

Conectando Caminos
por los Derechos

BITÁCORA JURISPRUDENCIAL DE LA MIGRACIÓN

Para la defensa de los derechos humanos
de la población migrante y refugiada en Colombia

NOVIEMBRE, 2021



Conectando Caminos por los Derechos

BITÁCORA JURISPRUDENCIAL DE LA MIGRACIÓN

Para la defensa de los derechos humanos de la
población migrante y refugiada en Colombia

NOVIEMBRE, 2021



© Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Migración
Clínica Jurídica para Migrantes

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional - USAID

Programa Conectando Caminos por los Derechos

Pact

ABA ROLI

Freedom House

Internews

Este documento fue elaborado por:

Carolina Moreno V., profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, directora del Centro de Estudios en Migración (CEM) y cofundadora de la Clínica Jurídica para Migrantes de la misma universidad.

Gracy Pelacani, profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM), cofundadora de la Clínica Jurídica para Migrantes y directora del Semillero de Investigación en Derecho y Migración en Colombia de la misma universidad.

Lina María Moya Ortiz, abogada y politóloga de la Universidad de los Andes, miembro del Semillero de Investigación en Derecho y Migración en Colombia de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Esta bitácora fue realizada por el Centro de Estudios en Migración (CEM) y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes en el marco del programa Conectando Caminos por los Derechos, implementado por el consorcio integrado por Pact, ABA ROLI, Freedom House e Internews.

Esta bitácora fue posible gracias al apoyo generoso del pueblo de los Estados Unidos, a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido de esta bitácora es responsabilidad de la Universidad de los Andes y ABA ROLI y no necesariamente refleja el punto de vista de USAID o del Gobierno de los Estados Unidos.

Fecha de cierre del documento:

11 de octubre de 2021

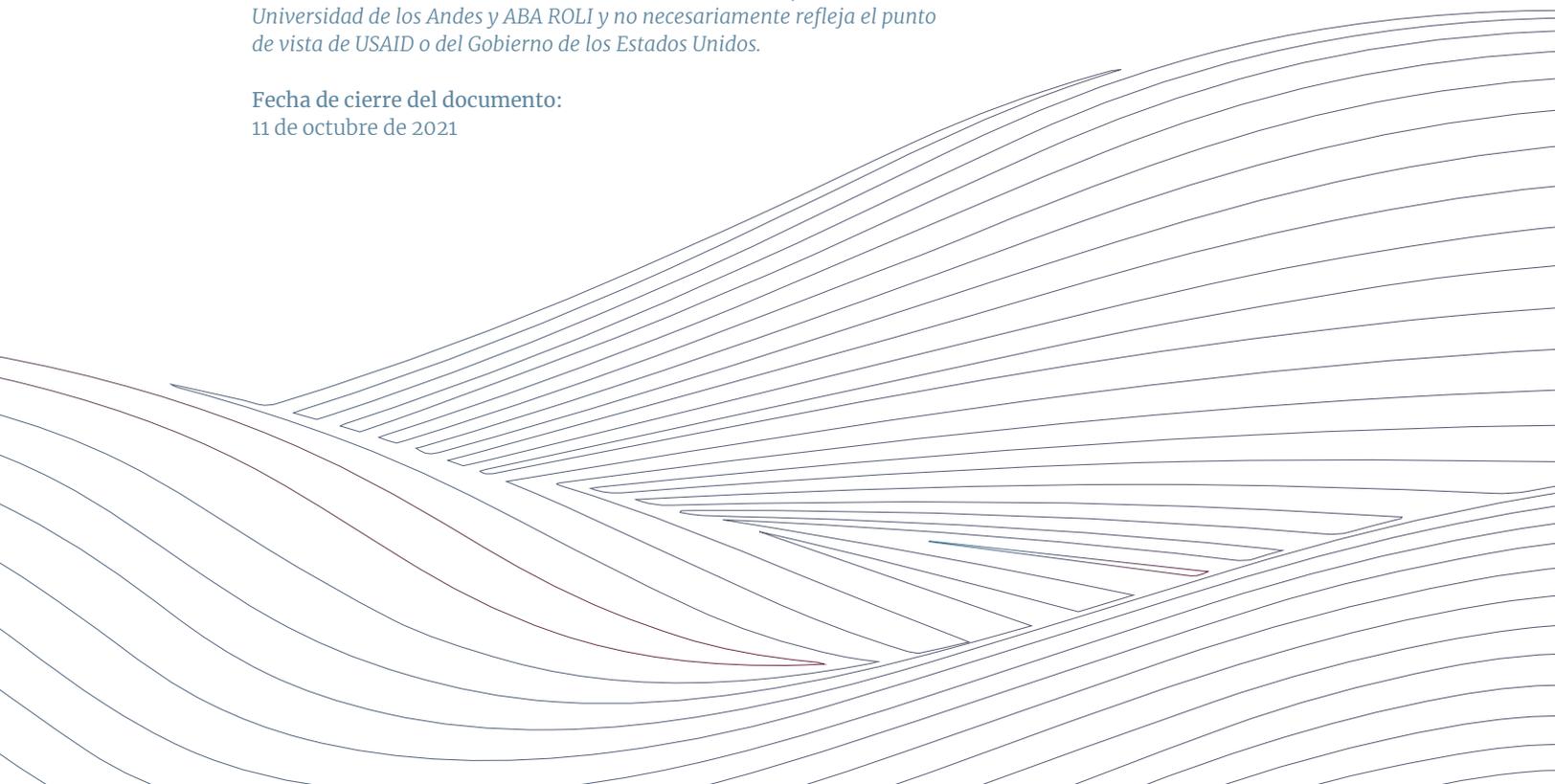


Tabla de contenido

Abreviaturas · 7

Presentación · 9

Resumen · 10

Introducción · 11

Puntos para rescatar del análisis realizado · 15

PARTE I

VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA POBLACIÓN MIGRANTE Y REFUGIADA

1. Derecho a la salud · 21

1.1. Derecho a la salud de las personas migrantes en situación migratoria irregular en estado de embarazo · **23**

1.1.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **23**

1.1.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia · **29**

1.2. Derecho a la salud de las personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedades catastróficas · **31**

1.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **31**

1.2.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia · **49**

1.3. Derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular · **53**

1.3.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos · **53**

1.3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **57**

2. Derechos laborales · 64

2.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos · **65**

2.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia · **71**

3. Seguridad social · 74

3.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos · **75**

3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **79**

PARTE II

VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS ASOCIADAS A LA CONDICIÓN MIGRATORIA

