

Sentencia T-338/15

JUEZ DE TUTELA-Debe verificar cumplimiento de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

AGENCIA OFICIOSA-Elementos normativos

AGENCIA OFICIOSA TACITA-Caso en que ciudadano chino interpone acción de tutela en representación de su progenitora quien se encuentra fuera del país y no cuenta con visa para permanecer en territorio colombiano

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Deber del Estado de asegurar al extranjero la posibilidad de participar en el trámite consular, para lo cual las personas pueden solicitar y recibir asesoría legal, y en caso de necesitarlo un traductor o intérprete

ACCION DE TUTELA CONTRA MIGRACION COLOMBIA-Procedencia excepcional para solicitar nuevamente visa de residente de ciudadana china, por cuanto medios ordinarios de defensa no son idóneos

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA-Importancia/NUCLEO FAMILIAR-Protección a sus integrantes

La familia es el núcleo esencial de la sociedad cuya razón de ser es la unidad de vida de sus miembros y la importancia de su protección integral radica en que a través de ella se logra la efectividad de otros derechos inherentes a las personas, especialmente la dignidad humana. En cuanto a la protección de la unidad y armonía familiar, esta Corte ha señalado que la institución de la familia merece un esfuerzo del Estado para impedir cualquier amenaza o violación de los derechos fundamentales de sus integrantes.

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías que gozan los nacionales, salvo las limitaciones que establece la Constitución o la

ley

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Como sujetos de especial protección para los Estados

DERECHOS DE LOS MIGRANTES A LA UNIDAD FAMILIAR-Orden a la Cancillería expida salvoconducto para ingreso de ciudadana de origen chino al país, con el fin de adelantar trámites administrativos para obtener visa de beneficiaria de su hijo residente en Colombia

Referencia: Expediente T-4782312

Acción de tutela interpuesta por Xinghua Huang contra la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil quince (2015).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Tebaida (Quindío) en la acción de tutela instaurada por el señor Xinghua Huang contra la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano chino Xinghua Huang interpone acción de tutela contra la Unidad

Administrativa Especial Migración Colombia del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia por considerar que esa entidad le está vulnerando los derechos fundamentales “a la familia como núcleo principal de la sociedad y protección de las personas de la tercera edad”. Para fundamentar su solicitud el accionante relata los siguientes:

1. Hechos.

1.1. Es ciudadano chino residente en Colombia desde el año 2013, con visa de residente.

1.2. Tiene dos hijas de nacionalidad colombiana.

1.3. Desde el año 2007 tiene en la ciudad de La Tebaida el restaurante Fu Hua, hoy Nuevo Alcón Dorado, debidamente registrado en la Cámara de Comercio y con toda la documentación legal para su apertura.

1.4. Sus padres pertenecen a la tercera edad y no tienen parientes en la República de China.

1.5. Su padre ingresó al país el 20 de febrero de 2014 y le otorgaron visa en calidad de beneficiario.

1.6. Su señora madre Yinzhen Zhou ingresó a Ecuador en el mes de abril de 2014 con la documentación pertinente y en regla, con visa por 90 días. Posteriormente ingresó a territorio colombiano. Su pasaporte tiene número E21477430.

1.7. El 22 de agosto de 2014 le expidieron a su señora madre Yinzhen Zhou un salvoconducto para permanecer en Colombia hasta el 21 de septiembre de 2014, previa cancelación de la multa de que trata el artículo 38 del Decreto 834 de 2013.

1.8. Ante Migración Colombia se acreditó el parentesco entre el accionante y la señora Yinzhen Zhou y se procedió a solicitar la visa como beneficiaria, igual a como se la otorgaron a su padre, pero el Ministerio de Relaciones Exteriores se la negó y le advirtió que, por su condición de irregular, debía solicitar la visa fuera del territorio Colombiano, a pesar de que había pagado la multa y de que Migración Colombia le había otorgado salvoconducto.

1.9. De acuerdo a eso, solicitó salvoconducto para que su señora madre saliera del país el 21 de septiembre de 2014, el cual fue expedido por Migración Colombia.

1.10. Indica que salió con la señora Yinzhen Zhou hacia el Ecuador y ante el Consulado de Colombia en Tulcán solicitaron visa para ella como beneficiaria, pero nuevamente fue negada por la Cancillería Colombiana, la cual, en carta del 23 de octubre de 2014, expresa que no concede la visa por tener condición de irregular, así haya cumplido requisitos. Advierte que esa decisión no admite ningún recurso legal, aunque tiene la posibilidad de volver a solicitar la visa dentro de 6 meses.

1.11 En esas condiciones su señora madre corre el riesgo de deportación o expulsión del país, a pesar de que ella depende totalmente del accionante.

Por lo anterior, invoca el amparo de sus derechos fundamentales “a la familia como núcleo principal de la sociedad y protección de las personas de la tercera edad”. En consecuencia, solicita que se ordene a Migración Colombia, o a quien corresponda legalizar de manera definitiva la permanencia de la señora Yinzhen Zhou como su beneficiaria. Subsidiariamente, que se ordene a Migración Colombia que, en forma provisional, otorgue salvoconducto a la señora Yinzhen Zhou para permanecer en el país hasta cuando legalice su situación en Colombia.

2. Fundamentos jurídicos de la acción de tutela.

El actor aduce varios argumentos que se resumen así:

2.1. El artículo 100 de la Constitución Política y los tratados internacionales en el caso de extranjeros señalan que estos disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos y de las mismas garantías de que gozan los nacionales.

2.2. Las normas de rango inferior no pueden desconocer la disposición constitucional que reconoce el derecho a la familia, ni afectar su unidad y continuidad, salvo que exista un fundamento legal concreto, como el ejercicio de un poder punitivo o correccional.

2.3. Resulta contrario al núcleo esencial del derecho fundamental a la unidad familiar como parte esencial de la sociedad que la madre y la esposa de una persona extranjera, residenciada legítimamente en Colombia y abuela de nacionales colombianos, sea

expulsada o tenga el peligro de deportación o de expulsión.

Se deben tener en cuenta estas circunstancias especiales de la señora Yinzhen Zhou e igualmente que ella ha procurado por todos los medios legalizar su situación presentándose personalmente en dos ocasiones a Migración Colombia y a la Cancillería.

3. Trámite procesal.

El trámite correspondió por reparto al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Tebaida (Quindío), el cual, en auto del 7 de noviembre de 2014, avocó el conocimiento de la tutela en contra de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, a la cual ordenó correrle traslado.

Posteriormente, en auto del 18 de noviembre de 2014, el mismo Juzgado dispuso vincular al proceso al Ministerio de Relaciones Exteriores.

4. Respuesta de Migración Colombia.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Migración Colombia solicitó que se rechace por improcedente la acción de tutela y al respecto hizo las siguientes consideraciones esenciales:

4.1. Los artículos 2 y 3 del Decreto 834 de 2013 establecen la competencia discrecional del Gobierno Nacional para autorizar el ingreso, permanencia y salida de extranjeros en el territorio nacional y otorga funciones de control a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para ejercer la vigilancia y control migratorio de nacionales y extranjeros en Colombia.

4.2. Conforme al artículo 4 del mismo Decreto 834 de 2013, la entidad encargada de expedir y autorizar visas a los extranjeros que hayan presentado su solicitud llenando los requisitos legales es el Ministerio de relaciones Exteriores y no la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

4.3. El artículo 10 del Decreto 834 mencionado dispone que la persona interesada podrá presentar una nueva solicitud de visa en los casos en que haya sido negada; mientras que el artículo 19 de ese decreto establece que son causales de ingreso irregular al país: el

ingreso por lugar no habilitado; el ingreso por lugar habilitado, pero evadiendo u omitiendo el control migratorio; y el ingreso sin la correspondiente documentación o con documentación falsa.

4.4 El artículo 38 del Decreto 834 de 2013 autoriza a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para expedir salvoconducto por 30 días calendario para salir del país, cuando el extranjero ha incurrido en permanencia irregular, previo el pago de las sanciones pecuniarias a que hubiere lugar, cuando la solicitud de visa ha sido negada.

4.5. De acuerdo con lo anterior, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia no es competente para legalizar en forma definitiva la residencia de la señora Yinzhen Zhou, ni para otorgarle la visa, sino el Ministerio de Relaciones Exteriores de manera discrecional.

4.6. El accionante puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que le negó la visa, según el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo. Además, pudo haber interpuesto recurso de reposición contra el artículo 4 del mismo acto administrativo o Resolución número 20147050001445 del 19 de agosto de 2014.

