territorio de la República.

No sobra advertir que este tipo de soluciones razonables, que en nada ofenden el espíritu de la legislación colombiana e internacional en materia de los derechos de los niños ni de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros, no son compatibles con acciones fraudulentas y de engaño, y no patrocinan el desconocimiento de la normatividad penal, ni amparan evasiones al deber de responder por los delitos; tampoco se patrocinan conductas ilegítimas de fraude al derecho ni de desconocimiento de la normatividad internacional en materia de persecución del delito.

Obsérvese que esta Corporación ha manifestado con claridad el alcance de aquellos derechos y su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, claro está, dentro de una disciplina interpretativa que tiene en cuenta el conjunto armónico de los demás derechos y deberes de los asociados y del Estado y, en situaciones como la planteada dentro del asunto que se examina, encuentra que en verdad la administración, al momento de proferir sus decisiones, debe tener en cuenta una lectura de la Carta que sea conforme con sus postulados normativos.

Ademas, téngase en cuenta que el señor Robert Müller vivía en unión libre con la señora Raquel Estupiñán de nacionalidad colombiana y de cuya unión al momento del último ingreso al territorio nacional existía un hijo nacido en Santa Marta el 13 de octubre de 1989, que ademas, durante su permanencia en el territorio colombiano, nació un segundo hijo de nombre Juan Felipe el día 12 de febrero de 1994, todo lo cual podía ser perfectamente definido con una mínima y responsable labor de "inteligencia", vigilancia, registro, seguimiento o anotación cuya ausencia en este caso es notable, según la lectura del expediente llamado técnicamente prontuario; téngase en cuenta, ademas, que de este documento, utilizado por el DAS para adelantar la deportación, tampoco se desprende ninguna situación irregular antecedente, ni fraude a la ley en otra nación, ni desconocimiento al derecho internacional, ni reclamación, petición o solicitud alguna en contra del deportado.

h.) Ahora bien, la actuación del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, al proferir

la resolución 230 de 1995, en principio y de manera general se ajustó a las normas legales a que se hizo referencia anteriormente, pues la mencionada resolución fue notificada personalmente al interesado y contra la misma no se interpuso recurso alguno como tampoco se manifestó por parte del señor Müller ninguna justificación razonable de su conducta; en efecto, como se advirtió anteriormente, el señor Robert Müller en ningún momento solicitó ante las autoridades competentes el otorgamiento de visa para legalizar su permanencia en el país, si su intención era la de permanecer al lado de su familia y cumplir sus obligaciones, omisión que tuvo como efecto el ser deportado del país por orden de el Departamento de Seguridad DAS.

i.) Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala los argumentos de la peticionaria esposa del señor Robert Müller y madre de los menores Fabián Andrés y Juan Felipe Müller Estupiñán, al considerar que la decisión contenida en la resolución 230 de 1995 proferida por el -DAS-, vulnera los derechos fundamentales contenidos en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, son de recibo parcial, porque como se dijo, no existe acción directa por parte de la autoridad demandada que pueda considerarse violatoria de derecho fundamental alguno del ciudadano alemán deportado y, por el contrario, se advierte que fue la conducta de su esposo la que llevó a las autoridades, en cumplimiento de las disposiciones reglamentarias en principio aplicables al caso, a pronunciarse en este sentido, y a causar el distanciamiento familiar que es objeto de reproche por la peticionaria.

j.) Empero esta Corporación no puede desconocer que la deportación produce un irreparable distanciamiento de padre e hijos que efectivamente afecta con mayor gravedad a estos últimos, y que aun cuando decretada en este caso esta situación sea temporal y que una vez se cumplieran los doce meses que señala la resolución, el señor Robert Müller podría ingresar nuevamente al territorio nacional, siempre y cuando cumpla los requisitos de ley, se produce el daño irreparable y se violan los derechos de los menores. De otra parte, no obstante que los dos menores se encuentran bajo el cuidado de la peticionaria, y que no se hallan en estado de pleno abandono, la inmediata deportación hace que se deba conceder la tutela transitoriamente y por el término razonable de treinta (30) días hábiles, para que se les garantice la oportunidad de mantener unida a su familia.

k.) El simple hecho de que los menores hijos del señor Müller, sean nacionales colombianos ciertamente no le permite al deportado adquirir, ipso iure, el derecho a una permanencia legal y automática en el país, sin el previo cumplimiento de los requisitos que señala la Constitución y la ley; empero, el DAS y el Ministerio de Relaciones Exteriores y todas las autoridades competentes deberán tener en cuenta las condiciones especiales del extranjero en el sentido de que es padre de dos menores hijos colombianos para que, en aras de la protección de sus derechos fundamentales, puedan mantener unida la familia y proceder con racionalidad y ponderación a respetar y a hacer respetar los derechos de los menores.