1. Debido proceso · 89

1.1. Procedimientos sancionatorios de carácter migratorio y detención migratoria · **91**

1.1.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos · **91**

- 1.1.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **115**
 - 1.1.3. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia · **135**
 - 1.2. Procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado y obtención de visados · **142**
 - 1.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **142**
 - 1.2.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia · **146**
-
- 2. **Derecho a la nacionalidad · 149**
 - 2.1. Registro extemporáneo de nacionalidad · **151**
 - 2.1.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **151**
 - 2.1.2. Jurisprudencia de los Tribunales y juzgados de Colombia · **163**
 - 2.2. Derecho a la nacionalidad de menores de edad hijos de personas migrantes · **165**
 - 2.2.1. Falta de acceso a documentos de identificación y situación de apatridia · **165**
 - 2.2.1.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos · **165**
 - 2.2.2. Adquisición de la nacionalidad por nacimiento e interpretación restrictiva del requisito del domicilio · **173**
 - 2.2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **173**
 - 2.3. Situación de apatridia de menores nacidos en el extranjero · **183**
 - 2.3.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · **183**

PARTE III

VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS ASOCIADAS A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. Trata de personas · 189

- 1.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos · 190
 - 1.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia · 205
 - 1.3. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia · 212
-

Referencias · 215

Abreviaturas

ABA ROLI	American Bar Association Rule of Law Initiative
ACNUR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCD	Conectando Caminos por los Derechos
CEM	Centro de Estudios en Migración
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
CONARE	Comisión Asesora para la determinación de la condición de refugiado
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADDH	Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre
DDHH	Derechos humanos
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EPS	Entidad Promotora de Salud
ETPV	Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos
FOSYGA	Fondo de Solidaridad y Garantía
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
MRE	Ministerio de Relaciones Exteriores
NNA	Niños, niñas y adolescentes
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PARD	Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos
PEP	Permiso Especial de Permanencia
PEPFF	Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización
PPT	Permiso por Protección Temporal
RAMV	Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos
RNEC	Registraduría Nacional del Estado Civil
RUMV	Registro Único para Migrantes Venezolanos
RUTECR	Registro Único de Trabajadores Extranjeros en Colombia
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SIRE	Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros
SGSSS	Sistema General de Seguridad Social en Salud
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Presentación

El Centro de Estudios en Migración (CEM) y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y el programa Conectando Caminos por los Derechos, financiado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), presentan la “Bitácora Jurisprudencial de la Migración”.

Conectando Caminos por los Derechos (CCD)

El programa Conectando Caminos por los Derechos (CCD) promueve iniciativas que buscan avanzar en la justicia y protección de los derechos humanos de la población migrante y refugiada venezolana, colombianos retornados y población receptora en Colombia. En particular, se propone (i) prevenir las violaciones a los derechos humanos; (ii) fortalecer los sistemas de protección de los derechos humanos; (iii) responder a las violaciones a los derechos humanos; (iv) responder a circunstancias cambiantes. CCD es implementado por el consorcio integrado por Pact, la American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI), Freedom House e Internews entre los meses de mayo de 2020 y abril de 2024.

Clínica Jurídica para Migrantes, Universidad de los Andes

La Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes nace en junio 2019, a partir de la necesidad de crear una clínica jurídica especializada, capaz de diseñar, articular e implementar distintas estrategias jurídicas para responder al fenómeno social complejo de la migración. La Clínica combina distintas estrategias de litigio, tanto individuales como colectivas. Conoce más en: migracionderecho.uniandes.edu.co

Centro de Estudios en Migración (CEM), Universidad de los Andes

El Centro de Estudios en Migración (CEM), creado en febrero de 2019, nace para responder a los desafíos que plantea la gestión del fenómeno migratorio que está ocurriendo hoy en Colombia y en la región latinoamericana. El Centro busca consolidar una iniciativa que, desde una perspectiva interdisciplinar, pueda responder a los diferentes retos que plantea la migración en Colombia. Para hacerlo, el CEM satisface una importante demanda de actividad académica y de incidencia especializada en migración y refugio en Colombia. Además, busca consolidar una red académica que reúna las diferentes iniciativas alrededor del fenómeno migratorio. El CEM está comprometido con la producción de conocimiento académico de excelencia sobre el tema de la migración y con la construcción de alianzas con actores estratégicos para el desarrollo de la política migratoria del Estado colombiano. Conoce más en: migracionderecho.uniandes.edu.co

Resumen__ La Bitácora Jurisprudencial de la Migración recoge y analiza los pronunciamientos sobre los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia y una selección de decisiones adoptadas por jueces de instancia del Estado colombiano, actuando como jueces de tutela, sobre la protección de estos derechos. Está compuesta por 52 fichas de análisis jurisprudencial y pretende ser una herramienta útil, accesible y de fácil consulta para organizaciones de la sociedad civil, líderes y lideresas, academia, centros de pensamiento, consultorios y clínicas jurídicas, jueces, funcionarios públicos y, en general, personas que, en Colombia y en América Latina, trabajan para defender los derechos de la población migrante y refugiada.

La bitácora organiza los pronunciamientos seleccionados para el análisis en tres categorías: (i) las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales de la población migrante y refugiada. Al interior de ésta se abordan los pronunciamientos sobre los derechos laborales, el derecho a la salud y a la seguridad social de las personas migrantes y refugiadas; (ii) las violaciones a los derechos humanos asociadas a la condición migratoria, en el marco de la cual se consideran las decisiones sobre el derecho al debido proceso y nacionalidad; (iii) las violaciones a los derechos humanos asociadas a la criminalidad organizada, que aborda los pronunciamientos sobre la trata de personas y las violaciones relacionadas de los derechos de las personas migrantes y refugiadas.

El análisis realizado para la construcción de la bitácora permite, además, identificar los avances más relevantes en la protección de los derechos de esta población y tomar conciencia de los vacíos que todavía permanecen en este cuerpo jurisprudencial. Así, por un lado, llama la atención el importante conjunto de sentencias de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la salud de personas migrantes y refugiadas y su reiteración por parte de las sentencias de instancia de tutela analizadas. También, es relevante el conjunto de decisiones sobre el derecho a la nacionalidad de personas nacidas en el extranjero de padres colombianos, las cuales necesitan registrar de forma extemporánea su nacimiento. De la misma forma, es necesario subrayar que casi la totalidad de los pronunciamientos analizados sobre violaciones al derecho al debido proceso reconocen la vulneración de este derecho y ratifican las garantías del mismo a favor de las personas migrantes y refugiadas. En este contexto, el único pronunciamiento sobre trata de personas migrantes resalta por las órdenes emitidas, no solo a favor de la mujer víctima de este delito, sino también las de orden estructural que involucran a distintas autoridades del Estado. Por otro lado, salta a la vista la falta de cualquier decisión sobre personas migrantes y refugiadas víctimas de reclutamiento forzado o de desaparición forzada.

La bitácora se construyó a partir del convencimiento de que el conocimiento del cuerpo jurisprudencial sobre los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas es fundamental y necesario para avanzar en la protección y garantía de sus derechos.