Por otra parte, el accionante ha podido solicitar a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia asesoría sobre la solicitud de permanencia de la señora Yinzhen Zhou en calidad de beneficiaria y en relación con el otorgamiento de salvoconducto para permanecer en el país mientras legaliza su situación.

Por estas razones la acción de tutela no es mecanismo subsidiario de defensa de los derechos invocados y resulta improcedente.

4.7. La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia ha actuado conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos en relación con las peticiones de la señora Yinzhen Zhou, teniendo en cuenta su permanencia irregular en el país y que no se encuentra facultada para expedir visas a extranjeros.

4.8. De acuerdo con las pruebas recaudadas en la investigación adelantada por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la señora Yinzhen Zhou, de nacionalidad china y con pasaporte número E21477430, no realizó su ingreso regular al territorio colombiano,

conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 834 de 2013, ni presentó visa, por lo cual le fue impuesta una multa de carácter económico y se le expidió salvoconducto de permanencia, válido del 22 de agosto al 21 de septiembre de 2014, para la expedición de la visa que pudiera obtener por ser madre del residente en Colombia Xinghua Huan, según registro civil de nacimiento expedido en china.

5. Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Director de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano, obrando como representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, con posterioridad a la fecha de la sentencia de única instancia, hizo llegar un escrito al juzgado pidiendo que se niegue el amparo reclamado por improcedencia de la acción, para lo cual expone los siguientes argumentos:

5.1. Conforme a lo señalado en el artículo 17 del Decreto 3355 de 2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores es el organismo competente para formular, orientar, ejecutar y evaluar la política migratoria de Colombia y para otorgar las autorizaciones de ingreso de extranjeros al país, en coordinación con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

5.2. El señor Xinghua Huang, identificado con pasaporte de china G36848601 y cédula de extranjería número 346625 del 13 de agosto de 2013, tiene visa de residente hasta 12 de agosto de 2018.

5.3. El señor Shuqiang Huang, padre del accionante, ingresó a Colombia el 12 de julio de 2013 con visa temporal (VT) número BA859182, otorgada por el Consulado de Colombia en Beijing (China) el 19 de junio de 2013, en su condición de persona de negocios, pero desatendió las restricciones impuestas en la visa otorgada, infringió las normas migratorias de Colombia al permanecer de manera irregular dentro del territorio, conducta merecedora de reproche y sanción migratoria, según registro del salvoconducto número 126619, expedido por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia el 11 de febrero de 2014.

5.4. La señora Yinzhen Zhou, madre del actor, ingresó a Colombia de manera irregular por no tener visa y no registrar su ingreso.

5.5. La señora Yinzhen Zhou, el 4 de septiembre de 2014 solicitó visa RE, la cual fue resuelta con decisión de “inadmisión lo cual le permite presentar nueva petición, incluso de manera inmediata”.

5.6. Conforme lo indica el salvoconducto número 1136810 del 21 de septiembre de 2014, la señora Yinzhen Zhou incurrió nuevamente en permanencia irregular, habiéndosele concedido permiso para salir del país.

5.7. La señora Yinzhen Zhou pidió nuevamente visa RE en el Consulado de Tulcán (Ecuador), que fue resuelta con decisión de negación, por este concepto:

“Se niega con base en la facultad discrecional del Estado colombiano en materia migratoria. La solicitante infringió la norma migratoria al incurrir en permanencia irregular, según indica el salvoconducto expedido por Migración Colombia, entidad que le multó y expidió un salvoconducto por 5 días para salir del país. Además, al parecer ingresó al país omitiendo el puesto de control migratorio, y que no adjunta visa y/o sello de ingreso a Colombia.”

5.8. La cancillería, mediante oficio número S-CIAC-14-078621, le informó a la señora Yinzhen Zhou que le corresponde al interesado determinar la clase y categoría de visa que necesita, acreditar el cumplimiento de los requisitos indicados en las normas, sin que esto obligue a la autoridad migratoria a adoptar una resolución favorable, en virtud de la facultad discrecional de que dispone.

5.9. El ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio colombiano están regulados actualmente por el Decreto 4000 de 2004, derogado parcialmente por el Decreto 834 de 2013, que a la vez fue modificado parcialmente por los Decretos 132 y 941 de 2014; la Resolución 6588 del 2 de octubre de 2014, sobre nacionales de los países que requieren o no visa para ingresar a Colombia; la Resolución 4130 del 5 de junio de 2013, sobre requisitos para expedir visas; y la Resolución 2055 del 20 de marzo de 2014, sobre turistas.

5.10. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Resolución 4130 de 2013, la negación de una visa no produce efectos jurídicos definitivos, dado que el interesado puede presentar nueva solicitud de visa, incluso antes del término de 6 meses que fija la norma.

5.11. El concepto de unificación familiar se desprende del artículo 42 de la Constitución que consagra la familia como núcleo fundamental de la sociedad y establece la obligación de esta y del Estado de garantizar su protección integral; así como de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia, como el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 10 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales; el preámbulo de la Convención del Niño, de noviembre de 1989; el artículo 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; el artículo 16 de la Carta Social Europea.

5.13. Los señores Shuqiang Huang y Yinzhen Zhou, padres del accionante, solicitaron visa. Al primero se le otorgó, porque acreditó ingreso legal al país; mientras que le fue negada a la segunda, debido a que ingresó al país sin ninguna justificación, violando todos los protocolos de seguridad creados por el Gobierno Colombiano, no solo para el registro estadístico de extranjeros, sino también para prevenir el ingreso de personas que puedan constituir un riesgo sanitario (por ejemplo, la prevención de la transmisión del ébola), riesgo para la seguridad del Estado (detectar personas con historial criminal), riesgo para el extranjero víctima de delitos transnacionales (trata de personas), etc.

5.14. De tal manera que el extranjero que no cumple esas normas es quien vulnera derechos fundamentales y no la autoridad migratoria cuando niega la visa en esos casos para prevenir riesgos graves, en ejercicio de la soberanía del Estado Colombiano.

5.15. El cumplimiento de los requisitos exigidos en las normas para el trámite de una visa no constituye para el extranjero un derecho subjetivo de obtener la visa pretendida, porque prevalece el principio de soberanía del Estado, que puede en un acto discrecional otorgar o no la visa, o cancelarla en el momento que lo considere necesario.

5.16. No existe una regla general (legal o jurisprudencial) que imponga el deber de resolver siempre en forma positiva la solicitud de visa, aunque se cumplan los requisitos formales, porque la Cancillería debe examinar las circunstancias de cada caso concreto para tomar la decisión que considere más conveniente. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en un caso similar al actual, en sentencia del 9 de junio de 2004, expediente 0290-01; y la Corte Constitucional, en sentencia T-321 de 1996.

5.17. La señora Yinzhen Zhou cuenta con la posibilidad de solicitar nuevamente la expedición de visa ante la autoridad migratoria competente, cuyo proceder no ha sido caprichoso, ni arbitrario.

Además, los señores Xinghua Huang y Yinzhen Zhou disponen de las acciones administrativas para debatir la legalidad del acto por medio del cual se negó la visa y defender así los derechos que consideran vulnerados.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de instancia.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Tebaida (Quindío), en sentencia del 24 de noviembre de 2014, resolvió negar la acción de tutela interpuesta por el señor Xinghua Huang contra la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, tomando como fundamento los siguientes argumentos fundamentales:

1.1. Conforme al artículo 86 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo de protección inmediato o directo del derecho fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que solo procede a falta de otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

1.2. Está suficientemente acreditado que la señora Yinzhen Zhou, madre del actor, de nacionalidad china, ingresó a Colombia de manera irregular, omitiendo el control migratorio, ya que, al decir del propio accionante, primero llegó a Ecuador y luego ingresó a Colombia sin visa, o sin el sello de ingreso, vulnerando en esa forma los artículos 19 y 20 del Decreto 834 de 2013, que regulan el ingreso y la permanencia irregulares de extranjeros en el país. Circunstancia esta que le acarreó sanción económica.

