

Sentencia T-351/19

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS Y CONTROL MIGRATORIO DE NACIONALES VENEZOLANOS
EN EL ESTADO COLOMBIANO-Permiso Especial de Permanencia -PEP-

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

REGIMEN MIGRATORIO EN COLOMBIA-Generalidades

PERMISO ESPECIAL DE PERMANENCIA -PEP--Control migratorio de nacionales venezolanos en el Estado colombiano

El fenómeno migratorio que está viviendo el Estado colombiano con los nacionales venezolanos debido a la situación de orden interno y la crisis social, política y económica que vive el vecino país, el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de establecer mecanismos de facilitación migratoria que permitan a los nacionales venezolanos permanecer en Colombia de manera regular y ordenada, previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos en la ley. Es así como el 25 de julio de 2017 el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 5797 mediante la cual ordenó la creación del Permiso Especial de Permanencia -PEP, otorgable únicamente a los nacionales venezolanos que cumplan con los siguientes requisitos: i) encontrarse en el territorio colombiano a la fecha de publicación del referido acto administrativo; ii) haber ingresado al territorio nacional por puesto de control migratorio habilitado con pasaporte; (iii) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; y (iv) no tener una medida de expulsión o deportación vigente.

DERECHOS DE EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Contenido/DERECHOS DE EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Alcance

El artículo 100 de la Constitución consagra un mandato de igualdad expreso entre extranjeros y nacionales, pero autoriza la posibilidad de establecer un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales cuando existan suficientes razones que lo justifican. De lo contrario, toda diferenciación realizada con fundamento en la nacionalidad

se entenderá inadmisibles por basarse en un criterio sospecho de discriminación. En todo caso, los no nacionales tienen la responsabilidad de cumplir con los deberes que el legislador establece para todos los que se encuentran en el territorio colombiano en cuanto al acatamiento de la Constitución, las leyes y el respeto a las autoridades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 superior.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Contenido y alcance

Esta Corporación en Sentencia T-283 de 2013 advirtió que del contenido y alcance del derecho de acceso a la administración de justicia se deriva un conjunto de obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos, las cuales se traducen en los siguientes compromisos: i) La obligación de respetar. El derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar decisiones que impiden o dificulten el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género o la nacionalidad.

ii) La obligación de proteger. Requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho.

iii) La obligación de realizar. Implica el deber del Estado de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo el goce del mismo. Lo anterior, por medio de la adopción de normas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.

DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE EXTRANJEROS-Orden de reconocer a ciudadana venezolana Permiso Especial de Permanencia -PEP- como medio de prueba para acudir a la justicia ordinaria laboral

Referencia: Expediente T-7.200.233

Acción de tutela instaurada por Maderleins Nazaret Briceño Barrio en contra de las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, la Oficina de Apoyo Judicial de

Barrancabermeja y el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, Santander.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., primero (1) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, 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 siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas en primera instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) y en segunda instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el dieciséis (16) de enero de dos mil diecinueve (2019), en el proceso de tutela de la referencia.

La acción de tutela fue seleccionada para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte Constitucional[1] mediante Auto proferido el diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019), notificado por estado el dos (2) de mayo de la misma anualidad. Lo anterior, luego del estudio hecho a la insistencia presentada por el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo por la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, al acceso a la administración de justicia y a “la protección especial de personas en estado de vulnerabilidad” de la accionante y su menor hijo, presuntamente conculcados por las autoridades accionadas al negarse a darle validez al Permiso Especial de Permanencia -PEP-[2] como documento idóneo para acreditar la identificación de los ciudadanos extranjeros en Colombia por no presentarse junto con el pasaporte.

I. ANTECEDENTES

La señora Maderleins Nazaret Briceño Barrios de nacionalidad venezolana en nombre propio y en representación de su menor hijo Gabriel Alejandro Rivera Briceño formuló acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de los niños, al acceso a la administración de justicia y a “la protección especial de personas en estado de vulnerabilidad” por cuanto las autoridades accionadas se negaron a reconocer el Permiso Especial de Permanencia -PEP- expedido por Migración Colombia como medio idóneo para acreditar su identidad en el territorio nacional, al argumentar que el referido permiso debe acompañarse por pasaporte o documento nacional de identidad.

1.1. La accionante identificada con documento de ciudadanía de la República de Venezuela No. 24449694 informó que desde el 16 de septiembre de 2013 se encuentra domiciliada en la ciudad de Barrancabermeja, Santander, municipio donde actualmente reside con su hijo menor de edad.

1.2. La peticionaria aseguró que sostuvo una relación sentimental con el señor Guillermo Rivera Bran, con quien convivió desde el año 2009 y procreó a su hijo Gabriel Alejandro Rivera Briceño de nacionalidad colombiana.

1.3. La actora manifestó que su ex compañero permanente suscribió un contrato de trabajo con la Asociación para la Enseñanza ASPAEN - Colegio Rosario, para desempeñar las funciones de “oficios varios”. Sin embargo, el 23 de mayo de 2016 mientras realizaba las labores para las cuales fue contratado sufrió un accidente que le causó la muerte.

1.4. La señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio aduce que solicitó a las accionadas autenticación de poder de representación con la finalidad de contratar a un abogado para que en su nombre iniciara una acción de declaración de la unión marital de hecho que sostuvo con su fallecido compañero.

Lo anterior, con el objeto de acreditar la legitimación en la causa por activa para iniciar un proceso ordinario laboral en busca de que se declare que el accidente sufrido por su pareja y que le ocasionó la muerte, obedeció a una causa imputable a su empleador; en consecuencia, se le condene al pago de una indemnización por los perjuicios morales y materiales causados.

1.5. La actora adujo que las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, la

Oficina de Apoyo Judicial y el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja le informaron que el Permiso Especial de Permanencia –PEP– debía presentarse en compañía de su pasaporte o del documento nacional de identidad para proceder a autenticar el poder de representación o colocar la nota de presentación.

1.6. La accionante indicó que no cuenta con ninguno de los documentos requeridos pues desde el 19 de octubre de 2016 radicó en el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería – SAIME de Venezuela la documentación necesaria para obtener su pasaporte, sin que a la fecha de la interposición de la acción de tutela de la referencia la entidad competente haya efectuado su entrega por razones imputables a la crisis política, económica y social de su país.

1.7. La demandante manifestó que mediante derecho de petición[3] le solicitó a las entidades accionadas que le informaran una alternativa legal o jurídica para acceder a la administración de justicia en Colombia a fin de obtener el resarcimiento integral de los perjuicios causados a ella y a su menor hijo por la muerte de su compañero.

1.8. La actora indicó que las autoridades demandadas le informaron[4] que de conformidad con los Decretos 834 de 2013[5] y 1067 de 2015[6] los únicos documentos válidos para fines de identificación de los extranjeros en territorio nacional son el pasaporte y la cédula de extranjería. También le comunicaron que según el artículo 5º de la Resolución 5797 de 2017[7] el Permiso Especial de Permanencia –PEP– debe ser presentado ante las autoridades colombianas en compañía del pasaporte o documento nacional de identidad cuando se pretenda la identificación de nacionales venezolanos en Colombia.

1.9. La accionante argumentó que la justificación jurídica alegada por la parte demandada no resulta pertinente comoquiera que el Permiso Especial de Permanencia –PEP– a su nombre fue expedido por el Estado colombiano[8] por lo debe entenderse que reúne plenos efectos para adelantar las diligencias de autenticación del poder que requiere su abogado, sin que a su juicio sea necesario que su presentación esté acompañada del pasaporte o el documento nacional de identidad.

Por lo anterior, solicitó la protección de los derechos fundamentales “al acceso a la administración de justicia, a la protección especial de personas en estado de vulnerabilidad y por la violación a los derechos de los niños”. En consecuencia, se ordene a las

autoridades accionadas “coloquen nota de presentación y/o autenticación a los documentos requeridos por la suscrita” para “adelantar las acciones judiciales y extrajudiciales necesarias para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a nosotros por la muerte el día 23 de mayo de 2016 del señor GUILLERMO RIVERA BRAN (Q.E.P.D), cuando éste se encontraba laborando para la ASOCIACIÓN PARA LA ENSEÑANZA ASPAEN COLEGIO ROSARIO, exhibiendo para dichos efectos el Permiso Especial de Permanencia expedido por Migración Colombia”; asimismo, para “acceder a la administración de justicia y/o para adelantar trámites judiciales de cualquier índole, exhibiendo para dichos efectos el Permiso Especial de Permanencia expedido por Migración Colombia”[9].

2. Contestación de la demanda

Mediante Auto del siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó correr traslado a: i) las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja; ii) la Oficina de Apoyo Judicial de Barrancabermeja; y, iii) al Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, Santander, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

Asimismo, ordenó la vinculación al trámite tutelar de: i) la Embajada República Bolivariana de Venezuela en Colombia; ii) el Consulado de la República Bolivariana de Venezuela en Bucaramanga; iii) el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF; y iv) el Ministerio de Relaciones Exteriores – Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

En cumplimiento de lo ordenado en la citada providencia, se recibieron las siguientes respuestas:

2.1. Notaría Primera de Barrancabermeja

La Notaria Primera Encargada del Círculo de Barrancabermeja, mediante escrito del nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)[10], se refirió a los hechos y pretensiones y solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

La entidad accionada manifestó que el servicio notarial de reconocimiento de contenido y firma de documento (autenticación) se encuentra debidamente reglado; circunstancia esta

que obliga al usuario que pretenda acceder al mismo a identificarse con los documentos exigidos por la ley.