Consulta también la Bitácora Jurisprudencial de la Migración a través de este [mapa mental](#) y [página web](#).

Introducción

Colombia es el Estado de destino del mayor número de nacionales venezolanos en la región latinoamericana y a nivel global¹. Según datos de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (Migración Colombia), la autoridad de control y verificación migratoria del Estado colombiano, a enero del 2021, se encontraban en el territorio nacional un estimado de 1,740,000 nacionales venezolanos². Para ese entonces, más de la mitad se encontraba en situación migratoria irregular. Para responder a este fenómeno migratorio, el Estado colombiano ha desarrollado un marco normativo y de políticas públicas *ad hoc* compuesto, en su totalidad, por actos administrativos los cuales pretenden, al tiempo que establecer mecanismos de regularización del estatus migratorio para los nacionales venezolanos, regular su acceso a derechos y servicios.

La fragmentariedad, reactividad y dispersión de estas medidas las hacen difíciles de conocer y comprender, tanto por parte de la población destinataria, como por parte de los operadores jurídicos y de los funcionarios públicos, incluyendo aquellos que deben responder frente a los casos de violaciones a los derechos humanos. A partir del reconocimiento de las evidentes falencias de estas medidas, en marzo del 2021, el Gobierno colombiano adoptó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), el cual busca caracterizar a una amplia parte de estos nacionales, así como otorgarle un estatus migratorio regular por el término de diez (10) años³. También, es fundamental mencionar la entrada en vigor, el 5 de agosto del 2021, de la Ley 2136 de 2021 “por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones”. Este cuerpo normativo, que debería orientar el desarrollo de la política pública migratoria a futuro, reproduce en muchos aspectos el marco normativo actual y carece de un enfoque de derechos.

1 ACNUR y OIM, Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.

2 Migración Colombia, Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Enero de 2021, 3 de marzo de 2021, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-enero-de-2021>.

3 D. 216/2021 y Res. 0971/2021.

Al mismo tiempo, es oportuno resaltar que, a pesar del alto número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado realizadas por nacionales venezolanos, los reconocimientos por parte del Estado colombiano han sido muy limitados⁴. Así mismo, no se han utilizado mecanismos de reconocimiento grupal *prima facie*, a diferencia de lo que han hecho otros países en la región⁵. De hecho, el sistema de refugio nacional es inadecuado para responder a la situación del país y deja a las personas solicitantes en una situación de desprotección y de excesiva espera de una respuesta por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores⁶.

Ahora bien, a pesar de que la migración de personas provenientes de Venezuela es la que más atención ha recibido, tanto en la agenda pública como por parte de la cooperación internacional, no es la única que ocurre en territorio colombiano. De hecho, Colombia es un país de tránsito y, en ocasiones, de destino, de personas haitianas, cubanas, así como de nacionales de los continentes asiático y africano, las cuales atraviesan el territorio nacional, sobre todo, con el objetivo último de llegar a Estados Unidos. El represamiento de estas personas en ciudades de tránsito obligado para que puedan seguir su viaje hacia Panamá, pone bajo la lupa de los medios de comunicación y de las autoridades nacionales estas partes del territorio⁷.

En este contexto, la demanda de acceso a servicios y garantía de derechos fundamentales por parte de la población migrante y refugiada en territorio colombiano ha impactado profundamente en la actividad de los jueces colombianos en distintas instancias. Así es que las demandas de protección de los derechos de esta población han implicado un aumento exponencial de los pronunciamientos sobre el alcance de los derechos de las personas migrantes y refugiadas. Al mismo tiempo, el estudio de este cuerpo jurisprudencial ha evidenciado el desconocimiento que, en algunos casos, los

4 La Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela señalaba que, al 31 de diciembre del 2020, Colombia registraba cerca de 19,600 solicitudes y, en la misma fecha, había reconocido a 771 nacionales venezolanos como refugiados. ACNUR y OIM, Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, <https://www.r4v.info/es/Refugiados>.

5 ACNUR, “Brasil se convierte en el país con el mayor número de refugiados venezolanos reconocidos en América Latina”, 31 de enero de 2020, <https://www.acnur.org/noticias/press/2020/1/5e34af654/brasil-se-convierte-en-el-pais-con-el-mayor-numero-de-refugiados-venezolanos.html>.

6 Véase, para un análisis más extenso sobre este punto, Carolina Moreno y Gracy Pelacani, “El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional”, en Fajardo, A. & Vargas, A. (Eds.). (2021). Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local. CODS-IDRC, <https://bit.ly/3y68nOG>.

7 Véase, entre otros, El Espectador, “Más de 14.000 migrantes represados en Necoclí generan nueva emergencia humanitaria”, 7 de septiembre de 2021, <https://www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/mas-de-14000-migrantes-represados-en-necocli-generan-nueva-emergencia-humanitaria/>.

jueces tienen, no solo del contexto en que se da la migración, sino también del marco normativo en materia migratoria. Esto resulta, en ocasiones, en la adopción de órdenes de imposible cumplimiento por parte de esta población, en la falta de reconocimiento de los motivos que impulsan su migración y, en últimas, de las necesidades que presentan. Así mismo, el estudio ha mostrado que existe un conjunto de pronunciamientos que reconocen los derechos de esta población y su situación de vulnerabilidad y que sientan avances importantes en la jurisprudencia del país sobre derechos de las personas migrantes y refugiadas.

En este sentido, la Bitácora Jurisprudencial de la Migración que aquí se presenta pretende ser una herramienta útil, accesible y de fácil consulta para organizaciones de la sociedad civil, líderes y lideresas, academia, centros de pensamiento, clínicas y consultorios jurídicos, jueces, funcionarios públicos y, en general, personas que, en Colombia y en la región, trabajan para la defensa de los derechos de la población migrante y refugiada. Para ello la bitácora quiere dar a conocer los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), de la Corte Constitucional de Colombia y de algunos jueces de instancia de tutela, los cuales han contribuido, de diversas formas, al avance de los derechos de la población migrante y refugiada.

Este instrumento se construye a partir de una labor de revisión, selección y análisis de los pronunciamientos judiciales sobre las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la población migrante y refugiada, los derechos humanos asociados a la condición migratoria y a los derechos humanos asociados a la criminalidad organizada. En particular, se toman en consideración aquellas decisiones sobre la protección del derecho a la salud, de los derechos laborales, del derecho a la seguridad social, al debido proceso y a la nacionalidad de las personas migrantes y refugiadas adoptadas en Colombia y en el marco del SIDH. Además, se identifican y analizan las decisiones sobre la trata de personas que involucran a personas migrantes y refugiadas.