1.3. El Ministerio de Relaciones Exteriores le negó la visa a la señora Yinzhen Zhou, a quien le comunicó que “según la documentación aportada por usted, el Estado colombiano considera que la solicitante infringió la norma migratoria al incurrir en permanencia irregular, según indica el salvoconducto expedido por Migración Colombia, entidad que le multó y expidió un salvoconducto por cinco días para salir del país. Además al parecer ingresó al país omitiendo el puesto de control migratorio, ya que no adjunta visa y/o sello

de ingreso a Colombia. Recuerde que de acuerdo al artículo segundo del Decreto 834 de 2013, es competencia discrecional del Gobierno Nacional, fundado en el principio de soberanía del Estado, autorizar el ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional. El lleno de los requisitos no asegura la admisión de la visa ya que es discrecional del Gobierno Colombiano a través del servicio la admisión, inadmisión y vigencia de una visa (...) Con motivo del rechazo de la visa y en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 21 de la Resolución 4130 de 2013 si es su deseo, solamente se podrá presentar una nueva solicitud transcurridos seis meses, contados a partir de la fecha en que se comunicó la negativa de la visa (...)."

1.4. Si el Gobierno Nacional tiene la facultad legal, fundada en el principio de soberanía, de otorgar o no una visa, el juez de tutela no puede desconocer esa facultad, a menos que realmente se esté vulnerando con la actuación estatal un derecho fundamental, lo que no ocurre en el caso del accionante y su progenitora, puesto que esta nació en China el 22 de agosto de 1957, es decir, que solo tiene 57 años y no pertenece a la tercera edad, ni padece enfermedad grave. Además, el anhelo del accionante de tener a su lado a su señora madre no justifica que esta haya entrado irregularmente al país violando las leyes migratorias.

Tampoco puede perderse de vista que el artículo 100 de la Constitución establece también que el legislador podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, como sucede con el derecho a residir en Colombia cuando el ingreso no se cumple regularmente.

1.5. El párrafo del artículo 21 del Decreto 834 de 2013 permite a la señora Yinzhen Zhou presentar nueva solicitud de visa antes de vencer los 6 meses que le concedió la Cancillería, la cual debe ser autorizada o rechazada en un término máximo de 4 días hábiles, pudiendo interponer recursos en la última hipótesis.

En conclusión, el actor dispone de otro medio de defensa para lograr la protección de sus derechos, razón por la cual debe negarse la acción de tutela.

III. PRUEBAS.

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

- Fotocopia de la comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, referente a la solicitud de visa de la señora Yinzhen Zhou (folio 8, cuaderno de tutela).
- Copia de la Resolución número 20147050001445 del 19 de agosto de 2014, por la cual Migración Colombia, Regional Eje Cafetero, le impuso una multa a la señora Yinzhen Zhou (folios 43 a 45, cuaderno de tutela).
- Copia del salvoconducto expedido a la señora Yinzhen Zhou hasta el 21 de septiembre de 2014 (folio 10, cuaderno de tutela).
- Copia del salvoconducto expedido a la señora Yinzhen Zhou hasta el 26 de septiembre de 2014 (folio 11, cuaderno de tutela).
- Copia del certificado de nacimiento del señor Xinghua Huang, hijo de Huang Shuqiang y Zhou Yinzhen (folio 9, cuaderno de tutela)
- Copia del registro mercantil del restaurante Nuevo Alcón Dorado (folio 12, cuaderno de tutela).
- Copia del pasaporte de la señora Yinzhen Zhou (folio 12, cuaderno de tutela).
- Copia de la visa del señor Xinghua Huang (folio 14, cuaderno de tutela).
- Copia del pasaporte del señor Shuqiang Huang (folios 16 y 103, cuaderno de tutela).
- Copia de la petición presentada por la señora Yinzhen Zhou a Migración Colombia para regular su situación en Colombia (folios 39 a 41, cuaderno de tutela).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno, de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y metodología de la decisión

2.1. El accionante considera que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia le está vulnerando los derechos fundamentales “a la familia como núcleo principal de la sociedad y protección de las personas de la tercera edad”, por el hecho de que dicha entidad no le ha otorgado a su señora madre de nacionalidad china la respectiva visa, bajo el argumento de “tener condición de irregular”, a pesar de cumplir con los requisitos exigidos para el efecto, pagar una multa y habersele otorgado salvoconducto.

2.2. Por su parte, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Migración Colombia pidió que se niegue por improcedente la acción de tutela, entre otras, por las siguientes razones: (i) la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia no es competente para legalizar de manera definitiva la residencia de la señora Yinzhen Zhou, ni para otorgarle la visa; (ii) el actor puede presentar acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que le negó la visa y, además, pudo haber interpuesto recurso de reposición contra dicho acto; y (iii) la entidad que representa ha actuado conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos, en relación con las peticiones de la señora Yinzhen Zhou, teniendo en cuenta su permanencia irregular en el país.

2.3. De otro lado, el Director de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano, obrando como representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitó que se deniegue el amparo reclamado por improcedencia de la acción, exponiendo argumentos similares a los de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, entre los cuales se resaltan los siguientes: (i) a la señora Yinzhen Zhou le fue negada la visa porque ingresó al país violando todos los protocolos de seguridad creados por el Gobierno Colombiano, no solo para el registro estadístico de extranjeros, sino también para prevenir el ingreso de personas que puedan constituir un riesgo sanitario, riesgo para la seguridad del Estado, riesgo para el extranjero víctima de delitos transnacionales, etc; (ii) el extranjero que ingresa al país de esa forma es quien vulnera derechos fundamentales, no la autoridad migratoria cuando niega la visa en estos casos para prevenir riesgos graves, en ejercicio de la soberanía del Estado Colombiano; (iii) no hay una regla general (legal o jurisprudencial) que establezca la obligación de resolver en forma positiva la solicitud de visa, aunque se cumplan los requisitos formales, ya que la Cancillería debe examinar las circunstancias de

cada caso en particular para tomar la decisión que considere más conveniente; (iv) la señora Yinzhen Zhou cuenta con la posibilidad de solicitar nuevamente la expedición de la visa; y (v) los señores Xinghua Huang y Yinzhen Zhou pueden acudir a las acciones administrativas para debatir la legalidad del acto administrativo que negó la visa y defender así los derechos que consideran conculcados.

2.4. El juez de instancia negó la protección de los derechos invocados, al considerar esencialmente que: (i) el Gobierno Colombiano tiene la facultad legal (principio de soberanía) de otorgar o no una visa, “el juez de tutela no puede desconocer esa facultad, a menos que realmente se esté vulnerando con la actuación estatal un derecho fundamental, lo que no ocurre en el caso del accionante y su progenitora, puesto que esta nació en China el 22 de agosto de 1957, es decir, que solo tiene 57 años y no pertenece a la tercera edad, ni padece enfermedad grave”; y (ii) el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos.

2.5. De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si es procedente la acción de tutela en el caso bajo análisis. De ser así, la Corte analizará si el Ministerio de Relaciones Exteriores vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y a la unidad familiar de una persona al negarle la visa de residente bajo el argumento de haber infringido las normas migratorias por permanecer de forma irregular en el país, ingresar al territorio omitiendo el puesto de control migratorio y no adjuntar visa y/o sello de ingreso a Colombia.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos la Sala abordará los siguientes tópicos: (i) el carácter subsidiario de la acción de tutela, (ii) la legitimación por activa en tutela. Con base en ello (iii) la Sala procederá al análisis del caso concreto para determinar si hay lugar o no a la protección invocada.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que a través de la acción de tutela, toda persona puede reclamar ante los jueces “en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, o de los particulares en los casos previstos en la ley y en la Constitución. Sin

embargo, el amparo solamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En desarrollo de la anterior disposición, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece:

“Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.” (Negrillas fuera de texto original).

De lo anterior se infiere que, “por su propia teleología, la acción de tutela reviste un carácter extraordinario, que antepone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos[1], a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales. (Sentencia T-304 de 2009)”[2].

3.2. En consecuencia, la acción de tutela es una herramienta judicial de naturaleza subsidiaria, no obstante, aun existiendo otro mecanismo de defensa dentro del

ordenamiento jurídico esta Corporación ha admitido que la acción de tutela procede[3], cuando se acredita que el medio ordinario no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral, o no es expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[4].

Lo anterior significa que debe analizarse en cada caso la eficacia real de los recursos con que cuenta el demandante[5], para lo cual se deben valorar los efectos de su utilización en el sub-examine respecto a la protección que eventualmente pudiese otorgar el juez constitucional y con base en ello determinar la procedencia del amparo[6], que podría ser: (i) como mecanismo transitorio con el propósito de evitar un perjuicio irremediable, o (ii) como mecanismo principal cuando, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, el mismo no es idóneo, ni eficaz, para la defensa de los derechos fundamentales amenazados o conculcados.

Al respecto, en sentencia T-235 de 2010, dijo:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aún existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela[7]. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva.”