La parte demandada señaló que el Decreto 1067 de 2015 preceptúa que para la identificación de extranjeros se requiere la presentación del pasaporte vigente o documento nacional de identidad. También aclaró que en el caso particular de los venezolanos el Permiso Especial de Permanencia –PEP– no los exime de su obligación de aportar los documentos referidos para surtir cualquier trámite notarial, en cumplimiento de la Resolución 5797 de 2017.

Sobre el caso objeto de estudio, la autoridad aclaró que no fue posible prestar el servicio notarial requerido pues la accionante no aportó ninguno de los documentos que la ley colombiana exige para que un extranjero se identifique en el país.

Por lo anterior, la demandada solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela de la referencia al argumentar que no existió vulneración de los derechos que alega la peticionaria por parte de ese despacho notarial. Aunado a lo anterior, también informó que el derecho de petición formulado el 13 de septiembre de 2018 por la ahora accionante fue resultado en el término establecido en la ley.

2.2. Ministerio de Relaciones Exteriores – Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

El nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)[11] el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia[12] – UAEMC se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda y solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

La autoridad vinculada indicó que en atención a la situación fáctica expuesta por la demandante solicitó a la Regional Oriente un informe sobre la condición migratoria de Maderliens Nazaret Briceño y el niño Gabriel Alejandro Rivera Briceño.

El Ministerio manifestó que una vez allegada la información requerida se pudo inferir que “la accionante y GABRIEL ALEJANDRO RIVERA BRICEÑO BARRIO (sic) se encuentran en condición migratoria irregular, al no haber ingresado por puesto habilitado por lo cual, es

necesario que, por intermedio de su Despacho, se conmine a la accionante y su núcleo familiar a que se acerquen al Centro Facilitador de Servicios Migratorios más cercano de su jurisdicción para definir su condición migratoria, e iniciar los trámites correspondientes para regularizar su permanencia en el país, esto es solicitar la visa correspondiente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia”[13].

Finalmente, la UAEMC aclaró que la accionante debe adelantar el trámite administrativo migratorio pertinente para poder expedir el salvoconducto que le permitirá permanecer en el territorio nacional y solicitar la respectiva visa ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Por lo anterior, aseguró no ha vulnerado los derechos sobre los cuales se pretende la protección en esta oportunidad y solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva al argumentar que carece de competencia para atender las pretensiones de la demandante.

2.3. Notaría Segunda de Barrancabermeja

El nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)[14] el Notario Segundo del Círculo de Barrancabermeja presentó escrito de contestación al asunto de la referencia y manifestó su oposición a las pretensiones de la accionante.

La autoridad notarial indicó que el Permiso Especial de Permanencia -PEP- que ostenta la peticionaria debe estar acompañado del pasaporte, el documento nacional de identidad, la cédula de ciudadanía o un carné diplomático según la Resolución 5797 de 2017 para verificar su identidad y acceder a realizar el acto notarial de autenticación de poder de representación.

Por lo anterior, afirmó que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora pues su actuación se ajustó a lo establecido en la Resolución 5797 de 2017 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y en ejercicio de sus funciones no puede apartarse de la ley para solucionar una situación particular.

2.4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF

La Directora Regional Santander del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, mediante escrito del nueve (9) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)[15], se refirió a

los hechos y pretensiones de la acción de tutela y alegó falta de legitimación en la causa por pasiva al asegurar que no ha tenido relación alguna con los accionantes.

El ICBF aclaró que de la situación fáctica expuesta en la tutela se observa que las llamadas a atender las pretensiones en esta oportunidad son las autoridades accionadas.

La entidad vinculada argumentó que en el presente caso existe una indebida integración del contradictorio al no evidenciarse una justificación razonable frente a la vinculación hecha al ICBF como agente vulnerador de los derechos alegados por la peticionaria.

Aunado a lo anterior, el Instituto vinculado manifestó que se ofició al Centro Zonal La Floresta del Municipio de Barrancabermeja a fin de realizar la respectiva verificación de los derechos del hijo de la actora. Una vez constatada la situación del menor Gabriel Alejandro Rivera Briceño se encontró que no tiene vulnerados los derechos fundamentales.

2.5. Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja

El trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)[16] el juzgado accionado presentó escrito de contestación al asunto de la referencia.

De forma sucinta la autoridad judicial informó que el 19 de septiembre de 2018 dio respuesta a un derecho de petición elevado por la accionante en el que se le indicó que no era posible suscribir nota de presentación pues el Permiso Especial de Permanencia -PEP- no es un documento idóneo para certificar su identidad.

Aunado a lo anterior, el demandado manifestó que al resultar imperioso que la peticionaria allegara algún documento legalmente válido en Colombia para acreditar su identidad como extranjera ante una autoridad colombiana, se le señalaron las normas que regulan la materia para que procediera con el cumplimiento de algunos de los requisitos establecidos para su plena identificación.

2.6. Oficina de Apoyo Judicial de Barrancabermeja

El Jefe de la Oficina de Servicios Judiciales, mediante escrito del trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)[17], dio contestación a la acción de tutela objeto de revisión.

La entidad accionada informó que el 13 de septiembre de 2018 se le indicó a la accionante sobre la necesidad de allegar un documento de identificación válido en Colombia para la suscripción de la nota de presentación personal que requiere con el fin de iniciar los trámites judiciales descritos en la tutela. Lo anterior, al constatar que no era posible acreditar legalmente su identidad pues no aportó ninguno de los documentos que la normativa vigente impone a los extranjeros en estos casos.

3. Pruebas aportadas por la accionante y valoradas por los jueces de instancias

Se allegaron los siguientes documentos: (i) copia de la cédula de ciudadanía de Guillermo Rivera Bran, quien fuera el compañero permanente de la peticionaria; (ii) copia del Permiso Especial de Permanencia –PEP– de la accionante, expedido por Migración Colombia; (iii) copia del registro civil de nacimiento de menor Gabriel Alejandro Rivera Briceño; (iv) copia del registro civil de defunción de Guillermo Rivera Bran; (v) constancia de tramitación del pasaporte de la actora, proferida por el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería de Venezuela; (vii) Comprobante del registro administrativo de migrantes venezolanos en Colombia; (viii) copia de los derechos de petición formulados por la demandante ante las autoridades accionadas y de las respuestas proferidas.

4. Sentencias objeto de revisión

4.1. Primera Instancia

Mediante providencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga negó el amparo de los derechos fundamentales deprecados en la acción de tutela promovida por Maderleins Nazaret Briceño Barrio en contra de las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, la Oficina de Apoyo Judicial de Barrancabermeja y el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, Santander.

Luego de referirse al contenido de los artículos 17 del Decreto 0834 de 2013 y 5º de la Resolución 5797 de 2017 y de analizar los elementos fácticos el juez de primera instancia precisó que las autoridades accionadas actuaron bajo la normativa que regula la materia.

La autoridad judicial advirtió que la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio no cuenta con

su pasaporte venezolano, documento indispensable para poder identificarse en Colombia. Asimismo, resaltó que la peticionaria se encontraba establecida en este país desde hace más de 5 años sin que se observara que hubiere realizado mayor gestión para lograr la expedición y entrega de su pasaporte.

El Tribunal indicó que según el informe de Migración Colombia la accionante y su menor hijo “no registran historia de extranjero, ni movimiento migratorio de ingreso legal al país, ni pre registro de tarjeta de movilidad fronteriza, ni permiso especial de permanencia PEP, razón por la que en principio se considera que su permanencia en este país es irregular y debe tramitar ante las autoridades competentes la regulación de su permanencia en Colombia”[18].

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga enfatizó que en los casos en que se requiera apoderado especial para acceder a la administración de justicia es necesario cumplir con las normalidades establecidas en la ley. Por lo anterior, afirmó que la peticionaria debe poder identificarse ante la autoridad competente si desea obtener la nota de presentación personal como otorgante del poder de representación.

El juez de primera instancia concluyó que la accionante no se encuentra plenamente identificada en Colombia pues el Permiso Especial de Permanencia -PEP- debe estar acompañado del pasaporte o del documento nacional de identidad.

Por lo anterior, el a quo sugirió a la demandante agotar el trámite pertinente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia a efectos de lograr regularizar su situación migratoria e identificación plena en este país, y así poder acceder a la administración de justicia.

4.2. Impugnación

La señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio presentó escrito de impugnación en el que afirmó que está plenamente demostrado que su ingreso a Colombia no fue irregular pues llegó a este país en el año 2013 con un documento denominado “pase andino” y desde el 3 de agosto de 2017 cuenta con el Permiso Especial de Permanencia -PEP-, actualizado el 28 de septiembre de 2018.

La accionante informó que la Personería Municipal de Barrancabermeja realizó un censo programado por Migración Colombia para la población venezolana en ese municipio, diligencia en la cual se registró y se le entregó el carné número 1365548.

La peticionaria arguyó que el 19 de octubre de 2016 radicó ante el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería - SAIME, entidad encargada de la expedición de los pasaportes en Venezuela, la información y documentos necesarios para obtener su pasaporte, sin que a la fecha se haya hecho efectiva su entrega pues “en el vecino país se encuentran frenadas las entregas de pasaportes a ciudadanos venezolanos”[19].