Es así como la bitácora se compone de 52 fichas de análisis jurisprudencial, las cuales abarcan una selección de los pronunciamientos de los órganos del SIDH sobre personas migrantes y refugiadas, todas las sentencias de tutela de la Corte Constitucional de Colombia y una selección de decisiones adoptadas por jueces de instancia de tutela sobre la protección de estos derechos. En particular, cada ficha jurisprudencial identifica: (i) el pronunciamiento objeto de análisis; (ii) los temas y subtemas relevantes; (iii) los hechos del caso; (iv) las reglas y subreglas de la parte motiva; (v) la decisión adoptada; (vi) la jurisprudencia citada en la decisión; (vii) la relevancia del fallo y (viii) cuando es relevante, presenta observaciones sobre, entre otras, las intervenciones de terceras partes en el marco del proceso o los salvamentos y aclaraciones de votos, en el caso de las sentencias de la Corte Constitucional.

La revisión de los pronunciamientos que abarcan los derechos de la población migrante y refugiada antes mencionados ha permitido identificar, también, los vacíos que todavía permanecen en la jurisprudencia a este respecto. De hecho, en la bitácora no se encontrarán pronunciamientos sobre personas migrantes y refugiadas víctimas de reclutamiento forzado o de desaparición forzada⁸. Este vacío lleva a interrogarse sobre su razón de ser, la cual podría deberse a un temor de acercarse a las autoridades para ponerlas en conocimiento de estos hechos, así como de obstáculos en el acceso a la justicia para esta población, entre otros. En este sentido, este vacío no debe llevar a concluir que estas violaciones no ocurren, sino todo lo contrario, y debe ser un impulso para seguir trabajando en aras de garantizar un más amplio acceso a la justicia de estas personas en Colombia.

Más allá del texto que aquí se presenta, la Bitácora Jurisprudencial de la Migración podrá explorarse a través de dos herramientas interactivas que la acompañan: por un lado, un [mapa mental](#) y, por el otro, una [página web](#). Ambos formatos se elaboraron con el objetivo de hacer lo más accesible posible este instrumento y fácil su navegación.

⁸ Una serie de alertas tempranas emitidas por la Defensoría del Pueblo confirman que las personas migrantes y refugiadas se encuentran en riesgo de ser víctimas de reclutamiento forzado o de desaparición forzada por parte de grupos armados al margen de la ley. Véase, respecto al municipio de Puerto Carreño (Departamento de Vichada), Defensoría del Pueblo, Alerta Temprana no. 0005 de 2021, 2 de marzo de 2021. Respecto a los municipios de Cúcuta, Villa del Rosario y Puerto Santander (Departamento de Norte de Santander), Defensoría del Pueblo, Alerta Temprana no. 035 de 2020, 5 de agosto de 2020.

Puntos para rescatar del análisis realizado

Con respecto al **derecho a la salud**, es importante reconocer el gran impacto que ha tenido la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, en el desarrollo de este derecho, ampliando el concepto de la atención básica de urgencias y garantizando el acceso a este derecho para la población refugiada y migrante, especialmente en situación irregular. En este sentido, la jurisprudencia constitucional, que ha sido la más extensa frente a este derecho, ha establecido que la atención básica en urgencias que la Constitución y la normatividad garantizan a todas las personas, independientemente de su situación migratoria, puede ampliarse a escenarios donde, de no hacerlo, habría una afectación al derecho a la vida. Uno de los escenarios donde se amplía el concepto de atención en urgencias, se refiere a los casos de las mujeres en estado de embarazo. Lo anterior busca proteger el derecho a la vida del que está por nacer, con justificación en el interés prevalente del menor. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha incluido el deber de la prestación del servicio de salud en la atención previa, durante y posterior al parto, independientemente de la situación migratoria de la mujer en embarazo.

Por otro lado, el segundo supuesto se refiere a las personas que sufren de alguna enfermedad catastrófica y que, bajo concepto de su médico tratante, deben recibir un tratamiento, con el fin de evitar la muerte. La Corte ha delimitado estas enfermedades catastróficas al virus de inmunodeficiencia humana (VIH) – Sida y al cáncer. Una tercera línea donde las decisiones tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte CIDH), como de la Corte Constitucional han tenido desarrollo, se refiere al derecho de todos los niños, niñas y adolescentes a acceder a los servicios en salud, independientemente de su situación migratoria. En particular, para el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha buscado garantizar a los hijos de personas migrantes venezolanas recién nacidos en Colombia la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), independientemente de la situación migratoria de los padres. Esta jurisprudencia ha sido reproducida por los jueces de instancia de tutela en distintas regiones del país.

Sobre las violaciones a los **derechos laborales** de las personas migrantes y refugiadas, que se encuentran en la primera sección de la bitácora, los pronunciamientos

considerados sientan, en especial, dos puntos importantes. El primer punto es que las personas migrantes deben ser protegidas y sus derechos garantizados como trabajadores, independientemente de su situación migratoria irregular. En este sentido, los Estados están obligados a eliminar de sus marcos normativos aquellas disposiciones y prácticas que sean discriminatorias hacia los trabajadores migrantes en situación migratoria irregular, inclusive cuando estos comportamientos sean llevados a cabo por terceros. Además, deberán prever y garantizar el acceso a mecanismos idóneos y efectivos para que las personas migrantes puedan reaccionar ante vulneraciones de sus derechos laborales, con el fin de recibir una indemnización oportuna. Finalmente, un último pronunciamiento analizado en esta sección de la bitácora subraya la conexidad entre el derecho al trabajo y al mínimo vital para personas migrantes en situación de extrema vulnerabilidad, reiterando que las autoridades deben adoptar un enfoque interseccional al tomar decisiones que afectan sus derechos fundamentales.

Frente al **derecho a la seguridad social** de la población migrante y refugiada, entendida como acceso a pensión y riesgos laborales, es necesario resaltar que tanto las opiniones de la Corte IDH como la única decisión que hay de la Corte Constitucional a este respecto, se alinean en torno a la garantía del acceso a la seguridad social que se le debe dar a las personas migrantes trabajadoras, independientemente de su situación migratoria, pues es un derecho inherente a su condición de trabajador. En este sentido, la Corte IDH y la Corte Constitucional han establecido que, si bien los Estados no están en la obligación de emplear a la población migrante en situación irregular, pues se reconoce el deber que las personas tienen de cumplir con las obligaciones que imponen los Estados, como aquella de regularizar su situación migratoria, lo cierto es que, si logran emplearse, se les deben reconocer todas las garantías de los trabajadores, incluyendo el acceso a la seguridad social. Si bien no ha sido un derecho que hasta el momento haya sido ampliamente desarrollado, la Corte Constitucional en su única decisión ha reconocido la importancia de pronunciarse sobre este y, en la actualidad, cursa en sede de revisión de la Corte Constitucional otro proceso, que puede abrir la puerta a pronunciamientos que refuercen y amplíen las garantías hasta ahora establecidas en la jurisprudencia.