3.3. En cuanto a la primera excepción, esta Corporación ha aclarado que la simple existencia de otro mecanismo judicial no es razón suficiente para que se declare improcedente la acción, ya que es necesario determinar si el mismo es eficaz para proteger de forma efectiva y oportuna los derechos fundamentales invocados y si ofrece una solución clara, definitiva y precisa al asunto bajo análisis. Sobre el particular, en sentencia T-795 de 2011, adujo:

“Es así como en aquellos casos en que se logra establecer la existencia de otro mecanismo

de defensa judicial, debe ponderarse la idoneidad de dicho medio de protección, valorando el caso concreto y determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invocan en la tutela[8]. Por esta razón, el juez constitucional debe establecer si el procedimiento alternativo permite brindar una solución ‘clara, definitiva y precisa’[9] a las pretensiones que se ponen a consideración del debate iusfundamental y su eficacia para proteger los derechos invocados.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario apreciar frente al medio de defensa alternativo, entre otros aspectos: ‘(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales’[10]. Estos elementos, aunados al análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten corroborar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz para la defensa de los derechos presuntamente conculcados. (...)” (Negrillas fuera de texto).

3.4. Respecto a la segunda situación excepcional, esta Corte ha indicado que se puede interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, definiendo dicho precepto en los siguientes términos:

“[U]n perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen.”[11]

Esta Corporación también ha precisado los elementos configurativos del perjuicio irremediable, a saber:

“A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. (...)

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. (...)

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)”[12]

Del mismo modo, la Corte Constitucional ha advertido que, cuando la acción de tutela es presentada por un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, menores de edad, personas en condición de discapacidad, etc.), o por personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el estudio de procedibilidad debe realizarse en una forma menos rigurosa. En relación con este punto la Corte, en sentencia T-719 de 2003, explicó:

“Si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de respetar el carácter subsidiario del mecanismo judicial en cuestión, existen casos en los que el análisis de procedibilidad de la tutela en el caso concreto se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. (...)”

De otro lado, según la jurisprudencia constitucional, a pesar de la informalidad del amparo constitucional, el accionante que aduzca la existencia de un perjuicio irremediable debe demostrar los factores a partir de los cuales deriva dicho perjuicio, toda vez que la simple afirmación de su acaecimiento no es suficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. En tal sentido, en sentencia T-436 de 2007, dijo:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte

que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable[13].

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado ‘explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión’ (sentencia T-290 de 2005).”

3.5. Debe destacarse, finalmente, que esta Corporación ha reconocido la importancia del deber del juez constitucional de verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que sólo de esta forma es posible lograr la protección de los derechos fundamentales sin desarticular el sistema de competencias y procedimientos del Estado constitucional de derecho. Sobre el particular, en sentencia T-514 de 2003, dijo:

“7. Considera entonces la Corte que tales reglas, a las que debe sujetarse el ejercicio de la acción de tutela y su correcta ejecución por parte de los jueces, permiten que con la misma, a la vez que se consigue el propósito de la protección de los derechos fundamentales, no se desplacen las acciones ordinarias y de paso se evite que por esta vía se llegue a desarticular el sistema de competencias y procedimientos propio del Estado Constitucional de derecho. (...)”

4. Legitimación por activa en tutela. La agencia oficiosa[14].

4.1. Los artículos 86 Superior y 10º del Decreto 2591 de 1991 disponen que toda persona puede interponer la acción de tutela para invocar la protección de sus derechos fundamentales cuando los considere amenazados o vulnerados.

Asimismo, el artículo 10° en mención establece cuatro posibilidades para la interposición de la acción de amparo, a saber: (i) directamente por la persona afectada; (ii) por intermedio de un representante; (iii) mediante agente oficioso, cuando el interesado no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; (iv) por el defensor del pueblo; o (v) por los personeros municipales.

4.2. Esta Corporación se ha referido en varias ocasiones a la agencia oficiosa, precisando su fundamento constitucional, elementos normativos, finalidad y efectos[15].

Conforme a esa jurisprudencia, la agencia oficiosa se encuentra prevista en el inciso 2° del artículo 10° del Decreto 2951 de 1991 y se configura cuando una persona, sin ser apoderado judicial, ni el titular de los derechos fundamentales presuntamente afectados o amenazados, presenta la demanda a nombre de otro individuo que está ausente o impedido para hacerlo directamente[16].

Esta Corporación ha señalado que la posibilidad de agenciar derechos ajenos ante el juez de tutela constituye un claro desarrollo de los principios constitucionales de eficacia de los derechos constitucionales, prevalencia del derecho sustancial y solidaridad social, así como una faceta del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia[17].

De igual forma, la Corte Constitucional ha precisado que, a pesar de ser innegable la relevancia constitucional de la agencia oficiosa, esto no significa que su ejercicio no pueda ser sometido a una regulación específica.

En este contexto ha afirmado que “el ejercicio de la agencia oficiosa solo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente (o mediante apoderado), debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la jurisdicción. Estas consideraciones se desprenden directamente de la autonomía de la persona (artículo 16, C.P.) y del respeto por la dignidad humana (artículo 1°, C.P.), fundamento y fin de los derechos humanos”[18].

Bajo esta línea argumentativa la jurisprudencia constitucional ha enunciado los siguientes elementos normativos que la informan:

“En primer lugar, debe manifestarse que [se] actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien [se] actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca –puede ser por medio de una prueba sumaria-. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, cuando ello sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela.”

Ahora bien, respecto al primer requisito, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la manifestación del agente oficioso de actuar como tal, puede ser expresa o deducirse del escrito de tutela. Así las cosas, se configura una agencia oficiosa tácita cuando de los hechos narrados por el accionante se deduce la calidad en la que actúa. Así lo sostuvo en sentencia T-312 de 2009, al indicar:

“5.1 En relación con el primer requisito, la Corte ha señalado que la manifestación del agente oficioso de actuar como tal, puede ser expresa o puede inferirse del escrito de tutela. En ese orden de ideas, se considera válida la agencia oficiosa tácita, cuando del relato de los hechos del escrito de tutela se deduzca inequívocamente tal circunstancia, toda vez que, en atención al principio de informalidad de la acción, el requisito no puede entenderse como una exigencia de incorporar formas sacramentales en la petición de amparo[19].

Lo relevante para la aceptación de la agencia tácita, es que sea claro que la persona que interpone la acción no es un ‘falso agente’[20] o, en otras palabras, alguien que carece de interés y suplanta la voluntad del directo interesado en la protección de sus derechos constitucionales.” (Negrillas fuera de texto).

Por último, es preciso señalar que la jurisprudencia constitucional ha aclarado que los dos primeros elementos normativos arriba mencionados son constitutivos o esenciales de la agencia oficiosa, mientras que el tercero y el cuarto son accesorios.

5. Análisis del caso concreto.

5.1.1. Como se ha visto, el señor Xinghua Huang presenta la acción de tutela a nombre

propio para que se amparen los derechos fundamentales “a la familia como núcleo principal de la sociedad y protección de las personas de la tercera edad”, que considera vulnerados por el acto administrativo de negación de la visa de residente en Colombia a su señora madre Yinzhen Zhou, que le atribuye a Migración Colombia.

Aunque el actor no especifica directa y claramente qué persona es la titular de esos derechos, de los hechos que narra la Sala infiere que lo es la señora Yinzhen Zhou, por ser ella a quien le fue negada la visa y quien, según el accionante, sería persona de especial protección constitucional por pertenecer a la tercera edad.

Esto quiere decir que el señor Xinghua Huang realmente interpone la acción de tutela a nombre de su progenitora, pero sin poder para ello. En tales condiciones, corresponde a la Sala determinar si el actor está o no legitimado para obrar en su nombre.

De acuerdo con lo explicado en la parte considerativa (numeral 4.2.), se trata aquí de un caso de agencia oficiosa tácita, ya que aunque el señor Xinghua Huang no manifiesta expresamente que actúa como agente oficioso de su progenitora, ello puede inferirse del relato de los hechos del escrito de tutela, agencia que además se encuentra justificada en la medida en que, según las pruebas, la señora Yinzhen Zhou no se encuentra en Colombia, sino en Ecuador, y no cuenta con visa para permanecer en territorio colombiano. En otras palabras, no está en condiciones físicas de interponer personalmente la acción de tutela.