La demandante aseguró que no puede adelantar ningún trámite ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia para efectos de obtener algún tipo de visa pues debe contar previamente con su pasaporte; circunstancia esta que por el momento no es posible superar debido a la crisis política y administrativa de su país natal.

Finalmente, la actora indicó que era injusto no poder acceder a la administración de justicia colombiana por una causa que no le es atribuible pues “obedece a políticas arbitrarias a las que estoy sometida por ser ciudadana venezolana, causándonos de esta forma un perjuicio irremediable”[20]. Por lo anterior, insistió en que se despachen favorablemente las pretensiones formuladas en el escrito de tutela.

4.3. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del dieciséis (16) de enero de dos mil diecinueve (2019), resolvió confirmar el fallo impugnado por las razones que se exponen a continuación:

El juez de segunda instancia destacó que la accionante le asistía razón al argumentar que el a quo erró al sostener que no contaba con el Permiso Especial de Permanencia -PEP- pues de los documentos aportados al expediente se evidencia que el mismo fue expedido el 3 de marzo de 2017 y actualizado el 28 de septiembre de 2018. Asimismo, afirmó que de su tenencia dan cuenta las autoridades accionadas al señalar que la peticionaria presentó el referido permiso al momento de solicitar la autenticación y/o nota de presentación personal.

La Corte Suprema de Justicia afirmó que cualquier persona en un país que no es el suyo debe contar con un pasaporte o documento de viaje válido para verificar su plena identidad, indicando que en Colombia tal requisito está consagrado en el artículo 17 del Decreto 0834 de 2013.

El ad quem indicó que en el caso concreto de los venezolanos el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Resolución 5797 de 2017 creó el Permiso Especial de Permanencia -PEP-, documento que como dicta la norma citada debe ser presentado ante las autoridades colombianas en compañía del pasaporte o documento nacional de identidad para efectos de identificar a los nacionales venezolanos en el territorio colombiano.

En ese orden, el juez de segunda instancia consideró que no se evidencia vulneración alguna sobre los derechos fundamentales de la accionante pues las autoridades accionadas en ejercicio de sus funciones estaban en la obligación de constatar, como en efecto lo hicieron, si la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio acreditaba su identidad, lo cual no logró demostrar; circunstancia esta que resulta suficiente para no acceder a la autenticación o nota de presentación requerida por la actora.

Finalmente, el ad quem concluyó que la determinación de los accionados no denota arbitrariedad alguna que por su envergadura imponga la intervención del juez constitucional; toda vez que la misma se efectuó en cumplimiento de las exigencias de la ley colombiana a la que están sometidos los nacionales y extranjeros sin excepción alguna. Aunado a lo anterior, invitó a la peticionaria a insistir en la expedición de su pasaporte pues “de ello depende que las autoridades colombianas, le permitan el acceso a la administración de justicia que requiere”[21].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala Séptima de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso

La señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio, ciudadana venezolana, formuló acción de tutela en nombre propio y en representación de su menor hijo Gabriel Alejandro Rivera Briceño para la protección de los derechos fundamentales de los niños, al acceso a la administración de justicia y a “la protección especial de personas en estado de vulnerabilidad”, por cuanto las autoridades accionadas se negaron a reconocer el Permiso Especial de Permanencia -PEP- como documento único e idóneo para acreditar su identidad como de ciudadana extranjera en Colombia.

Los accionados afirman que el Permiso Especial de Permanencia -PEP- otorgado en calidad de extranjera residente en Colombia no es un documento idóneo para acreditar la identidad de quien lo porta; circunstancia esta que impide adelantar algún trámite legal para autenticar o colocar nota de presentación.

Asimismo, los accionados coincidieron en indicar que debe aportar para tal efecto el pasaporte o el documento nacional de identidad. Lo anterior, al argumentar que el Decreto 0834 de 2013 y la Resolución 5797 de 2017, normativa vigente en materia de migrantes venezolanos, estipula que el referido permiso de permanencia debe presentarse en compañía de alguno de los referidos documentos.

La accionante indicó que no cuenta con el pasaporte requerido pues desde el 19 de octubre de 2016 radicó en el Servicio Administrativo de Identificación Migración y Extranjería -SAIME de Venezuela la documentación necesaria para su expedición; sin embargo, a la fecha de la interposición de la acción de tutela de la referencia no se ha efectuado su entrega por razones imputables a la crisis política, económica y social de su país.

La demandante insiste en que requiere con carácter urgente los servicios profesionales de un abogado para que en su nombre formule acción de declaración de la unión marital de hecho y se reconozca la relación que sostuvo con su fallecido compañero y así contar con la legitimación en la causa por activa para iniciar un proceso ordinario laboral en busca de que se declare que el accidente sufrido por su compañero y que le ocasionó la muerte, obedeció a una causa imputable a su empleador.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación por activa

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[22], la jurisprudencia constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que toda persona tiene el derecho constitucional de acudir a la acción de tutela con el fin de reivindicar la protección de sus derechos fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados. No obstante, es necesario cumplir con el requisito de legitimación en la causa por activa, esto es, estar legitimado para poder interponer dicho amparo constitucional, lo cual se cumple en ciertas circunstancias:

(ii) cuando la acción es interpuesta a través de representantes legales, como en el caso de personas jurídicas, menores de edad, incapaces absolutos o interdictos;

(iii) cuando se ejerce este derecho mediante un apoderado judicial, esto es, de abogado titulado, previo el otorgamiento del correspondiente poder para ello; y finalmente,

(iv) cuando la acción de tutela es interpuesta por un agente oficioso, como cuando las personas no están capacitadas o habilitadas para hacerlo directamente y lo hacen a través de agentes del Ministerio Público que velan por el interés general[23].

A su vez, la Corte ha establecido que la acción de tutela puede ser ejercida por ciudadanos extranjeros: “En tal sentido, esta Corporación ha considerado que (i) cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto ‘Los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas’[24] (...)”[25]. Así, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en Sentencia T-380 de 1998 concluyó que el artículo 86 de la Constitución se refiere al derecho que tiene toda persona a solicitar el amparo constitucional, sin diferenciar si se trata de un nacional o de un extranjero, en la medida en que todos son titulares de derechos fundamentales[26].

En el presente caso, la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio, ciudadana venezolana, acude a la acción de tutela con un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que puede establecerse sin dificultad que lo que reclama es la protección de su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia al encontrarse legitimada para el efecto.

Ahora bien, cuando la acción de tutela se interpone en nombre de un menor, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está legitimada “para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño”[27].

Bajo ese contexto, la Sala encuentra que en el caso objeto de revisión la peticionaria actúa en defensa de los derechos fundamentales de su menor hijo Gabriel Alejandro Rivera Briceño, por tanto, está facultada para invocar la protección de los mismos ante la presunta vulneración en la que incurrieron las autoridades accionadas.

3.2. Legitimación por pasiva

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública e incluso contra particulares[28]. En sede de tutela, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada.

En el caso objeto de análisis, se advierte que los accionados son autoridades públicas o particulares que ejercen funciones públicas con “autoridad pública” encaminadas a otorgar la nota de presentación o la autenticación de documentos según lo establece la ley, y por tanto están legitimados por pasiva para actuar en este proceso.

2.3. Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas en Colombia. Adicionalmente, el Decreto 2591 de 1991 determina que solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial pues su carácter es subsidiario y excepcional; en esa medida, su procedencia está sujeta al agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, así como al principio de inmediatez.

En el caso concreto se cuestiona la negativa de las autoridades notariales y judiciales

accionadas a autenticar o colocar nota de presentación a un poder otorgado por una ciudadana venezolana a un abogado para que ejerza su representación legal por no contar con su pasaporte; circunstancia esta que considera la accionante vulnera su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

Debe observarse que en el presente caso se está buscando la protección de un derecho de rango fundamental, como el acceso a la administración de justicia. Asimismo, la actora pretende obtener mediante la acción de declaración de unión marital de hecho la legitimación en la causa por activa para actuar en otros trámites judiciales en la salvaguarda de sus derechos e intereses.

En consecuencia, los hechos alegados por la accionante requieren de un mecanismo expedito y efectivo que dé solución a la problemática, en razón a que las situaciones afirmadas implican la falta de acceso a un servicio público de vital importancia, así como la imposibilidad de ejercer los mecanismos judiciales para la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

En ese contexto, esta Sala estima que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela mediante el cual la peticionaria pueda lograr la protección de la referida garantía fundamental.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que el asunto que ocupa a esta Corporación adquiere una relevancia iusfundamental que activa la competencia del juez de tutela, en tanto lo que se estudia es la posible vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio y al no disponer de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo, la Sala Séptima de Revisión considera que se acredita el requisito de subsidiariedad y, en consecuencia, pasará a examinar a fondo el asunto.

3.4. Inmediatez

En el presente caso, se observa que la última actuación desplegada por la accionante con el fin de obtener la nota de presentación o autenticación del poder de representación se surtió el 13 de septiembre de 2018 mediante derecho de petición formulado a las accionadas,

cuya última respuesta fue proferida por la Notaría Primera de Barrancabermeja el 27 de septiembre de 2018. La acción de tutela fue presentada el seis (6) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), es decir, 40 días después, terminó que, según la jurisprudencia de esta Corte resulta oportuno, justo y razonable.