El derecho al **debido proceso** está previsto en los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 29 de la Constitución Política colombiana. A partir de estas disposiciones y de la jurisprudencia que al respecto han desarrollado la Corte IDH y la Corte Constitucional colombiana, es claro que el debido proceso es un derecho que se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas que tienen la vocación de definir o modificar la situación y los derechos de las personas. De acuerdo con la jurisprudencia estudiada, esta protección se extiende, sin excepción, a las actuaciones administrativas adelantadas por las autoridades que

tienen a su cargo los asuntos migratorios y de extranjería, como lo son en el caso colombiano Migración Colombia y Ministerio de Relaciones Exteriores, respectivamente. Sin perjuicio de la competencia que los Estados tienen para definir sus políticas migratorias y de extranjería y de la discrecionalidad que les asiste a las autoridades administrativas para el ejercicio de sus funciones, sus procedimientos deben ser respetuosos del conjunto de las garantías del debido proceso, so pena de emitir decisiones arbitrarias.

Frente a las violaciones del **derecho a la nacionalidad**, el análisis realizado se enfoca, en primer lugar, sobre un importante conjunto de pronunciamientos con relación a los obstáculos que deben sortear las personas nacidas en el extranjero de padres colombianos, las cuales requieren registrar de forma extemporánea su nacimiento con el fin de ser reconocidas como nacionales colombianos. Estas decisiones reiteran la conexidad entre el derecho a la nacionalidad y otros derechos fundamentales y la necesidad de considerar el contexto del país de origen de la persona migrante con el fin de no imponer requisitos imposibles de cumplir. En este sentido, es importante explicitar que todas las decisiones analizadas abordan situaciones en las cuales los accionantes son nacionales venezolanos hijos de padres colombianos, para quienes resulta muy difícil o imposible presentar los documentos oficiales que se requieren para el registro extemporáneo de su nacimiento, como la apostilla.

Un segundo grupo de pronunciamientos se concentra en aquellos obstáculos que se originan a partir de normativas o prácticas discriminatorias que impiden registrar los nacimientos de niños y niñas nacidos en el territorio nacional de padres extranjeros o con ascendencia extranjera, así como acceder a documentos de identificación. En estos casos, la Corte IDH reconoce que se materializa una vulneración de los derechos a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre, lo cual profundiza la situación de vulnerabilidad de las víctimas, especialmente cuando se trata de menores de edad, y puede dejarlos en situación de apatridia.

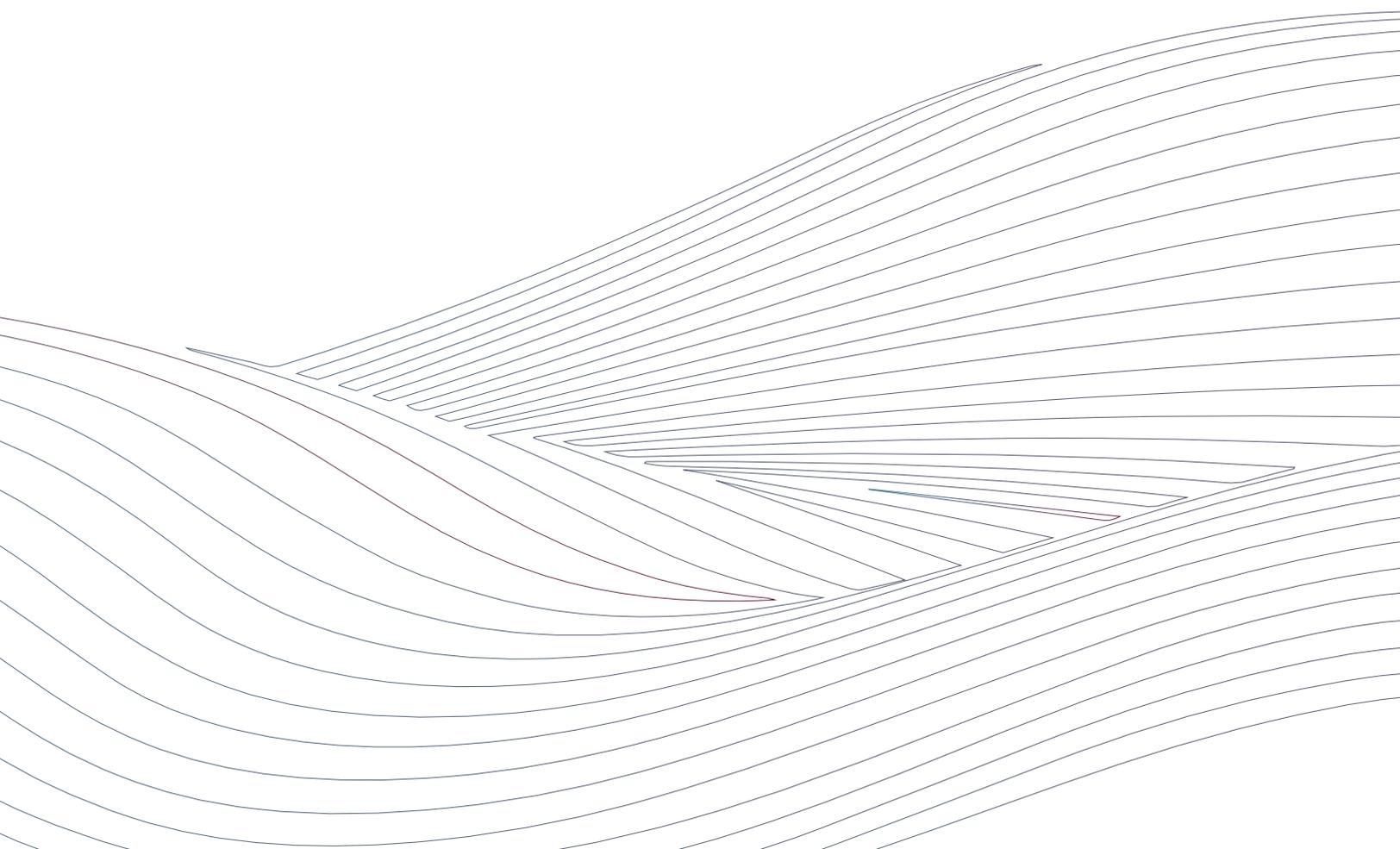
El tercer grupo de decisiones consideradas en el marco de las violaciones al derecho a la nacionalidad se enfoca, por un lado, en casos en los cuales los padres extranjeros de menores nacidos en territorio colombiano no cumplen con los requisitos necesarios para que sus hijos sean reconocidos como nacionales colombianos, según lo establecido por la normativa colombiana sobre adquisición, pérdida y renuncia a la nacionalidad. Por el otro, este grupo de pronunciamientos también incluye una decisión que aborda un vacío del ordenamiento jurídico nacional, el cual no prevé un mecanismo para poder declarar la situación de apatridia de una persona nacida en el extranjero. Este conjunto de decisiones es de fundamental importancia en la medida en que se establece una obligación en cabeza de las autoridades de interpretar el concepto de domicilio a partir de las disposiciones del Código Civil que lo definen, cuando deciden cuestiones relacionadas con el derecho a la nacionalidad. También, se ordena

al Ministerio de Relaciones Exteriores establecer un procedimiento para determinar la situación de apatridia de una menor de edad nacida en el extranjero y de proteger sus derechos fundamentales, cuya desprotección no puede justificarse por un vacío del ordenamiento.