5.1.2. Ahora bien, la Sala no pasa por alto que en el presente caso la controversia se suscita entre el señor Xinghua Huang, quien agencia los derechos fundamentales de la señora Yinzhen Zhou (madre del demandante), ambos de nacionalidad china, cuyo idioma oficial es el mandarín, por lo que debe precisar lo siguiente:

Constituye una garantía del debido proceso y al mismo tiempo un deber para las autoridades públicas, que tratándose de trámites consulares surtidos ante el Estado colombiano, los extranjeros que no hablen ni comprendan el castellano, idioma oficial de Colombia[21], estén asistidos por un intérprete a fin de que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos y velar por sus intereses.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 25 de

noviembre de 2013, al resolver el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”[22], dijo lo siguiente:

“ En definitiva, un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías mínimas[23]:

i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:

a. la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra;

b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;

ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y

iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

1. En relación con lo anterior, la Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” (es decir, en su territorio de origen o en un tercer Estado), en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

2. De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o

libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre[24].

3. En consecuencia, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión[25]. Esto implica respetar las garantías mínimas referidas, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo.”

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que en todo procedimiento relacionado con asuntos migratorios el Estado debe asegurarle al extranjero la posibilidad real y efectiva de participar en el trámite consular, para lo cual las personas pueden solicitar y recibir asesoría legal, y en caso de necesitarlo un traductor o intérprete.

En el caso concreto, si bien es cierto que el señor Xinghua Huang, agente oficioso de la señora Yinzhen Zhou, es ciudadano chino, también lo es que vive en Colombia desde hace siete años, adquirió la residencia colombiana en el 2013 y desarrolla una actividad comercial en La Tebaida (Quindío), lo que analizado en conjunto con los documentos allegados al expediente de tutela, permite inferir que el actor entiende el idioma castellano y ha participado en los trámites consulares que ha adelantado.

5.1.3. De otro lado, conforme con lo normado en el artículo 17 del Decreto 3355 de 2009 y la comunicación enviada a la señora Yinzhen Zhou por la Cancillería del Ministerio de Relaciones Exteriores[26], esta entidad, y no la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, es la competente para otorgar visas a los extranjeros y la que le negó ese documento a la señora Yinzhen Zhou. Por lo tanto, es la que también se encuentra legitimada para ser demandada en tutela.

5.2. Procedencia de la acción en el caso concreto.

5.2.1. Como se explicó en precedencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha sostenido que, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, sólo es posible acudir a ella

cuando no exista otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, toda vez que esta acción constitucional no puede sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo del derecho respectivo[27]. No obstante, también ha precisado que la anterior regla tiene dos excepciones, a saber: (i) cuando la acción es interpuesta como mecanismo transitorio con el propósito de evitar un perjuicio irremediable, o (ii) como mecanismo principal cuando, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, el mismo no es idóneo, ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales amenazados o conculcados.

5.2.2. En este orden de ideas se tiene, en primer lugar, que el artículo 17 de la Resolución 532 de 2015[28], expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, expresa:

“ARTÍCULO 17. Negada una visa, solamente se podrá presentar una nueva solicitud transcurridos seis meses, contados a partir de la fecha en que se comunicó la negativa de la visa.

PARÁGRAFO 1o. El Grupo Interno de Trabajo de Visas e Inmigración o las Oficinas Consulares de la República previa autorización de aquél, en ejercicio de la facultad discrecional del Estado, podrán atender una nueva solicitud y expedir la visa antes del término mencionado cuando considere que es conveniente o consulta el interés nacional.

El Grupo Interno de Trabajo de Visas e Inmigración contará con un término de hasta diez (10) días hábiles contados a partir del día en que reciba la solicitud, para autorizar o rechazar el trámite.”

Es incuestionable que esta disposición ofrece a la señora Yinzhen Zhou la opción de solicitar la visa nuevamente a la autoridad competente y que el procedimiento establecido para el efecto es muy ágil, ya que la entidad encargada de dar respuesta solo cuenta con un término de 10 días para autorizar o rechazar el trámite. Es más, puede repetir la solicitud cuantas veces considere necesario y conveniente, porque la norma no establece ninguna limitación al respecto. Se trata entonces de un procedimiento idóneo y eficaz.

5.2.3. En segundo lugar, la señora Yinzhen Zhou puede ejercer también la acción de nulidad del acto por medio del cual la administración le negó la visa y pedir el restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo, con la posibilidad de pedir desde su inicio la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de dicho acto administrativo, que contemplan los artículos 138 y 230-3 del mismo código, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

(...)

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

(...)”

En ese orden de ideas, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo judicial de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, previsto para aquellas situaciones en las cuales una persona que considere lesionados sus derechos como consecuencia de la expedición de un acto administrativo de contenido particular y concreto, solicite su nulidad y el consecuente restablecimiento de los derechos vulnerados o la reparación del daño, o cuando se dirija contra actos administrativos de contenido general y abstracto, siempre que no implique el restablecimiento automático de los derechos.

5.2.4. No obstante lo anterior, la Sala encuentra que la afirmación de que existe otro medio ordinario de defensa eficaz para evitar la vulneración de los derechos fundamentales porque que la señora Yinzhen Zhou puede solicitar nuevamente la visa, no resulta acertada toda vez que en el pasado intentó obtenerla pero fue negada bajo el argumento de

que infringió la norma migratoria al incurrir en permanencia irregular en el país, razón por la cual la Corte considera que la presente solicitud de amparo es procedente.

En ese orden, como la razón por la que el Estado Colombiano le niega la visa es el ingreso y permanencia irregular, se puede presumir que una nueva solicitud será negada con los mismos argumentos, toda vez que no se presenta un hecho nuevo que de lugar a una reconsideración por parte de las autoridades migratorias, lo cual no estaría acorde con los postulados superiores porque ello significaría que la infracción migratoria en que incurrió la señora Yinzhen Zhou – que por demás fue sancionada con multa y con salvoconducto para salir del país-, constituye una sanción adicional ilimitada en el tiempo, casi irredimible, que le impediría ingresar a Colombia con el lleno de requisitos que se exigen.

En suma, no tiene sentido que se le advierta la posibilidad de adelantar desde el extranjero el trámite para obtener la visa y así ingresar a Colombia, si materialmente verá truncada la posibilidad de volver al país en forma regular porque la infracción migratoria del pasado fue la razón de la negativa.

En consecuencia, la continua negativa de la autoridad migratoria bajo el argumento de tener un antecedente de permanencia irregular demuestra que no hay manera de rectificar ni que existe una nueva oportunidad para volver como regular al territorio nacional, por ello para la Sala no existe justificación razonable para remitir nuevamente al demandante ante la Cancillería.

5.2.5. De otra parte, en relación con el mecanismo judicial que puede surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que le negó la visa a la señora Yinzhen Zhou, debe decirse que tampoco es idóneo y eficaz en el caso sub-examine.

Lo anterior por cuanto resulta desproporcionado exigirle a la señora Yinzhen Zhou, quien se encuentra en el Ecuador y no cuenta con visa para permanecer en territorio colombiano, que acuda al medio ordinario de defensa judicial, dado que se trata de una extranjera que desconoce los procedimientos judiciales del Estado y no reside en el territorio nacional, por lo que tal situación la obligaría a continuar por fuera orbitando en Estados cercanos a este, lejos de su lugar de origen, sin tener recursos para sostenerse y sin su familia, porque su hijo y nietas viven en este país.

5.2.6. En ese orden de ideas, los medios ordinarios que ofrece el ordenamiento jurídico no constituyen herramientas que en el caso concreto aseguren de manera eficaz la vigencia de los derechos fundamentales de la señora Yinzhen Zhou, razón por la cual le corresponde al Juez de Tutela adoptar las medidas necesarias y suficientes para su salvaguardia.

5.3. La protección a la familia.

5.3.1. La Constitución a lo largo de su articulado hace menciones a la familia al establecer que es el núcleo esencial e institución básica de la sociedad[29] y de tal principio se derivan mandatos específicos de protección integral al prohibir la discriminación por razones de origen familiar y el deber del Estado de promover condiciones para lograr una igualdad real y efectiva y adoptar medidas a favor de los grupos marginados o discriminados[30]. Asimismo castiga la violencia intrafamiliar, proscribiendo obligar a declarar contra sí mismo o contra el cónyuge, compañero permanente “o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”[31], e instituye los derechos la intimidad familiar y la obligación de respetarla[32], la libertad personal y familiar[33], el patrimonio familiar, la honra, la dignidad, la armonía y unidad familiar[34], el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella[35], entre otros.