En suma, la acción de tutela resulta formalmente procedente pues (i) existe legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) se cumple la exigencia de subsidiariedad, dado que la accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa idóneo y eficaz para obtener el amparo de los derechos fundamentales invocados. Así mismo, (iii) se satisface el presupuesto de inmediatez, pues la acción de amparo se formuló en un término oportuno, justo y razonable.

4. Planteamiento del problema jurídico

4.1. Le corresponde a la Sala Séptima de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿ Las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, la Oficina de Apoyo Judicial de Barrancabermeja y el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja vulneraron el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de Maderleins Nazaret Briceño al negarse a autenticar o colocar nota de presentación a un poder otorgado en calidad de ciudadana venezolana a un abogado para que ejerza su representación legal en distintos trámites judiciales, por no cumplir con el requisito previsto en el artículo 5º de la Resolución 5797 de 2017, esto es, aportar el Permiso Especial de Permanencia -PEP- en compañía de su pasaporte o documento nacional de identidad, pese a que la accionante alega que ya realizó el proceso para su expedición ante la autoridad venezolana competente y desde el 2 de noviembre de 2016 se encuentra en espera para su impresión?

4.2. Para resolver el problema jurídico, la Sala examinará (i) el marco legal migratorio en Colombia; (ii) el control migratorio de nacionales venezolanos en el Estado colombiano, Permiso Especial de Permanencia -PEP; (iii) derechos de los extranjeros y su protección constitucional; (iv) el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, el principio de la justicia material y la prevalencia del derecho sustancial; (v) el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado social de derecho; (vi) la excepción de inconstitucionalidad, para luego realizar el análisis del caso en concreto.

5. Marco legal migratorio en Colombia.

El numeral 2º del artículo 189 de la Constitución establece que al Presidente de la República le corresponde dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo cual incluye la facultad de definir políticas migratorias que regulen el ingreso, la permanencia y la salida de personas de su territorio.

En desarrollo de lo anterior, se expidió el Decreto 4000 de 2004[29] que establecía las siguientes clases de visas, otorgables a los no nacionales bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley: (i) temporal; (ii) negocios; (iii) tripulante; (iv) residente; (v) visitante y (vi) cortesía. La anterior norma fue derogada por el Decreto 834 de 2013, reduciendo a tres los tipos de visas otorgadas a los extranjeros: negocios (NE); temporal (TP) y residente (RE).

En virtud de que el Consejo de Mercado Común de Mercosur decidió atribuir a la República de Colombia la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, el Ministerio de Relaciones Exteriores dictó el Decreto 941 de 2014[30] mediante el cual incluyó la visa TP-15 que se otorga a los extranjeros de los Estados Partes de MERCOSUR y sus asociados, que vayan a ingresar o hubieran ingresado al territorio nacional con la finalidad de solicitar su residencia en el territorio colombiano.

Posteriormente, el Gobierno Nacional promulgó el Decreto 1067 de 2015, mediante el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. El objeto de este decreto es compilar la normatividad vigente expedida por el Gobierno Nacional mediante las facultades reglamentarias conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes.

El Decreto 1067 de 2015 define el concepto de ingreso irregular y determina los casos en los que un extranjero se encuentra en esa situación en el territorio colombiano. En efecto, el artículo 2.2.1.11.2.4 señala que se considera irregular el ingreso al país cuando: (i) se realice por un lugar no habilitado para ello; (ii) se realice por un lugar habilitado pero se evada u omite el control migratorio; y (iii) no se cuente con la correspondiente documentación o se verifique que la misma es falsa.

Adicionalmente, señala que un extranjero se encuentra en permanencia irregular en los siguientes casos:

“1. Cuando se dan los supuestos mencionados en el artículo 2.2.1.11.2.4 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 2.2.1.11.2.11 del presente decreto[31]”.

El Gobierno Nacional mediante Decreto Ley 4062 de 2011 creó la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, organismo civil de seguridad adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores cuyo objetivo es ejercer las funciones de vigilancia y control migratorio y de extranjería del Estado colombiano.

El artículo 4 del citado decreto establece las funciones en materia migratoria, entre las cuales se destaca la vigilancia y el control migratorio de nacionales y extranjeros en el territorio nacional; así como el registro y verificación de su identificación en Colombia.

A la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia le corresponde expedir los documentos relacionados con cédulas de extranjería, salvoconductos y prórrogas de permanencia y salida del país, certificado de movimientos migratorios, permiso de ingreso, registro de extranjeros y los demás trámites de migración y extranjería que sean asignados a la entidad, dentro de la política que para tal efecto establezca el Gobierno Nacional.

Aunado a lo anterior, el artículo 2 del Decreto 1325 de 2016[32] establece que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia desarrollará lo concerniente a los tipos, características y requisitos para el otorgamiento de los permisos de ingreso y permanencia, permisos temporales de permanencia a los visitantes extranjeros que no requieran visa y que ingresen al territorio nacional sin el ánimo de establecerse en él, y los permisos de ingreso de grupos en tránsito.

En cumplimiento del referido mandato legal, y teniendo en cuenta el fenómeno migratorio que está viviendo el Estado colombiano con los nacionales venezolanos debido a la situación de orden interno y la crisis social, política y económica que vive el vecino país, el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de establecer mecanismos de facilitación migratoria que permitan a los nacionales venezolanos permanecer en Colombia de manera regular y ordenada, previo cumplimiento de determinados requisitos establecidos en la ley.

Es así como el 25 de julio de 2017 el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 5797 mediante la cual ordenó la creación del Permiso Especial de Permanencia -PEP, otorgable únicamente a los nacionales venezolanos que cumplan con los siguientes requisitos:

- i) encontrarse en el territorio colombiano a la fecha de publicación del referido acto administrativo;
- ii) haber ingresado al territorio nacional por puesto de control migratorio habilitado con pasaporte;
- (iii) no tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional; y
- (iv) no tener una medida de expulsión o deportación vigente.

El artículo 3º de la Resolución 5797 de 2017 estipula que el titular del Permiso Especial de Permanencia -PEP- queda autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de un contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas.

Seguidamente, el artículo 5 del citado acto administrativo indica que, debido a las circunstancias especiales que amerita el caso, el Permiso Especial de Permanencia -PEP- servirá como identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional. No obstante, aclara que el mismo debe ser presentado ante las autoridades colombianas en compañía del pasaporte o del documento nacional de identidad.

Mediante Resolución 1272 de 2017[33] se implementó el Permiso Especial de Permanencia

-PEP- como un documento administrativo de control, autorización y registro de los nacionales venezolanos que se encuentren en Colombia, se otorgará por un periodo de noventa (90) días calendario, prorrogables por periodos iguales, sin que exceda el término de dos (2) años.

En el artículo 4 del referido acto administrativo se reitera que el -PEP- deberá ser presentado ante las autoridades colombianas en compañía del pasaporte o del documento nacional de identidad y servirá como identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional.

Finalmente, sobre el Control migratorio y de extranjería en el Estado colombiano se destaca la medida adoptada en el Decreto 542 de 2018, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 1873 de 2017[34], mediante la cual se decretó el registro administrativo de migrantes venezolanos en Colombia por parte de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD con fines informativos para el diseño de una política integral de atención humanitaria para atender la emergencia social que se viene presentando en la frontera con Venezuela y la asignación de los recursos necesarios en la vigencia fiscal por parte del Gobierno Nacional.

Lo anterior, como respuesta al significativo aumento en la entrada masiva de venezolanos al territorio colombiano y en atención a que dicha migración no sólo se adelanta a través de los puestos oficiales de control fronterizo sino también por rutas de acceso irregular al país, motivo que imposibilita su registro.

7. Tarjeta Andina Migratoria (TAM)

La Tarjeta Andina Migratoria (TAM) es un documento que permite controlar la entrada y salida de los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones[35] (Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia) y de Mercosur[36] (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile).

La TAM fue creada en la Decisión 397 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena[37] el 16 de septiembre de 1996. El artículo 1º de la citada decisión consagra que la tarjeta andina constituye el único documento de control migratorio y estadístico de uso obligatorio para el ingreso y salida de las personas del territorio de los Países Miembros, ya sea por sus propios

medios o utilizando cualquier forma de transporte. Asimismo, el referido precepto aclara que su uso no excluye la presentación del pasaporte, visa u otro documento de viaje previstos en las normas nacionales o comunitarias, así como en los convenios bilaterales vigentes.

Mediante la Resolución 527 del 11 de julio de 2001 el Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM), en su Quinta Reunión, aprobó la modificación del contenido y la forma de la Tarjeta Andina de Migración (TAM). Así, resolvió que dicho formato deberá estar dividido en dos partes, la primera de las cuales quedará en poder de la autoridad de migración del País Miembro receptor, y la segunda en poder del viajero. La autoridad migratoria consignará en ambas partes la fecha de ingreso y el tiempo autorizado de permanencia.