La mencionada deportación en el caso concreto no es inevitable y por el contrario la razón indica que lo procedente es adelantar todas las acciones que sean necesarias para permitir que el extranjero resuelva legítimamente y de manera inmediata, sin dilación alguna con el auxilio de las instancias de protección integral del menor y la familia, el Estado de su regular permanencia en el territorio colombiano; así las cosas es obvio que la deportación violatoria de los derechos de los menores hijos del extranjero citado y que se impugna por la

mencionada madre, también es producto de una acción u omisión de la administración, que ante el incumplimiento de mandatos legales por parte del extranjero y padre de los menores, debió examinar el caso con precaución y diligencia, como corresponde bajo los mandatos de la nueva Constitución, en materia de derechos constitucionales fundamentales de los niños.

l.) Es cierto que cuando una autoridad pública se encamina a realizar o realiza un acto propio de las funciones que constitucionalmente le corresponden, si su conducta se aviene al ordenamiento jurídico, no hay razón para considerar que ha puesto en peligro los derechos fundamentales de quienes resultan afectados por las decisiones legalmente adoptadas, más aún si el sistema normativo permite, por la vía ordinaria, ejercer el derecho de defensa ante las autoridades administrativas o judiciales; empero, en este caso se presenta una evidente colisión de normas que debe resolverse con una solución razonable en la que se respeten y se hagan respetar los derechos y los deberes de las personas de tal manera que resulte una solución que armonice y pondere debidamente los derechos y los intereses enfrentados, sin sacrificar el núcleo y la esencia de los derechos fundamentales, mucho más cuando existe una cláusula constitucional de prevalencia de derechos con la que impone el artículo 44 de la Carta Política.

m.) En este sentido la Corte Constitucional, en desarrollo de su jurisprudencia en materia de los derechos constitucionales de los niños reconocidos en el artículo 42 de la Carta Política de 1991, considera que en casos como el que se examina en esta oportunidad, en los que efectivamente se encuentran comprometidos menores de edad, unidos con un extranjero sujeto de la actuación administrativa por lazos familiares directos, las oficinas nacionales y seccionales de extranjería y de inmigración del Departamento Administrativo de Seguridad, siempre deben examinar en detalle las condiciones familiares del extranjero en condiciones de irregular estancia o permanencia en el territorio nacional, inclusive con el prevalente e ineludible auxilio técnico y científico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para determinar la verdadera situación familiar del presunto infractor del régimen de inmigración, la cual debe ser, desde luego, verdadera y real, con el propósito de no producir soluciones inicuas o más dañinas que las que produce el incurrir en una situación migratoria irregular.

Es claro para la Corte Constitucional de Colombia que los derechos de los niños menores prevalecen ante los de los demás, e inclusive, condicionan las competencias administrativas de las autoridades de extranjería y de migraciones, lo mismo que a las autoridades de extranjería del DAS y de visas del Ministerio de Relaciones Exteriores, las que no pueden seguir actuando en estos casos de manera absolutamente discrecional.

n.) Desde luego, esto no significa que una vez cumplido el trámite correspondiente por el que se atiende una reclamación formal de autoridad extranjera, y apareciendo condiciones legales como las de la legítima petición de una nación amiga para efectos de extradición del extranjero o de su juzgamiento en el exterior, por razones penales regularmente acreditadas, no se deba deportar o tramitar la extradición según el preciso caso y dentro de las formas establecidas en los tratados internacionales y en el derecho internacional humanitario, bajo el supuesto del mantenimiento de la unidad familiar o del respeto a los mencionados derechos constitucionales del menor; en efecto, la responsabilidad penal o el deber de atender los poderes punitivos del Estado, hace que los mencionados derechos cedan a estos límites.

Así, la unidad familiar y los derechos de los niños prevalecen sobre los demás pero no sirven para eludir la responsabilidad penal y en caso de conflicto entre estos dos intereses debe prevalecer el poder punitivo y la responsabilidad penal.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Santa Marta, el día 27 de noviembre de 1995.

Segundo: CONCEDER la tutela reclamada por la Señora Raquel Estupiñán Henríquez en nombre de sus hijos menores FABIAN ANDRES y JUAN FELIPE. En consecuencia ordenar al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, que suspenda transitoriamente, y por el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación personal de esta providencia a la peticionaria, la ejecución de la Resolución 230 del diez (10) de agosto de 1995 de la Dirección Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; durante dicho término de treinta días se permitirá el reingreso legal al Señor Robert Müller, para que resuelva sin dilaciones y sin sanciones, su legal estancia y permanencia en el territorio de la República y atienda sus deberes familiares.

La mencionada suspensión tendrá efectos mientras se defina la mencionada situación de permanencia del citado ciudadano alemán.

Tercero: Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General