Finalmente, el rastreo y análisis de jurisprudencia que se ha recogido en esta bitácora permite concluir que la **trata de personas** es una temática incipientemente abordada por la Corte IDH y la Corte Constitucional colombiana. A nivel del Sistema Interamericano, las dos sentencias identificadas, si bien son muy relevantes porque delimitan el alcance de la trata y fijan los criterios para la identificación de esta conducta partiendo de su definición, no ofrecen aspectos singulares sobre la trata de personas en contextos de migración. Por su parte, recientemente la Corte Constitucional de Colombia emitió la primera sentencia de tutela sobre un caso de trata transnacional en el que la accionante, víctima de este delito, es una mujer proveniente de Venezuela, cuyos hechos ocurrieron en el contexto de migración venezolana hacia Colombia. En este importante fallo, la Corte advierte que la trata de personas debe abordarse desde un enfoque de derechos humanos, con perspectiva de género e interseccional. Así mismo, la Corte ratificó lo dicho por el juez de tutela de segunda instancia, quien precisó que la protección a las víctimas de trata de personas, y la correspondiente provisión de las medidas mediatas e inmediatas, no puede estar supeditada a la calificación del tipo penal que haga la Fiscalía ni a la denuncia de la conducta penal.

PARTE I

VIOLACIONES A LOS
DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES
DE LA POBLACIÓN
MIGRANTE Y REFUGIADA



1. Derecho a la salud

Esta sección se dedica a hacer un recuento de las decisiones judiciales relativas al derecho a la salud de las personas migrantes y refugiadas. Frente a este punto es importante resaltar que, si bien ha habido pronunciamientos por parte de órganos del SIDH, la mayoría de las decisiones que aborda esta sección son de la Corte Constitucional colombiana y de jueces de instancia que, desde distintas regiones del país, han aplicado el precedente de la Corte Constitucional a casos en concreto, incluso algunas veces, extendiendo el alcance de la protección al derecho.

Por un lado, en el plano internacional, la Corte IDH se ha pronunciado sobre este derecho, principalmente con respecto a la garantía que debe haber para los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes y refugiados. En este sentido, ha sido de la opinión de la Corte IDH que las políticas migratorias de los Estados deben tener un enfoque de derechos humanos, es decir, deben estar dirigidas a la protección, ejercicio y goce de los derechos de quienes están bajo su jurisdicción, independientemente de su situación migratoria. En este sentido, reitera la relevancia de adoptar medidas para una protección completa, que incluyan una atención integral en salud (física, psicosocial y material) de los NNA, que esté culturalmente ajustada y que tenga enfoque de género.

Por su parte, en el plano nacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha sido fundamental para el desarrollo de este derecho en el país para las personas migrantes en situación migratoria irregular. En especial la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hasta el 2016, ha establecido que, en virtud de la protección al derecho a la vida y a la igualdad, todas las personas extranjeras en territorio colombiano tienen derecho a la atención en salud básica de urgencias, independiente de su situación migratoria. No obstante lo anterior, a partir del 2016, en parte como consecuencia del aumento en la llegada de personas migrantes provenientes de Venezuela en busca de la prestación de este servicio, la Corte Constitucional - y algunos jueces de instancia que aplican la jurisprudencia constitucional-, ha ampliado el alcance de la atención en urgencias para las personas migrantes en situación migratoria irregular.

En este contexto, esta sección se divide en tres subsecciones que se refieren a las circunstancias en las que las distintas instancias han ampliado el amparo de este

derecho: (i) ante el estado de embarazo de una mujer migrante en situación migratoria irregular; (ii) ante la presencia de una enfermedad catastrófica y (iii) respecto a la atención en salud de niños, niñas y adolescentes.

En el primer escenario, con respecto a las mujeres en estado de embarazo que se encuentran en situación migratoria irregular, la Corte Constitucional ha establecido que, en aras de proteger principalmente los derechos del que está por nacer, se debe prestar la atención previa, durante y posterior al parto. Así, la Corte recuerda, principalmente en la sentencia SU-677 de 2017, que si bien las personas migrantes tienen la obligación de regularizar su situación migratoria para poder afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud para recibir la asistencia más allá de los servicios básicos de urgencias, el derecho a la vida prevalece, y más cuando se trata de la vida de un recién nacido o incluso de la madre. En razón de lo anterior, y como lo reitera en la sentencia T-074 de 2019, la Corte amplía el alcance de la atención en urgencias a los controles previos, la atención durante y las consultas posteriores al parto. Esta jurisprudencia es reiterada en sentencias de instancia de distintas regiones del país.

Con respecto al segundo escenario, donde las personas migrantes sufren de alguna enfermedad catastrófica, que la Corte ha delimitado al cáncer y VIH-Sida, con las sentencias T-705 de 2017 y T-210 de 2018, el Tribunal constitucional incluyó el tratamiento de estas enfermedades dentro de la atención en urgencias, únicamente cuando el médico tratante determine la necesidad imperante del mismo, con el fin de evitar una afectación al derecho a la vida de la persona pues, de no recibir dicho tratamiento, la persona podría morir.

Finalmente, con respecto al acceso al derecho a la salud por parte de los NNA, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, independientemente de su situación migratoria, deben recibir la atención médica que requieran, siempre con base en el interés prevalente de los NNA. En este sentido, se reitera que los niños recién nacidos en Colombia, en virtud de la normatividad vigente e independientemente de la situación migratoria de los padres, debe ser afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud para recibir atención integral en salud.