5.3.2. Sin embargo, la vigencia de la protección a la familia y sus integrantes no solo se debe a su consagración en la Carta Política, sino que también está contenida en varios instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, prevalecientes en el orden interno al estar ratificados por el Estado colombiano[36], como el protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (protocolo II), suscrito en Ginebra el 8 de junio de 1977[37]; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, suscrita en Nueva York el 18 de diciembre de 1990[38]; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, suscrita en Nueva York el 14 de diciembre de 1973[39]; Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil el 9 de junio de 1994[40]; Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya el 29 de mayo de 1993[41]; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”,

suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988[42]; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989[43]; Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile, hecho en Bogotá, D. C., el 16 de julio de 1991[44]; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000[45], entre otros.

5.3.3. Por su parte, esta Corporación en sentencia C-577 de 2011, estableció que el concepto de familia es una realidad dinámica conformada por un grupo de personas unidas por vínculos de tipo natural o jurídico con el fin de hacer una unidad de vida o de destino, sustentada en el amor, el respeto y la solidaridad. Puntualmente manifestó lo siguiente:

“Mediante las previsiones citadas el ordenamiento reconoce una realidad social anterior a él mismo y al Estado, pues antes que fenómeno regulado por el derecho, “la familia es una realidad sociológica que fue objeto de un reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991”[46] y, en cuanto tal, “antecede a la sociedad y al propio Estado que, precisamente, han sido instituidos para servir a su bienestar y para velar por su integridad, supervivencia y conservación”[47].

No obstante estar sometida a un proceso de constante evolución primeramente verificado en la realidad de la que hace parte, la Corte ha definido la familia “en un sentido amplio”, como “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”[48].

Como realidad “dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad”, la familia tiene, entonces, “un régimen constitucional, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5º”, régimen que busca hacer de ella “el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros” y,

así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tiene derecho cada uno de sus integrantes, aspecto este donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones”[49].

(....)

La familia, como “medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”[50], es el escenario en donde se cumple “el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales”, mediante manifestaciones de recíproco afecto, trato continuo y comunicación permanente, “que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre”[51].

A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”[52].

Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”[53].

Luego, en sentencia C-278 de 2014 se reiteró el alcance del concepto de familia y su ámbito de protección, así: “(...) la Corte ha considerado que debe considerarse la realidad social y por ende, ha ampliado su ámbito de protección a todo tipo de familias, originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las familias

monoparentales, o las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo”[54]. De este modo, se ha entendido que la familia debe ser especialmente protegida independientemente de la forma en la que se conforma el grupo familiar”.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la familia es el núcleo esencial de la sociedad cuya razón de ser es la unidad de vida de sus miembros y la importancia de su protección integral radica en que a través de ella se logra la efectividad de otros derechos inherentes a las personas, especialmente la dignidad humana.

5.3.4. En cuanto a la protección de la unidad y armonía familiar, esta Corte ha señalado que la institución de la familia merece un esfuerzo del Estado para impedir cualquier amenaza o violación de los derechos fundamentales de sus integrantes[55]. En ese orden, en sentencia T-237 de 2004, estableció que se trata de un derecho fundamental y en ese contexto supone la adopción de medidas que permitan preservarla, rechazando a través de dispositivos jurídicos las conductas que puedan desestabilizarla o disgregarla.

5.4 Derechos de los migrantes

5.4.1 Esta Corporación, tratándose de controversias suscitadas a propósito de la permanencia de extranjeros en el país, en primer término ha manifestado que de conformidad con el artículo 100 de la Carta Política[56], los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías de que gozan los nacionales, salvo las limitaciones que establezca la Constitución o la ley.

Así mismo, los extranjeros tienen la responsabilidad de cumplir y acatar los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución y la ley, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4° Superior según el cual “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

Esta Corte en sentencia T-321 de 2005, concluyó que “(...) en ningún caso las autoridades administrativas pueden desconocer la vigencia y alcance de los derechos fundamentales ni los inherentes a la persona humana, garantizados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en el caso de los extranjeros, así se encuentren en condiciones de

permanencia irregular.”

5.4.2. En segundo término, con base en lo anterior y teniendo en consideración principios constitucionales, ha protegido derechos fundamentales como la unidad familiar, así:

En sentencia T-215 de 1996 resolvió el caso de un ciudadano de origen alemán, quien tenía compañera permanente e hijas menores de edad en común, todas colombianas, pero debido a que su estancia en el territorio nacional se catalogó como “irregular”, fue deportado y sancionado con la prohibición de ingresar a Colombia por el término de un año. A fin de resolver el caso, realizó las siguientes consideraciones:

“(…) 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.

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.

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.”

En esa oportunidad la Corte protegió los derechos fundamentales y suspendió de manera transitoria la orden de deportación para que se resolviera sin dilaciones y sin sanciones, su legal estancia y permanencia en el territorio de la República y atendiera sus deberes familiares.

5.4.3. En sentencia T-956 de 2013, la Corte conoció del caso de un ciudadano de nacionalidad china, cuya esposa de origen chino residente en Colombia con una hija menor de edad en común nacida en este país. El extranjero se encontraba irregular en el país y por tanto le fue impuesta una multa y en su contra se expidió orden de deportación, por lo que su esposa en representación de la hija acudió a la acción de tutela.

Para resolver el caso, en primer lugar la Corte verificó que a pesar de que existían mecanismos judiciales ordinarios para cuestionar las órdenes adoptadas por Migración Colombia, se determinó que no era idóneos puesto en cualquier caso esos mecanismos se mostraron inidóneos, porque concurrieron barreras materiales para el ejercicio de los derechos contradicción y defensa, en razón a que no hubo un intérprete en el desarrollo y notificación de las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas. Además, porque en el sub-examine la protección la reclamaba la menor de edad, específicamente el derecho a tener una familia y no ser separada de ella.

El punto de partida de este precedente se basa en considerar que la familia es un entorno cuya existencia es imperativa para el adecuado desarrollo de los niños y de las niñas, así como para la eficacia material de sus derechos fundamentales. Es claro que al carecer de una familia, los niños no tendrán ninguna oportunidad de satisfacer sus necesidades físicas, materiales y afectivas, paso previo para el disfrute de los mencionados derechos. Por lo tanto, la situación que enfrentan los menores expósitos es absolutamente contraria a los postulados constitucionales[57].

Para decidir el caso concreto se hizo alusión a los derechos de los migrantes, específicamente el debido proceso y estableció que desde el derecho internacional de los derechos humanos existe consenso acerca de que los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados, por razón de las condiciones de indefensión en que se encuentran, que se derivan por ejemplo, por el desconocimiento del idioma y de las prácticas jurídicas locales, entre otras. Específicamente dijo lo siguiente:

“(…) Debido a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que si bien los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias para establecer un control de ingreso a su territorio y salida de él, respecto a sus nacionales, como aquellos que no lo son, dichas políticas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos.[58] Sin embargo, esto no significa que los Estados no puedan iniciar acción alguna en contra de aquellas personas que no cumplan con su ordenamiento estatal, sino que al adoptarlas, deben respetarse los derechos humanos y garantizar su pleno ejercicio a toda persona bajo su jurisdicción.[59]

(…)

17. En este sentido, la Corte IDH ha reconocido que los Estados deben garantizar que toda persona extranjera tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.[60] Para ello, considera que es necesario eliminar cualquier obstáculo que reduzca una defensa eficaz, siendo el idioma un factor crucial en este tema. Debido a lo anterior, dicho tribunal considera que debe proveerse de traductor, a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento.[61] En relación con lo anterior, la CIDH también ha considerado como una norma mínima del debido proceso para garantizar un juicio justo a los migrantes,

cualquiera que sea su status, la presencia de un traductor, con la finalidad de que este comprenda los cargos que se le imputan, así como los derechos procesales que tiene a su disposición.[62]

(...)

18.1. Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

18.3. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

18.4. El principio de igualdad y no discriminación tiene un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

18.5. El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.

18.6. El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

18.7. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

18.8. El derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las

materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

(...)”

La Corte concluyó que la condición de migrante no constituye una justificación para negarle el ejercicio y goce de sus derechos, por lo tanto los Estados están en la obligación de respetarlos y garantizarlos en las mismas condiciones que lo hace con sus nacionales, independientemente de si ostentan la condición de “regular” o “irregular”. Específicamente en relación con los procedimientos o trámites de carácter administrativo o judicial, debe posibilitarles el acceso efectivo y material de ejercer los derechos de contradicción y defensa.