Para solicitar una Tarjeta Andina Migratoria (TAM) se deberán acreditar los siguientes requisitos[38]:

- a) Ser ciudadano nacional o residente en el territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina de Naciones -CAN- o del Mercado Común del Sur -MERCOSUR[39].
- b) Acercarse personalmente al Puesto de Control Migratorio y presentar el Documento Nacional de Identificación (DNI) del país miembro de la CAN o del MERCOSUR.
- c) Si es menor de edad, el representante legal o acompañante debe presentar el Registro Civil de Nacimiento o documento que corresponda.
- d) Diligenciar el formato

En la primera parte que permanecerá en poder de la autoridad de migración:

- APELLIDO (S)
- NOMBRE (S)
- FECHA DE NACIMIENTO
- SEXO
- NACIONALIDAD

- OCUPACION O PROFESIÓN
- TIPO DE DOCUMENTO DE VIAJE
- NUMERO DE DOCUMENTO DE VIAJE
- MEDIO DE TRANSPORTE
- TIPO DE ALOJAMIENTO (HOTEL, CASA FAMILIAR)
- MOTIVO DEL VIAJE
- TIPO DE VISA
- DIAS DE PERMANENCIA

En la segunda parte que permanecerá en poder del viajero:

- APELLIDO (S)
- NOMBRE (S)
- FECHA DE NACIMIENTO
- NACIONALIDAD
- TIPO DE DOCUMENTO DE VIAJE
- NUMERO DE DOCUMENTO DE VIAJE

En conclusión, la Tarjeta Andina de Migración (TAM) es un documento de control migratorio uniforme y constituye un medio eficaz de recolección de datos para la elaboración de estadísticas relacionadas con el movimiento de personas, de acuerdo con lo previsto en la Decisión 397. Lo anterior, permite a las autoridades de migración, transporte y turismo tener acceso a la información necesaria para conocer, con detalle, las características de los flujos de personas y actividades que se desarrollan en la subregión andina, y realizar un intercambio más eficiente de todo lo relativo al ingreso y salida de los habitantes del territorio de cada uno de los Países Miembros[40].

8. Derechos de los extranjeros y su protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que “[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Asimismo, el artículo 24 de la Convención Interamericana precisa que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En Colombia, el artículo 13 de la Constitución Política señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de iguales derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Más adelante, el artículo 100 superior establece que “[l]os 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”. En desarrollo de la citada norma, la jurisprudencia constitucional ha indicado que por mandato constitucional los extranjeros en el territorio colombiano gozan de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley.

La jurisprudencia constitucional ha armonizado los artículos 13 y 100 de la Constitución Política con el fin de precisar el alcance del derecho a la igualdad de los extranjeros y otorgar una protección jurídica en materia de derechos civiles en cabeza de los no nacionales.

Así, esta Corporación en la Sentencia C-768 de 1998 precisó que si bien el artículo 13 consagra la obligación estatal de tratar a todos en igualdad de condiciones, esto no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular los distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia; siempre y cuando, existan justificaciones ligadas a razones de orden público, como lo determina el artículo 100 superior.

Para la Corte Constitucional no en todos los casos las garantías, derechos y beneficios que genera el Estado colombiano se deben entenderse en igualdad de condiciones a extranjeros y nacionales[41], pues el derecho consagrado en el artículo 13 superior no tiene el mismo alcance para los extranjeros que para los nacionales[42].

En esa medida, cuando el legislador establece un trato diferente entre el extranjero y el nacional, es necesario determinar: i) sí el objeto regulado permite realizar tales distinciones[43]; ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido[44]; iii) el carácter objetivo y razonable de la medida[45]; iv) la no afectación de derechos fundamentales; v) la no violación de normas internacionales[46] y vi) las particularidades del caso concreto"[47].

La Corte en la Sentencia C-834 de 2007 precisó que las diferenciaciones basadas en origen nacional, en principio, son constitucionalmente problemáticas pues se basan en un criterio sospecho de discriminación[48]. En ese sentido, la Corporación advirtió:

"(...) cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones (...) por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar"[49].

Ahora bien, esta Corporación también precisó en Sentencia T-314 de 2016 que el reconocimiento de derechos en cabeza de extranjeros genera al mismo tiempo la responsabilidad de cumplir la normatividad consagrada para todos los residentes en el territorio Colombiano.

En el mismo sentido, la Sala Plena en Sentencia SU-677 de 2017 indicó que el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una exigencia a los extranjeros de cumplir la Constitución Política y la ley[50], tal como lo establece el artículo 4º constitucional al disponer "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

En conclusión, el artículo 100 de la Constitución consagra un mandato de igualdad expreso entre extranjeros y nacionales, pero autoriza la posibilidad de establecer un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales cuando existan suficientes razones que lo justifican. De lo contrario, toda diferenciación realizada con fundamento en la nacionalidad se entenderá inadmisibles por basarse en un criterio sospecho de discriminación. En todo caso, los no nacionales tienen la responsabilidad de cumplir con los deberes que el legislador establece para todos los que se encuentran en el territorio colombiano en cuanto al acatamiento de la Constitución, las leyes y el respeto a las autoridades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 superior.

9. El derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, el principio de la justicia material y la prevalencia del derecho sustancial

En el artículo 229 de la Constitución Política consagra que toda persona tiene el derecho de acceder a la administración de justicia, lo cual quiere significar que por mandato expreso se reconoce y protege la posibilidad de todos los residentes del territorio para acudir en igualdad de condiciones ante los jueces y demás corporaciones judiciales con el fin de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en el ordenamiento vigente.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho de acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental[51] pues constituye para el individuo una necesidad inherente a su condición y naturaleza, en la medida en que “los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, cuando se presente entre ellos algún tipo de controversia”[52].

De igual forma, el artículo 228 de la Constitución establece que la administración de justicia es función pública y se concreta en la prevalencia del derecho sustancial, en la independencia de sus decisiones y en su funcionamiento desconcentrado y autónomo. De esta manera, “se debe tener siempre presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial”[53] como quiera que “tanto el procedimiento judicial como el administrativo son en esencia medios o vías creadas por el ordenamiento jurídico para concretar o efectivizar los derechos sustanciales que le asisten a los ciudadanos en la legislación”[54].

Para la Corte dichas características impiden que el acceso a la justicia se vea limitado a una perspectiva formal y, en contrario, obligan a que las controversias sometidas al estudio de la jurisdicción obtengan una decisión de fondo que otorgue certidumbre sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos objeto de litigio, circunstancia esta que garantiza su pleno ejercicio[55].

Sobre el acceso a la administración de justicia la Corte Constitucional en Sentencia C-426 de 2002 indicó que se trata del derecho a la tutela judicial efectiva para propugnar por la debida protección o el restablecimiento de los derechos e intereses legítimos, con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en las normas legales.

Esta Corporación ha entendido que el acceso a la administración de justicia es un derecho directamente relacionado con la justicia como valor fundamental de la Constitución, al dotar a los individuos de una garantía real y efectiva con el fin de asegurar la realización material de esta y prevenir en todo caso la existencia de algún grado de indefensión[56].

Así mismo, en Sentencia C-426 de 2002 indicó que el derecho a acceder a la justicia garantiza un orden político, económico y social justo, promueve la convivencia pacífica, vela por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegura la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas como fines esenciales e inmediatos del Estado[57].

En la referida oportunidad, esta Corporación concluyó que el acceso a la justicia le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de esta, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal[58].

Asimismo, adquiere la connotación de servicio público esencial tal como se consagra en el inciso 2 del artículo 125 de la Ley 270 de 1996[59]; en esa medida su prestación se sujeta al principio de continuidad, en virtud del cual se exige la obligación a las autoridades competentes de prestar el servicio de justicia en forma permanente y regular, sin interrupciones en el tiempo, salvo las excepciones que establezca la ley. A través de este

derecho se asegura la efectividad y el amparo de otras garantías fundamentales, cuando lleguen a verse vulneradas o amenazadas.

La jurisprudencia constitucional sostiene que el principio de la justicia material “se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Por el contrario, exige una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales”[60].

Así, en las actuaciones y decisiones de la administración que definen situaciones jurídicas, las autoridades competentes deben ponderar los requisitos, formas y procedimientos establecidos en la ley para la demostración de los hechos que llevan al reconocimiento de los derechos reclamados. Lo anterior, en aplicación del principio de justicia material y la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, con el fin de evitar el exceso ritual manifiesto y velar por la efectiva protección de las garantías fundamentales de los administrados[61].

Esta Corporación en Sentencia T-283 de 2013 advirtió que del contenido y alcance del derecho de acceso a la administración de justicia se deriva un conjunto de obligaciones de respetar, proteger y realizar los derechos humanos, las cuales se traducen en los siguientes compromisos:

- i) La obligación de respetar. El derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar decisiones que impiden o dificulten el acceso a la justicia o su realización. Asimismo, conlleva el deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género o la nacionalidad.
- ii) La obligación de proteger. Requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho.
- iii) La obligación de realizar. Implica el deber del Estado de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo el goce del mismo. Lo anterior, por medio de la adopción de normas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la

posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.

En conclusión, el operador judicial como funcionario principal encargado de salvaguardar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia tiene la obligación de permitir que todas las personas dispongan del derecho que les asiste a obtener una solución de fondo al problema jurídico planteado. Lo anterior, no conlleva el desconocimiento de las normas procesales que rigen cada uno de los procedimientos, sino a que se dé prevalencia al derecho sustancial, por lo que el juez debe analizar detenidamente cada caso puesto en su conocimiento.