1.1. Derecho a la salud de las personas migrantes en situación migratoria irregular en estado de embarazo

1.1.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia SU-677 de 2017	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Plena • Tipo de providencia: Sentencia de Unificación • Número de providencia o radicación: SU-677 de 2017 / Expediente T-5.860.548 • Tipo de proceso: Acción de Tutela • Fecha: 15 de noviembre de 2017 • Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU677-17.htm 	
Tema	
Derecho a la salud – Alcance atención en urgencias a personas migrantes en embarazo en situación migratoria irregular	
Subtemas	
Afiliación al SGSSS; Registro de Nacimiento; Personalidad Jurídica; vida digna	
Hechos	
<p>Por las condiciones socioeconómicas de Venezuela, en marzo de 2016, el accionante, que tiene una discapacidad visual, y su esposa, ambos venezolanos, migraron de manera irregular a Colombia. En este momento, su esposa tenía cuatro meses de embarazo. La mujer gestante tuvo su último control en marzo de 2016 antes de salir de Venezuela y su hija estaba en buenas condiciones.</p> <p>El accionante afirma que múltiples veces se acercaron al hospital ubicado en territorio colombiano para que le realizaran los controles prenatales gratuitamente, pero dado que se encontraban en situación migratoria irregular se les informó que debían cubrir los costos del servicio solicitado.</p>	

Dado que no contaban con los recursos, posteriormente regresaron al mismo centro de salud solicitando que se hicieran los controles de manera gratuita al explicar que no contaban con los recursos económicos para costear los exámenes. El Centro no solo se negó a realizar los controles, sino que también se negó a prestar la eventual atención al parto, informando que debía hacerse de forma particular, lo que implicaría para los accionantes un costo pues tendrían que pagar por el servicio. De lo contrario, los accionantes debían volver a Venezuela para realizar el procedimiento.

El accionante promovió acción de tutela en nombre de su esposa al considerar que se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, la vida e integridad física, al negarse los controles prenatales y asistencia en el parto.

Procedimiento

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Icara admitió la acción de tutela, vinculando al Ministerio de Salud y Protección Social, la Cancillería, Migración Colombia, la Defensoría del Pueblo de Arauca y el Gobernador de este departamento.

En fallo de única instancia decide negar el amparo pues los extranjeros tienen derechos y obligaciones al igual que los nacionales colombianos, que en su caso incluye regularizar su situación migratoria y afiliarse al SGSSS, para recibir la atención completa en salud. Así mismo, estableció que no se evidenciaba ningún perjuicio irremediable por las buenas condiciones en las que se encontraban madre e hija.

En sede de revisión, la Corte vinculó a la Alcaldía de Icara y ofició a distintas organizaciones para que intervinieran.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano

La Corte recuerda la obligación de los extranjeros en Colombia de contar con la documentación necesaria, producto de estar de manera regular en el país, para afiliarse al SGSSS.

La protección de los extranjeros con permanencia irregular en el contexto de una crisis humanitaria causada por una migración masiva

La Corte reconoce por primera vez la existencia de la crisis humanitaria en Venezuela y su relación con la migración masiva de ciudadanos venezolanos a Colombia. Hace mención al principio de solidaridad y cubrimiento universal en el SGSSS y al deber de las entidades territoriales de proteger el derecho a la vida digna y la integridad física de los extranjeros en situación migratoria irregular en un contexto de crisis humanitaria.

De igual manera, la Sala resaltó la dificultad que enfrentan las entidades territoriales en zona de frontera para poder atender y costear la atención en salud de personas migrantes en situación migratoria irregular, dada su limitación presupuestal. Reitera la normatividad para hacer frente a la situación actual, destinando a estas entidades territoriales, por medio del FOSYGA, recursos para la prestación del servicio cuando (i) corresponda a una atención inicial de urgencias, (ii) no cuenta con un seguro ni está afiliado al sistema, (iii) incapacidad de pago de la persona, (iv) la persona es nacional de un país fronterizo y (v) que la atención se brinde en red pública hospitalaria del departamento o distrito.

La Corte recapitula su línea jurisprudencial en torno al derecho a la vida y la obligación de las autoridades públicas y privadas de protegerlo, no solo evitando la muerte sino también las condiciones que la hagan insoportable y hasta indeseable.

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia

Con respecto al acceso a salud de los menores de edad, la Corte recuerda que, en virtud del principio de la prevalencia del interés superior del menor, el Estado es el principal garante del acceso a los servicios en salud al mejor nivel posible para los recién nacidos, incluso cuando la situación migratoria de los padres es irregular. Lo anterior pues se encuentran en extremo estado de vulnerabilidad.

Así mismo, los recién nacidos en el país deben ser afiliados al SGSSS presentando un registro civil de nacimiento, a pesar de tener o no la nacionalidad colombiana y de manera independiente a la situación migratoria de los padres.

La Corte, además, recordó la obligación en cabeza de las entidades territoriales de prestar de manera gratuita los servicios prenatales, natales y posnatales. Lo anterior para evitar la puesta en peligro de la vida del feto, de la madre o del recién nacido sin justificación alguna.

Finalmente, la Corte decide incluir en el alcance de la prestación del servicio de salud en urgencias los controles prenatales, la asistencia en el parto y los controles posteriores al nacimiento.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Revocar la sentencia de única instancia que negaba el amparo de los derechos fundamentales y declarar la carencia actual en el objeto.

Advertir al hospital que no puede incurrir en acciones como las que dieron lugar al fallo, por lo que debe cumplir con las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia en relación con la atención básica y de urgencias a personas migrantes en situación migratoria irregular.

Advertir a la Registraduría que no puede retrasar ni denegar un registro civil de nacimiento a los hijos de personas migrantes en situación migratoria irregular.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-535 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, T-675 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa

Relevancia del fallo

Hay un reconocimiento expreso de la crisis humanitaria que atraviesa Venezuela, en relación con la creciente movilidad humana proveniente de este país y la necesidad de acceso a los servicios en salud de sus nacionales.

También es relevante en tanto que amplía el alcance que hasta ese momento la Corte había reconocido a los servicios en salud de urgencia a personas migrantes en situación migratoria irregular, incluyendo los controles previos al parto, la asistencia en el parto y los controles posnatales.

Observaciones

Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas presentaron salvamento de voto en los siguientes términos: Si bien están de acuerdo con las decisiones tomadas por las mayorías, consideran que se incurrió en un error de enfoque al haber ignorado la perspectiva de género que distingue este caso de otros similares de personas migrantes en permanencia irregular que llegaron a Colombia producto de la crisis en Venezuela.

Diana Fajardo Rivera presenta aclaración de voto: En su aclaración de voto, la magistrada afirma que se concedió el amparo en el caso en particular, toda vez que el médico había determinado la prestación del servicio como urgente. En este sentido, aclara que es el concepto del profesional de la salud el que permite establecer, con base científica, cuando se requiere un servicio con necesidad. Es decir, el alcance de la atención básica en urgencias, para atender necesidades básicas, relacionados con los asuntos de salud, debe precisarse y delimitarse a los contextos específicos.

Corte Constitucional Sentencia T-074 de 2019

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Quinta
- **Tipo de providencia:** Tutela
- **Número de providencia o radicación:** T-074 de 2019 / Expediente T-6.703.349
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:** 25 de febrero de 2019
- **Magistrado ponente:** Antonio José Lizarazo Ocampo
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-074-19.htm

Tema

Acceso a la salud de mujeres migrantes embarazadas en situación migratoria irregular

Subtemas

Interés prevalente del menor; atención prenatal; atención posparto.