Finalmente, se protegió el derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella, y se ordenó al Director de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (i) dejar sin efecto de las actuaciones administrativas a cargo de esa entidad y surtidas respecto de la situación migratoria del ciudadano de origen chino; (ii) reiniciar la actuación administrativa de carácter migratorio, bajo el cumplimiento estricto de las condiciones propias del debido proceso y en particular, que en cada una de las etapas del trámite se le asigne un intérprete del idioma chino mandarín para que pueda comprender cada una de las etapas del trámite administrativo, presentar y solicitar las pruebas que estime pertinentes y controvertir el material probatorio en su conjunto, comprender la notificación de las diversas actuaciones que se adopten durante el trámite administrativo y presentar los recursos que prevé el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; (iii) proceder a realizar los trámites necesarios para regularizar la situación migratoria del ciudadano chino; (iv) entregar el salvoconducto para permanecer en el país con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la menor, particularmente su derecho a tener una familia y no ser separada de ella; (v) solicitó a la Defensoría del Pueblo que acompañe y asesore a la unidad familiar conformada por la demandante, la menor de edad y ciudadano chino; y (vi) le ordenó al Director de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que en el término de un (1) año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, adelante y ejecute un plan para la provisión de intérpretes destinados a la asistencia de los migrantes respecto de los cuales la entidad adelante actuaciones administrativas.

5.5. Solución al caso concreto.

5.5.1. El señor Xinghua Huang, ciudadano de nacionalidad china vive en Colombia desde hace siete años y tiene visa de residente hasta el 12 de agosto de 2018. En este país está asentada su familia, tiene dos hijas de nacionalidad colombiana y sus negocios, es el propietario del restaurante Nuevo Halcón Dorado en el municipio de La Tebaida, Quindío.

5.5.2. La señora Yinzhen Zhou, madre del actor, ingresó a Colombia de manera irregular al no tener visa ni registrar su ingreso, sin embargo, solicitó la visa y le fue negada por lo que se entregó el salvoconducto número 1136810 del 21 de septiembre de 2014, para salir del país.

5.5.3. Encontrándose en el Consulado de Tulcán, Ecuador, la señora Yinzhen Zhou pidió nuevamente visa RE pero fue negada con base en la facultad discrecional del Estado colombiano en materia migratoria, aduciendo que la solicitante infringió la norma migratoria al incurrir en permanencia irregular.

5.5.4. Por lo anterior, el señor Xinghua Huang, agenciando los derechos fundamentales de la señora Yinzhen Zhou reclama el amparo del derecho fundamental a la unidad familiar.

5.5.5. Como se vio en el capítulo denominado Procedencia de la acción en el caso concreto, los medios ordinarios que ofrece el ordenamiento jurídico no constituyen herramientas que en el caso concreto aseguren de manera eficaz la vigencia de los derechos fundamentales de la señora Yinzhen Zhou, razón por la cual le corresponde al Juez de Tutela adoptar las medidas necesarias y suficientes para su salvaguardia y en ese orden de ideas, vale precisar lo siguiente:

5.5.6. El ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio colombiano están regulados por el Decreto 4000 de 2004, derogado parcialmente por el Decreto 834 de 2013, que a la vez fue modificado parcialmente por los Decretos 132 y 941 de 2014; la Resolución 6588 del 2 de octubre de 2014, sobre nacionales de los países que requieren o no visa para ingresar a Colombia; la Resolución 4130 del 5 de junio de 2013, sobre requisitos para expedir visas; y la Resolución 2055 del 20 de marzo de 2014, sobre turistas.

5.5.7. Específicamente, en relación con la visa de residente en calidad de beneficiario, el

artículo 9º del Decreto 834 de 2013, prevé lo siguiente:

Solamente podrán tener beneficiarios los titulares de las siguientes visas:

*Visa de Negocios NE: NE-2, NE-3 y NE-4.

*Visa Temporal-TP: TP-3, TP-4, TP-5, TP-7 y TP-9.

*Visa de Residente RE

La vigencia de la visa otorgada en calidad de beneficiario no podrá exceder la de la visa otorgada al titular y expirará al mismo tiempo que esta, sin necesidad de pronunciamiento expreso de la autoridad competente.

Si el beneficiario dejase de depender económicamente del titular o pierde su calidad de cónyuge o compañero(a) permanente, o cambia de actividad, deberá solicitar la visa que corresponda como titular, previo cumplimiento de los requisitos para tal fin.

Cuando el titular de la visa obtenga la nacionalidad colombiana por adopción o fallezca, su beneficiario podrá solicitar la visa que corresponda en el territorio nacional.”

5.5.8. De acuerdo con lo anterior, para efectos de acceder a la visa de beneficiario es necesario acreditar el parentesco y la dependencia económica, requisitos que satisface la señora Yinzhen Zhou para recibir la visa como beneficiaria de su hijo, el señor Xinghua Huang. No obstante lo anterior, la Cancillería Colombiana le ha negado la visa porque a pesar de cumplir con las mencionadas exigencias, la solicitante alguna vez estuvo en el país como irregular e incurrió en una infracción migratoria[63].

De acuerdo con el artículo 29 del Decreto 834 de 2013, son causales de inadmisión o rechazo de la solicitud de visa, las siguientes:

“Artículo 29. Causales de inadmisión o rechazo. Las causales de inadmisión o rechazo serán las siguientes:

(...)

6. Haber sido deportado o expulsado del país, salvo que con posterioridad al cumplimiento

de dicha medida le haya sido concedida visa o cuando desee ingresar al territorio colombiano sin haber cumplido el término de sanción estipulado en la resolución administrativa.

(...)

8. No presentar visa cuando se requiera.

(...)

12. Pretender ingresar al país con información falsa, documentos falsos o sin la documentación legalmente exigida.

(...)

(...)

14. Haber salido del territorio nacional evadiendo el control migratorio.

(...)”.

Como se vio, si bien la conducta infractora de la normativa migratoria en la que incurrió la señora Yinzhen Zhou fue sancionada por Migración Colombia, lo cierto es que de conformidad con los elementos probatorios que obran en el expediente, la agenciada no representa una amenaza para la seguridad nacional, no fue deportada, ni tiene procesos penales en su contra.

5.5.9. En ese orden, la Sala reconoce y respeta el principio de soberanía del Estado Colombiano por virtud del cual es una facultad discrecional decidir que extranjeros pueden ingresar al territorio nacional, sin embargo, como lo ha dicho esta Corporación, tal potestad debe cumplirse con observancia de los derechos fundamentales que en determinados casos morigeran las reglas migratorias con el fin de conservar la vigencia de garantías superiores.

En consecuencia, no se trata de invadir competencias que le corresponden exclusivamente

al Gobierno Nacional ni mucho menos puede afirmarse que en el asunto sub examine la actuación de la Cancillería de Colombia es contraria a la ley, sino que la intervención de Juez Constitucional se sustenta en la necesidad de atemperar las actuaciones administrativas con miras a salvaguardar los derechos humanos, específicamente el derecho a la unidad familiar de una extranjera -ciudadana de origen chino- que no tiene más familia que la que reside en Colombia.

5.5.10. Por lo anterior, la Corte no puede pasar por alto los derechos que le asisten a la señora Yinzhen Zhou, quien depende económicamente de su hijo, el señor Xinghua Huang, máxime si se tiene en cuenta que sus nietas son colombianas por nacimiento, de modo que impedirle ingresar nuevamente al territorio nacional a pesar de acreditar los requisitos de ley por un error que cometió en el pasado no solo constituye una sanción adicional a la que ya había recibido por su permanencia irregular en el país, sino que desconoce el derecho a la unidad que le asiste a ella y a su grupo familiar, conformado por su hijo y nietas.

5.5.11. En consecuencia, la Sala revocará la decisión de instancia que negó el amparo solicitado por el señor Xinghua Huang, agente oficioso de la señora Yinzhen Zhou, a fin de proteger el derecho fundamental a la unidad familiar y ordenará a la Cancillería que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, expidan un salvoconducto a nombre de la señora Yinzhen Zhou para que pueda ingresar al país y den inicio a los trámites administrativos para regular su situación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Tebaida (Quindío), de fecha 24 de noviembre de 2014, la cual negó la tutela presentada por el señor Xinghua Huang. En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la unidad familiar de la señora señora Yinzhen Zhou, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Cancillería que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, expidan un salvoconducto a nombre de la señora Yinzhen Zhou para que pueda ingresar al país y den inicio a los trámites administrativos para regular su situación.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] “Sentencia T-1121 de 2003”.

[2] Corte Constitucional, sentencia T-1033 de 2010.

[3] Sentencias T-211 de 2009, T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-123 de 2010, T-130 de 2010, T-136 de 2010, T-916 de 2012, T-024 de 2013, T-884 de 2013, T-066 de 2014, T-398 de 2014, T-458 de 2014, SU-377 de 2014.