10. Principio de solidaridad como elemento esencial del Estado social de derecho

De acuerdo con el artículo 1º constitucional, el principio de solidaridad se erige como el pilar fundamental de la Constitución Política de 1991 y como uno de los ejes característicos del modelo de Estado social de derecho. En el ordenamiento jurídico colombiano la solidaridad se entiende como una obligación en cabeza de todas las personas que integran la sociedad[62].

Esta Corporación en la Sentencia C-767 de 2014 indicó que el principio de solidaridad “impone una serie de ‘deberes fundamentales’ al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos”. Lo anterior, mediante la obligación del Estado social de derecho de reforzar ciertos escenarios para asegurar a sujetos en condiciones desfavorables la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales.

En palabras de la Corte, la Constitución “proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros”[63].

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el principio de solidaridad se caracteriza por ser exigible a todas las personas y al Estado, con el objetivo de garantizar las condiciones mínimas de vida digna a todos los habitantes, especialmente la asistencia y

protección de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad[64].

De otro lado, la Corte reconoce que el mencionado principio tiene una triple dimensión como valor constitucional pues “es el fundamento de la organización política; sirve, además, de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales”[65].

La Sala Plena de esta Corporación en Sentencia SU-677 de 2017 se refirió a la adopción de medidas especiales por parte del Estado encaminadas a enfrentar la crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional y su tratamiento como sujetos de especial protección constitucional, debido a la situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja en que se encuentra.

En esa oportunidad, la Corte enfatizó en la necesidad de dinamizar el principio de solidaridad como medida efectiva para garantizar los derechos fundamentales de esa población migrante, a través de la solidaridad de los habitantes del territorio nacional y el apoyo internacional.

11. Excepción de inconstitucionalidad

El artículo 4º superior establece que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre ésta y una ley, prevalece la norma constitucional. Es tal su importancia en un Estado Social de Derecho, que incluso, la inaplicación de una norma que en el caso concreto resulta contraria a la Constitución es una facultad que debe ejercerse oficiosamente por parte de la autoridad bajo la figura de la “excepción de inconstitucionalidad”.

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que se trata de una facultad-deber que tienen las autoridades para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso. Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que “es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las

autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”[66].

En este sentido consiste en una eficaz herramienta jurídica-política de protección al principio de supremacía constitucional, garantizando (en el caso concreto) su jerarquía y materialidad dentro del sistema de fuentes del derecho.

Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa[67] o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado[68];

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso[69]; o,

(iii) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes con el ordenamiento iusfundamental[70]. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”[71].

En todo caso, vale la pena aclarar que el alcance de esta figura es inter-partes y, por contera, la norma inaplicada no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida[72]. De modo que “las excepciones de constitucionalidad pueden ser acogidas o no

por ésta Corporación, no configura un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción”[73]. Así se preserva la competencia funcional de la Sala Plena para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control abstracto de constitucionalidad de las leyes, conforme al artículo 241 superior.

Por consiguiente, en el presente escenario, es necesario examinar si el precepto que establece que el Permiso Especial de Permanencia -PEP- debe ser presentado ante las autoridades colombianas en compañía del pasaporte o del documento nacional de identidad como medio de identificación de los nacionales venezolanos en el territorio colombiano, contenido en la Resolución 5797 de 2017[74], en el caso que se analiza debe ser objeto de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, para que la accionante pueda obtener nota de presentación o autenticación de poder de representación por parte de las autoridades competentes, y posteriormente, acceder a los medios de defensa judiciales contemplados en el ordenamiento colombiano.

Lo anterior, toda vez que no cuenta con pasaporte o documento nacional de identidad debido a la actual crisis social, política y económica que vive su país de origen; circunstancia esta que restringe el efectivo goce del derecho fundamental a la administración de justicia e impide que la actora pueda accionar ante la justicia ordinaria en busca del resarcimiento de los derechos que considera transgredidos.

12. Análisis del caso concreto.

La demandante de nacionalidad venezolana reside en Colombia desde el 13 de septiembre de 2013 junto con su hijo de siete años de edad[75], actualmente se encuentra en situación regular[76] y al momento de interponer la acción de tutela no contaba con un pasaporte que acreditara su identidad. No obstante, requiere otorgar poder de representación a un abogado para que actúe en su nombre dentro de un proceso de acción de declaración de unión marital de hecho, al asegurar que sostuvo una relación sentimental con su fallecido compañero y padre de su hijo.

La accionante pretende mediante la acción declarativa de unión marital de hecho que se reconozca su legitimación en la causa por activa para iniciar ante la jurisdicción ordinaria un proceso por los hechos en los que perdió la vida su ex pareja.

Según las autoridades accionadas la peticionaria no puede acceder al servicio público notarial para otorgar nota de presentación o autenticación de poder de representación para que un abogado actúe en su nombre en determinados actos jurídicos porque no cuenta con pasaporte o documento nacional de identidad, requisito establecido por el Ministerio de Relaciones Exteriores en la Resolución 5797 de 2017 para la identificación de los nacionales venezolanos.

La señora Maderleins Briceño Barrio ha acudido a las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, a la Oficina de Apoyo Judicial y al Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, Santander, con la finalidad de obtener la nota de presentación o autenticación del poder otorgado a su abogado para acceder a la administración de justicia.

Lo anterior, con el objeto de iniciar acción de declaración de unión marital de hecho con su ex compañero, fallecido el 23 de mayo de 2016, y demás acciones judiciales para el resarcimiento de los daños y perjuicios por la muerte del causante.

De manera reiterada las accionadas han negado el servicio público requerido con base en lo dispuesto en el artículo 5º de la Resolución 5797 de 2017 a pesar haber presentado su Permiso Especial de Permanencia –PEP– y expuesto la imposibilidad de obtener su pasaporte por motivos ajenos a su voluntad pues desde el 19 de octubre de 2016[77] la expedición del referido documento se encuentra en trámite ante el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería – SAIME de Venezuela.

Así las cosas, la Sala debe evaluar si la negativa de las autoridades notariales y judiciales accionadas a autenticar o colocar nota de presentación a un poder otorgado por una ciudadana venezolana a un abogado para que ejerza su representación legal vulnera su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, al argumentar que no aportó su pasaporte para verificar su identidad en calidad de no nacional.

Análisis de la vulneración del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia

De acuerdo con el marco normativo expuesto en las consideraciones de esta providencia, le corresponde al Gobierno Nacional dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo cual

incluye la facultad de definir políticas migratorias que regulen el ingreso, la permanencia y la salida de personas de su territorio.

Así, el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 5797 de 2017[78] mediante la cual ordenó la creación del Permiso Especial de Permanencia –PEP– otorgable a los nacionales venezolanos residentes en Colombia.

El artículo 3º de la Resolución 5797 de 2017 estipula que el titular del Permiso Especial de Permanencia –PEP– queda autorizado para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas.

Seguidamente, el artículo 5 del citado acto administrativo indica que, debido a las circunstancias especiales que amerita el caso, el Permiso Especial de Permanencia –PEP– servirá como identificación de los ciudadanos venezolanos en el territorio nacional. No obstante, aclara que el mismo debe ser presentado ante las autoridades colombianas en compañía del pasaporte o del documento nacional de identidad.

En virtud del artículo 8º de la resolución antes citada, corresponde a Migración Colombia establecer los mecanismos y demás condiciones necesarias para la implementación del Permiso Especial de Permanencia –PEP–.

Por lo anterior, el Director de la Unidad Administrativa de Migración Colombia mediante la Resolución 1272 de 2017[79] implementó el Permiso Especial de Permanencia –PEP– como un documento de control, autorización y registro de los nacionales venezolanos que se encuentren en Colombia.

En el artículo 4 del referido acto administrativo se reitera que el –PEP– deberá ser presentado ante las autoridades colombianas en compañía del pasaporte o del documento nacional de identidad y servirá como identificación de los nacionales venezolanos en el territorio nacional.

En Colombia, el artículo 13 de la Constitución Política señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de iguales derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por

razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

En desarrollo de la citada norma, la Corte Constitucional ha indicado que por mandato constitucional los extranjeros en el territorio colombiano gozan de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley.

De igual importancia, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en el marco de un Estado social de derecho, corresponde a las autoridades estatales, administrativas y en general a todas las personas que integran la sociedad atender integralmente a las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad derivadas de su nacionalidad.

Así, la Sala Plena de esta Corporación en Sentencia SU-677 de 2017 se refirió a la adopción de medidas especiales por parte del Estado encaminadas a enfrentar la crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional y su tratamiento como sujetos de especial protección constitucional, debido a la situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja en que se encuentran.

Conforme a la parte dogmática, la demandante es acreedora de los mecanismos de facilitación migratoria creados por el Gobierno Nacional para permitirle permanecer en Colombia, quedando autorizada para ejercer cualquier actividad legal, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Al respecto, esta Sala comprobó que la accionante se encuentra en situación regular en el territorio colombiano pues ostenta el Permiso Especial de Permanencia -PEP- No. 824024402111992 expedido el 28 de septiembre de 2018 cuyo estado es vigente, según certificación proferida por Migración Colombia[80].

Asimismo, se encuentra acreditado que la peticionaria cumplió con todos los trámites necesarios ante el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería - SAIME para la expedición de su pasaporte. No obstante, como se evidencia a folio 158 del cuaderno principal, desde el 2 de noviembre de 2016 el estado del proceso de expedición es “pasaporte por imprimir”; circunstancia esta que excede su capacidad de gestión.