[4] En la sentencia SU-961 de 1999, se dijo que en todo caso “(...) el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales

características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”.

[5] Corte Constitucional, sentencias T-871 de 1999, T-069 de 2001, T-1268 de 2005, T-972 de 2006, T-074 de 2009, T-954 de 2010, T-177 de 2011, T-595 de 2011, T-890 de 2011 y T-205 de 2012, entre muchas otras.

[6] En la Sentencia T-1316 de 2001, este Tribunal decidió el caso de unos pensionados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que reclamaban el reajuste de su mesada y acudieron a la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo resolvía la demanda ordinaria interpuesta. Sin embargo, en aquella oportunidad se negó la solicitud de amparo porque se encontró que el mecanismo ordinario no resultaba “excesivamente gravoso en el caso específico” y por lo tanto no se estaba frente a un perjuicio irremediable.

[7] “Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786 de 2008 expresó: ‘Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad’. Así mismo, sobre las características que debe reunir el perjuicio irremediable, pueden consultarse las Sentencias T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-1316 de 2001, T-983 de 2001, entre otras”.

[8] “El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que ‘La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

[9] “Sentencia T-803 de 2002”.

[10] “Sentencia T-822 de 2002, reiterando lo dicho en la sentencia T-569 de 1992 la cual señaló lo siguiente: ‘De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable’.”

[11] Corte Constitucional, sentencia T634 de 2006.

[12] Corte Constitucional, sentencia T-225 de 1993.

[13] “Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999, T-1155 de 2000 y T-290 de 2005”.

[14] La Sala Quinta de Revisión, en sentencia T-397 de 2014, tuvo la oportunidad de referirse sobre este mismo tema. Por lo tanto, se reiteran los argumentos allí expuestos.

[15] Aunque el número de pronunciamientos en los que la Corte se ha referido a la agencia oficiosa es muy amplio, estos son algunos de los principales: T-044 de 1996, T-555 de 1996, SU-707 de 1996, T-315 de 2000, T-1012 de 2000, T-451 de 2001, T-531 de 2002, T-301 de 2003 y T-898 de 2003, T-312 de 2009, T-388 de 2012 y T-094 de 2013.

[16] Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2012.

[17] Corte Constitucional, sentencias T-312 de 2009 y T-094 de 2013, entre otras.

[18] Corte Constitucional, sentencia T-312 de 2009.

[19] “Sentencias T-451 de 2001 y T-301 de 2003”.

[20] “Sobre el particular, resultan relevantes las consideraciones de la sentencia T-044 de 1996”.

[21] Artículo 10 de la Carta Política.

[22] <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contentenciosos>

[23] Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, párrs. 161 y 175

[24] Incluso, según informó el perito Murillo, en países como México, Argentina, Costa Rica y Nicaragua, precisamente para dar contenido normativo al artículo 22.8, han adoptado normativa interna que consagra protección complementaria a extranjeros que no son refugiados pero que igualmente necesitan protección porque no pueden ser devueltos al país de origen o a un tercer país sin que ello implique un riesgo para su vida o su seguridad por alguno de los motivos protegidos en la Convención Americana. Cfr. Declaración pericial rendida por Juan Carlos Murillo ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 20 de junio de 2012.

[25] El Comité de Derechos Humanos ha considerado que no se puede extraditar, deportar, expulsar o remover de ninguna manera a una persona del territorio de un Estado si existen motivos suficientes para creer que existe riesgo de daño irreparable contra sus derechos, y sin antes tomar en consideración los alegatos de la persona sobre el riesgo existente. Cfr. Jonny Rubin Byahuranga Vs. Dinamarca, CCPR/C/82/D/1222/2003, Comité de Derechos Humanos de la ONU, 98° periodo de sesiones 18 de octubre a 5 de noviembre de 2004, párr. 11.3; Jama Warsame Vs. Canadá, CCPR/C/102/D/1959/2010, Comité de Derechos Humanos de la ONU, 102° periodo de sesiones, 11 a 29 de julio de 2011, párr. 8.3.

[27] Corte Constitucional, sentencias T-871 de 1999, T-069 de 2001, T-1268 de 2005, T-972 de 2006, T-074 de 2009, T-954 de 2010, T-177 de 2011, T-595 de 2011, T-890 de 2011 y T-205 de 2012, entre muchas otras.

[28] Por la cual se adoptan los requisitos para todas y cada una de las clases de visas contempladas en el Decreto número 834 del 24 de abril de 2013 modificado por los Decretos números 132 de 30 de enero de 2014, 941 del 21 de mayo de 2014, 2477 del 2 de diciembre de 2014 y se dictan otras disposiciones.

[29] “ARTICULO 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

[30] “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la

misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

[31] “ARTICULO 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

[32] “ARTICULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

(...)”.

[33] “ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

(...)”.

[34] “ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

(...)”.

[35] “ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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

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

[36] Artículo 93 de la Constitución Política.

[37] Promulgado mediante Decreto 509 de 1996.

[38] Aprobada mediante Ley 146 de 1994.

[39] Aprobada mediante Ley 169 de 1994.

[40] Aprobada mediante Ley 248 de 1995.

[41] Aprobado mediante Ley 265 de 1996.

[42] Aprobado mediante Ley 319 de 1996.

[43] Aprobada mediante Ley 449 de 1998.

[45] Aprobado mediante Ley 765 de 2002.

[46] Cfr. Sentencia C-289 de 2000.

[47] Cfr. Sentencia C-271 de 2003.

[48] Ibídem.

[49] Cfr. Sentencia C-660 de 2000.

[50] Ibídem.

[51] Cfr. Sentencia T-290 de 1993.

[52] Cfr. Sentencia T-049 de 1999.

[53] Cfr. Sentencia T-572 de 2009.

[54] T-527 de 2009

[55] Sentencia C-652 de 1997.

[56]“ARTICULO 100. 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.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.”

[57] “(...) Para lo que respecta al caso analizado, debe hacerse especial referencia al marco que los derechos humanos otorgan a la permanencia de la unidad familiar. A este respecto, el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “[l]os Estados

Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.” Acerca de esta alternativa legal para la separación de la unidad familiar, el mismo artículo ordena a los Estados partes a que en la aplicación del procedimiento correspondiente “...se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.”

(...)

A partir de las anteriores previsiones, la Sala encuentra que el derecho constitucional de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separado de ella, debe ser interpretado de forma tal que (i) garantice en todo momento que el menor mantenga el contacto y unión familiar con sus progenitores; (ii) para la validez constitucional de la separación de su grupo familiar, deba acreditarse que esa es la única medida posible para garantizar el interés superior del menor afectado; y (iii) cuando la separación sea consecuencia de una actuación legal contra alguno de los padres, como sucede en los casos de la privación de la libertad o la deportación, la misma tiene que ser estrictamente necesaria, someterse a las reglas y procedimientos aplicables, así como contar con la posibilidad de un control judicial en donde los interesados cuenten con instancias de participación en la decisión que deba adoptarse.

Conforme lo expuesto, la posibilidad que desde el Estado se realicen intervenciones en la unidad familiar (i) es excepcional; (ii) debe responder a la necesidad de cumplir con fines constitucionalmente imperiosos; (iii) debe haber estado precedida de la satisfacción de los requerimientos constitucionales y legales exigidos a la intervención correspondiente; y (iv) debe mostrarse compatible con la protección del interés superior del menor. Este interés, del mismo modo, opera como un parámetro para la interpretación de las normas legales que fundamentan la intervención en la unidad familiar. De allí que toda actividad estatal que se base en esas disposiciones, por ejemplo aquellas que determinan las modalidades de privación de la libertad, las reglas sobre custodia o, lo que interesa particularmente para

el caso analizado, el régimen migratorio, deben interpretarse a partir de un criterio pro infans, esto es, que privilegie la maximización de la garantía de los derechos de niños y niñas.”

[58] Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 97.

[59] Ibídem, nota supra 2, párr. 154.

[60] Ibídem, nota supra 5, párr. 143.

[62] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, OEA/Ser./L/V/II.111, 16 Abril 2001, Párr. 92.

[63] Decreto 834 de 2013.

“Artículo 27. Permanencia irregular. Considerase irregular la permanencia de un extranjero en territorio nacional en los siguientes casos:

1. Cuando se dan los supuestos mencionados en el artículo 19 del presente decreto.
2. Cuando el extranjero habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo.
3. Cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa.
4. Cuando el permiso otorgado al extranjero ha sido cancelado de conformidad con lo indicado en el artículo 26 del presente decreto.”