Aunado a lo anterior, se resalta que mediante Auto del 7 de noviembre de 2018 la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga vinculó al proceso de la

referencia a la Embajada y al Consulado de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, este último en su sede en la ciudad de Bucaramanga, para que se pronunciaran sobre los hechos que originaron la acción de tutela objeto de revisión e informaran sobre las directrices tomadas por ese gobierno en la expedición de los pasaportes de ciudadanos venezolanos. Sin embargo, las referidas autoridades guardaron silencio.

La Corte en reiteradas oportunidades ha reconocido que la función notarial debe ser entendida como un servicio público en virtud de lo dispuesto en los artículos 131 de la Constitución y 1° del Estatuto del Notario[81]. Así, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican la promoción del bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la garantía de cumplimiento de los deberes sociales de los particulares[82].

La Sala reitera que en las actuaciones de la administración de justicia y de los procedimientos administrativos o de otra índole ejecutados con la finalidad de acceder a las instancias judiciales, como es el caso de la autenticación de poder o nota de presentación para actuar mediante representante judicial, se debe respetar el principio de la prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política al ser medios o vías creadas por el ordenamiento jurídico para concretar o efectivizar los derechos sustanciales que le asisten a las personas sin distinción de raza, sexo o nacionalidad[83].

Encuentra la Corte que, aunque las autoridades accionadas actuaron movidas por una interpretación legal que consideraron legítima, impidieron que el Estado prestara sus servicios en favor de la accionante e incluso obstaculizaron su derecho fundamental a acceder a la administración de justicia; circunstancia esta que restringió el goce de las garantías consagradas en la Constitución Política a los extranjeros pues a través del referido derecho constitucional se asegura la efectividad y el amparo de otros derechos fundamentales, cuando lleguen a verse vulnerados o amenazados.

En el presente caso se puede observar que en la contestación brindada por los demandados se le niega a la actora la posibilidad de obtener la autenticación o nota de presentación del poder otorgado a su abogado para que inicie la acción de declaración de unión marital de hecho que afirma sostuvo con su difunto compañero, por ende, lograr el reconocimiento de la legitimación en la causa por activa dentro de las acciones judiciales pertinentes para el

resarcimiento de los perjuicios morales y materiales causados por la muerte del padre de su hijo, en razón de que no ha aportado el pasaporte o documento nacional de identidad exigidos por el ordenamiento jurídico colombiano.

A pesar de haber evidenciado en múltiples ocasiones la situación de desprotección en la que se encuentra la accionante ante la imposibilidad de obtener en corto tiempo su pasaporte debido a la crisis social, política y económica en la que se encuentra su país de origen, los accionados decidieron aplicar de forma irreflexiva la normativa expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores (Resoluciones 5797 y 1272 de 2017) lo que conllevó el desconocimiento consciente de la verdad objetiva.

Lo anterior, olvidando la obligación en cabeza del Estado y de todas las personas que integran la sociedad de adoptar medidas especiales encaminadas a enfrentar la crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional y su tratamiento como sujetos de especial protección constitucional, debido a su situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja en que se encuentran.

Así las cosas, las autoridades accionadas omitieron el deber de solidaridad que demanda la Constitución como pilar del Estado social de derecho exigible a todas las personas con el objetivo de garantizar la especial asistencia y protección de quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad por su nacionalidad.

Para la Sala es reprochable que el derecho de acceso a la administración de justicia de la accionante se haya visto obstaculizado por la aplicación formal y mecánica de la ley sin realizar un análisis de fondo sobre las consecuencias negativas que la decisión tomada por las demandadas le causó a la peticionaria en su condición de migrante y madre cabeza de familia.

En el asunto que se revisa se debe tener en cuenta que la accionante goza de un estatuto migratorio regular al portar el Permiso Especial de Permanencia -PEP, documento público de carácter administrativo expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y cuyo objetivo es llevar un control y registro de los ciudadanos venezolanos que residen en Colombia.

Asimismo, se reitera que el artículo 5º de la Resolución 5797 de 2017[84] determina que el citado permiso sirve como identificación de los venezolanos en el territorio nacional y aun

cuando la misma norma estipula que debe presentarse en compañía del pasaporte o del documento nacional de identidad, no debe entenderse que la simple ausencia de los deferidos documentos restringe su validez o anula su presunción de autenticidad.

La Sala encuentra que de las pruebas aportadas por la demandante se evidencia que los nombres, apellidos y número de cédula de identidad venezolana plasmados en el Permiso Especial de Permanencia -PEP- expedido por Migración Colombia coinciden con los datos de identificación verificados por la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres - UNGRD, entidad del Estado mediante la cual se efectuó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos - RAMV[85].

Así las cosas, para la Sala existen suficientes elementos probatorios para comprobar la identidad de la accionante pese a no contar con su pasaporte o documento nacional de identidad. Por lo tanto, las medidas de protección que se adoptarán se orientarán a corregir esta deficiencia de la Administración.

Aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Esta Corporación ha reconocido en decisiones previas el uso legítimo de la excepción de inconstitucionalidad para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección[87], cuando la aplicación de una norma acarrea consecuencias que no estarían acordes con el ordenamiento constitucional debido a las condiciones de vulnerabilidad advertidas en cada caso concreto[88].

En relación con el caso sub-examine, la Sala Séptima de Revisión corroboró que la consecuencia natural de aplicar los artículos 5º de la Resolución 5797 de 2017 y 4º de la Resolución 1272 de la misma anualidad es mantener una situación de desprotección al perpetuar la imposibilidad de la actora de acceder a la administración de justicia a través de abogado pues para obtener la autenticación del poder de representación debe aportar su pasaporte junto con su Permiso Especial de Permanencia -PEP, documento cuya entrega es incierta debido a la crisis social, política y economía que presenta Venezuela. Prueba de ello, es que desde el 2 de noviembre de 2016 el requerido documento de identificación se encuentra en espera de ser impreso por parte de la entidad competente sin que la accionante puede efectuar alguna diligencia adicional para su entrega.

La Sala observa que obran en el plenario múltiples documentos que demuestran que la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio ha sido diligente en los trámites para regularizar su situación migratoria en Colombia pues actualmente cuenta con el Permiso de Permanencia -PEP- en los términos de la Resolución 5797 de 2017 y en cumplimiento del Decreto 542 de 2018 se registró en el censo administrativo de migrantes venezolanos en Colombia realizado por la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres - UNGRD[89].

También se acreditó que desde el 19 de octubre de 2016 radicó y canceló el valor correspondiente para la expedición de su pasaporte, el cual se encuentra a la espera de ser impreso por parte de la autoridad venezolana competente. Asimismo, ha realizado múltiples solicitudes a autoridades notariales y judiciales con la finalidad de que se le informe o asesore sobre la vía legal o administrativa correspondiente para suplir la carencia del documento requerido y exigido según la Resolución 5797 de 2017[90]. Lo anterior, con el fin de iniciar una acción de declaración de unión marital de hecho a través de representante judicial sin que haya obtenido una solución que le permita acceder a la administración de justicia.

En consecuencia, aunque existan las condiciones objetivas para no proceder con el trámite de autenticación o nota de presentación que requiere la accionante para poner en marcha el aparato judicial, es posible concluir que ello resultaría desproporcionado pues la expedición de su pasaporte depende de la voluntad del gobierno de su país de origen (Venezuela); circunstancia esta que excede su capacidad de gestión.

Al mismo tiempo, la Sala advierte que si bien la disposición normativa en cuestión no es en sí misma contraria a la Constitución, en el caso concreto lesiona las garantías constitucionales de la actora al quedar imposibilitada para acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia para propugnar por la protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos con plena observancia del derecho sustancial y los procedimientos previstos en las leyes. Ello, debido a las peculiaridades de la situación de la demandante y los hechos referidos.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, la Oficina de Apoyo Judicial y el Juzgado Único Laboral del Circuito de

Barrancabermeja vulneraron el derecho de acceso a la administración de justicia de la accionante por aplicar el artículo 5º de la Resolución 5797 de 2017[91] de forma irreflexiva aun cuando tenían pleno conocimiento de la particular situación de vulnerabilidad de la peticionaria y las consecuencias inconstitucionales que acarrearía su empleo. Lo anterior, al darle prevalencia a las normas procesales y desconociendo la prevalencia del derecho sustancial y su obligación de aplicar el principio de justicia material dentro de sus actuaciones y decisiones al definir situaciones jurídicas.

En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta la circunstancia de sujeto de especial protección de la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio, la Sala considera que aplicar la exigencia de aportar el pasaporte para acceder al trámite de autenticación o nota de presentación personal de poder de representación con base en lo dispuesto en los artículos 5º de la Resolución 5797 de 2017 y 4º de la Resolución 1272 de 2017 pone en riesgo el acceso a la administración de justicia de la peticionaria, de modo que se deben inaplicar dichas disposiciones en el caso concreto con base en lo dispuesto en el artículo 4º superior y de esta manera garantizar el referido derecho fundamental y el principio de supremacía de la Constitución.

Precisadas esas condiciones, se señala que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad tiene un alcance inter partes, lo que significa que las normas mantienen su validez general y siguen incluidas en el ordenamiento jurídico, ya que sus efectos únicamente se eliminan para el caso concreto.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el dieciséis (16) de enero de dos mil diecinueve (2019), que confirmó el fallo dictado por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), que negó la acción de tutela impetrada por la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio en contra de las

Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, la Oficina de Apoyo Judicial de Barrancabermeja y el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, Santander. En su lugar, CONCEDER el amparo el amparo del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de la accionante por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a las Notarías Primera y Segunda del Círculo de Barrancabermeja, a la Oficina de Apoyo Judicial de Barrancabermeja y al Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, Santander que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta decisión, procedan, respectivamente, a efectuar el trámite de autenticación o nota de presentación del poder de representación otorgado a su abogado por la señora Maderleins Nazaret Briceño Barrio con documento nacional de identidad número 24449694, inaplicando los artículos 5º de la Resolución 5797 de 2017 y 4º de la Resolución 1272 de 2017 en el caso concreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º de la Constitución Política y por las razones expuestas en esta providencia. En tal virtud, tomarán en cuenta como documento de identificación el Permiso Especial de Permanencia -PEP- a nombre de la accionante.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Integrada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Alberto Rojas Ríos.

[2] Expedido por el Gobierno Nacional.

[4] Respuestas proferidas en las siguientes fechas: el 19 de septiembre de 2018 el Juzgado Único Laboral del Circuito de Barrancabermeja, el 21 de septiembre de 2018 la Notaría Segunda de Barrancabermeja y el 27 de septiembre de 2018 la Notaría Primera de Barrancabermeja,

[5] Por el cual se establecen disposiciones en materia migratoria de la República de Colombia.

[6] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.

[7] “Por medio de la cual se crea un permiso especial de permanencia”, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

[8] Expedido el 3 de agosto de 2017.

[9] Folio 18 del cuaderno principal. (En adelante se entenderá que todos los folios a los que se haga referencia hacen parte del cuaderno principal a menos de que se indique lo contrario).

[10] Folios 71 y 72.

[11] Folios 74 al 82.

[12] En adelante UAEMC.

[13] Folio 75.

[14] Folios 84 y 85.

[15] Folios 86 al 92.

[16] Folios 94 y 95.

[17] Folios 97 y 98.

[18] Folio 141.

[19] Folio 158.

[20] Folio 163.

[21] Folio 9 el cuaderno número 2.

[22] Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

[23] Ver Sentencias T-531 de 2002 y SU-447 de 2011,

[24] “Sentencia T- 172 de 1993” M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero.

[25] Sentencia C-834 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

[26] Sentencia SU-677 de 2017.

[27] Corte Constitucional, Sentencias T- 312 de 2009, T -020 de 2016 y T-295 de 2018, entre otras.

[28] Ver entre otras las sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[29] Derogado mediante Decretos 834 de 2013 y 132 de 2014.

[30] Por el cual se incorporan al ordenamiento migratorio interno, visas previstas en el marco del Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Parte del Mercosur,

Bolivia y Chile, y se dictan otras disposiciones en materia migratoria.

[31] Decreto 1067 de 2015, artículo 2.2.1.11.2.11. Cancelación de los permisos. Los permisos se cancelan en los siguientes casos:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, podrá cancelar un permiso de los descritos en los artículos 2.2.1.11.2.6 y 2.2.1.11.2.7 del presente decreto en cualquier tiempo, para lo cual dejará constancia escrita, contra la cual no procederá recurso alguno.

2. Por deportación o expulsión. 3. Cuando se evidencie la existencia de actos fraudulentos o dolosos por parte del solicitante para evadir el cumplimiento de requisitos legales que induzcan a error en el otorgamiento del permiso. En estos casos, se deberá, además, informar del hecho a las autoridades competentes.

PARÁGRAFO. Una vez notificada la cancelación del permiso el extranjero deberá abandonar el país dentro de los siguientes cinco (5) días calendario. De no ser así, el extranjero podrá ser deportado de acuerdo con lo establecido en el presente capítulo”.

[32] Mediante el cual se modifica el artículo 2.2.1.11.2.5 del Decreto 1067 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores).

[33] “Por la cual se implementa el Permiso Especial de Permanencia (PEP) creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se establece el procedimiento para su expedición a los nacionales venezolanos”, proferida por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

[34] “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018”.

[35] La Comunidad Andina es una organización internacional ubicada en América del Sur, que cuenta con diversos órganos e instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración (SAI), cuyo objetivo es «alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo», mediante la integración andina, con proyección hacia una integración sudamericana y latinoamericana. Antes de 1996 fue conocida como Pacto Andino o Grupo Andino y actualmente está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

[36] El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso de integración regional instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al cual en fases posteriores se han incorporado Venezuela y Bolivia, ésta última en proceso de adhesión. Asimismo, se aclara que la República Bolivariana de Venezuela se encuentra suspendida, desde el 5 de agosto de 2017, en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia (24 de julio de 1998).

[37] El Acuerdo de Cartagena es un instrumento jurídico internacional firmado en Cartagena de Indias, Colombia, el 26 de mayo de 1969, por el cual se crea la Comunidad Andina.

[38]

<http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/servicios-al-ciudadano/tarjeta-andina-de-mitracion-tam>

[39] Si bien desde el año 2006 Venezuela no pertenece a la Comunidad Andina de Naciones y actualmente se encuentra suspendida del MERCOSUR, esto no impide que cualquier ciudadano venezolano pueda solicitar la Tarjeta Andina Migratoria. Ello se debe a las facilidades y solidaridad que han demostrado muchos países con el pueblo venezolano. Cabe señalar que la duración de la TAM para los ciudadanos venezolanos es de un año (a partir del momento de la emisión).

[41] Ver también sentencias T-338 de 2015 y 321 de 2005.

[42] Sentencias C-395 de 2002, C-1259 de 1998, C-768 de 1998 y C-913 de 2003.

[43] Sentencia C-768 de 1998.

[44] Ibídem.

[45] Sentencia C-179 de 1994.

[46] Sentencia C-1024 de 2002.

[47] Sentencia C-768 de 1998.

[48] Reiterado en Sentencia T-210 de 2018.

[49] Sentencia C-834 de 2007, reiterada en Sentencia T-210 de 2018.

[50] Reiterada en la Sentencia T-210 de 2018.

[51] Sentencias C-059 de 1993, C-544 de 1993, T-538 de 1994, C-037 de 1996, T-268 de 1996, C-215 de 1999, C-163 de 1999, SU-091 de 2000 y C-330 de 2000, entre otras.

[52] Sentencia T-662 de 2017.

[53] Sentencia T-977 de 2004.

[54] Ibídem.

[55] Sentencia T-134 de 2011.

[56] Sentencia C-279 de 2013 y Sentencia T-339 de 2015.

[57] Reiterada Sentencia C-1177 de 2005.

[58] Sentencia C-426 de 2002.

[59] Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

[60] Sentencia T-618 de 2013. Cfr. Sentencia T-429 de 1994.

[61] Sentencia T-1306 de 2001, T-352 de 2012, T-618 de 2013 y T-339 de 2015, entre otras.

[62] “ARTÍCULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.” (se resalta).

[63] Sentencia C-767 de 2014.

[64] Sentencia SU-677 de 2017.

[65] Sentencia T-125 de 1994.

[66] Sentencia SU-132 de 2013.

[67] Sentencia T-808 de 2007.

[68] Sentencia T-103 de 2010.

[69] En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que “en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento

previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).”

[70] Sentencia T-103 de 2010.

[71] Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver Sentencia C-803 de 2006.

[72] Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011, entre otras.

[73] Sentencia C-122 de 2011.

[74] Proferida por el Ministerio de Relaciones Exteriores,

[75] Hijo de padre colombiano con registro civil de nacimiento expedido el 4 de abril de 2018.

[76] El 28 de septiembre de 2018 Migración Colombia renovó el Permiso Especial de Permanencia a nombre de la accionante.

[77] A folio 158 obra copia del pantallazo de la página web del SAIME en la que se verifica que el estado actual de la expedición del pasaporte de la accionante es “pasaporte por imprimir”, sin fecha determinada.

[78] Del 27 de julio de 2017.

[79] Del 28 de julio de 2017.

[80] Información consultada en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores el 14 de junio de 2019, con código de verificación DC7A6A27190614173828, <https://apps.migracioncolombia.gov.co/consultarVEN/>

[81] Decreto 960 de 1970 (modificado por el Decreto 2163 de 1970). Artículo 1º. “El notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para fines y con los efectos consagrados en las leyes. El notariado forma parte de la Rama

Ejecutiva, y como función pública implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el Notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece”.

[82] Sentencia C-181 de 1997.

[83] Sentencia T-977 de 2004, T-1004 de 2010 y 421 de 2017, entre otras.

[84] Reiterado por el artículo 4º de la Resolución 1272 de 2017.

[85] De fecha 28 de septiembre de 2018.

[86] Folio 27.

[87] El asunto examinado se circunscribe a la tercera hipótesis referida en el punto 10, es decir, en el uso legítimo de la excepción por inconstitucionalidad para garantizar derechos fundamentales de personas de especial protección constitucional.

[88] Sentencia T-103 de 2010.

[89] Folio 157.

[90] Implementado mediante Resolución 1272 de 2017.

[91] Expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la cual se creó el Permiso Especial de Permanencia –PEP, implementado por el artículo 4º de la Resolución 1272 de 2017.