Hechos

El accionante y su esposa llegaron desde Venezuela a Colombia en septiembre de 2017. Al momento de interponer la acción de tutela, la esposa del accionante contaba con 2 meses de embarazo, por lo cual acudieron a las entidades estatales encargadas de otorgar servicios de salud

con el fin de se les brindaran las valoraciones y tratamientos necesarios. En ningún lugar fueron atendidos, ya que su esposa no cuenta con los documentos recibir la prestación del servicio.

El accionante declara estar adelantando los trámites para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, toda vez que es hijo de nacional colombiana, pero el trámite es demorado. Dado que no puede trabajar, no tiene capacidad económica para pagar los servicios que requiere su esposa. El accionante considera injustificado que se le nieguen a su esposa en estado de embarazo, los servicios de salud requeridos, aún más cuando el que está por nacer es sujeto de especial protección constitucional. En consecuencia, considera que se le deben reconocer unos derechos mínimos y permitir el acceso a las terapias, valoraciones y demás controles necesarios para preservar su vida y la del que está por nacer.

Por tales razones, solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social de su esposa y, en consecuencia, que se ordene a la Secretaría de Salud de Risaralda y a su homóloga en Pereira que dispongan lo necesario para garantizar los servicios de salud que esta última requiere debido a su estado de embarazo. De igual forma, solicita se autorice la vinculación al régimen subsidiado, teniendo en cuenta la difícil situación económica en que se encuentran. De otro lado, requiere que se ordene a Migración Colombia agilizar su trámite de “nacionalización”, para poder acceder a las garantías a las que considera tener derecho como hijo de madre colombiana. A su vez, reclamó la adopción de una medida provisional para que se ordenara el cumplimiento de lo antes señalado.

Procedimiento

En primera instancia, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira resolvió declarar improcedente el amparo por la situación migratoria irregular de los accionantes, por lo que no tienen acceso a la cobertura completa de los servicios en salud. La decisión no fue impugnada y pasó a revisión de la Corte Constitucional.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Derechos de los extranjeros en Colombia

La Corte recuerda la jurisprudencia constitucional que afirma que, salvo las limitaciones que establezca el ordenamiento jurídico, los extranjeros, gozan, en principio, de los mismos derechos fundamentales y garantías que se reconocen a los colombianos, *dado que son inherentes a la persona y tienen un carácter universal*, para cuyo ejercicio deben cumplir las normas establecidas en el ordenamiento interno, aplicables a quienes se encuentren en el territorio nacional, como lo establece el artículo 4º de la Constitución. No obstante, sí puede haber un trato diferenciado siempre que esté justificado y, la medida que se adopte, deberá ser de carácter objetivo y razonable. Así mismo, en tanto que los extranjeros gozan de derechos civiles, también deben cumplir con la obligación de regularizar su situación migratoria.

Derecho a la salud de los migrantes en Colombia

La Corte afirma que la atención de urgencias no se encuentra orientada únicamente a estabilizar signos vitales, sino también a “preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios

que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”.

Caso concreto

Al verificar que durante el trámite de revisión y por medio de una medida cautelar otorgada por la Corte, a la mujer se le prestaron los servicios de control prenatal, afirma que la atención en urgencias debe, de la misma manera, preservar de manera digna la vida de la madre y del que está por nacer. Además, reconoce que el juez de instancia desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la prestación de servicios en salud a personas migrantes venezolanas.

La Corte considera pertinente señalar que las entidades de salud demandadas deberán continuar con la prestación de servicios al menor recién nacido, debido a que por su situación de mayor grado de vulnerabilidad no se pueden dejar de atender sus necesidades en salud. Por tanto, el suministro del mencionado servicio se debe mantener por lo menos hasta que el accionante y la agenciada regularicen su situación migratoria en el país y logren vincularse al sistema de seguridad social en salud. En este sentido, la Corte permite que en estos casos se prolongue el tiempo de prestación de servicios en urgencias hasta que la persona esté afiliada.

No obstante lo anterior, la Corte considera que en el trámite de la acción, razones que llevaron a la acción de tutela fueron superadas y procede a declarar carencia actual en el objeto por hecho superado.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte decide revocar la sentencia de única instancia y por la atención prestada en el trámite de la revisión, se declara carencia actual de objeto por hecho superado. Insta al accionante para regularice su situación migratoria en el país y la de su familia para poder ser afiliado al SGSSS. Dispone que la atención en salud debe prestarse al menor hasta que sea afiliado.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-314 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-421 de 2017, M.P. Iván Humberto Escurcería Mayolo

Corte Constitucional, T-705 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional, SU-677 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-348 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Relevancia del fallo

La Corte, no solo reconoce y ampara los derechos de las mujeres migrantes gestantes, sino que además amplía la cobertura a los cuidados posteriores al parto en observancia del interés prevalente del menor.

1.1.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia

Juzgado Treinta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá Sentencia 6 de agosto de 2020	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Juzgado Treinta y Ocho de Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple de Bogotá • Tipo de providencia: Primera Instancia • Tipo de proceso: Acción de Tutela • Fecha: 6 de agosto de 2020 	
Tema	
Derecho a la salud de personas migrantes en situación migratoria irregular en embarazo	
Subtemas	
Derecho a la vida; Afiliación al Sistema General de Seguridad Social; Situación migratoria irregular; Prestación en salud a beneficio de mujer migrante gestante.	
Hechos	
<p>La accionante, de nacionalidad venezolana, ingresó al país en 2018. Su situación migratoria es irregular. Se encuentra en estado de gravidez y ha acudido a la Subred Integrada de Salud Sur Occidente buscando la atención en urgencias tras presentar fuertes sangrados. La subred informó que solo se presta la atención en urgencias por su situación migratoria. Es decir, no se le podían prestar controles prenatales.</p> <p>La accionante afirma que, por los altos costos y su condición económica, no puede sufragar los costos de estos servicios. Considera que sus derechos fundamentales son vulnerados, razón por la que acude a la acción de tutela y solicita se ordene a las accionadas a brindarle de manera gratuita la atención médica asistencial, es decir, en los controles prenatales para la protección del derecho a la vida y la salud suya y de su hijo. Así mismo, solicita la atención el día del parto.</p>	
Consideraciones (reglas y subreglas)	
<p>Recuerda la jurisprudencia constitucional frente a la Seguridad Social en Salud de los extranjeros en permanencia irregular, resaltando que disfrutan de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales colombianos y deben acatar la Constitución y las leyes, así como a respetar y obedecer a las autoridades.</p> <p>Así mismo, recuerda que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para quien reside en Colombia, sea en régimen contributivo o subsidiado. El extranjero para su afiliación debe presentar cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático,</p>	

salvoconducto de permanencia o PEP. Es una obligación tener alguno de estos documentos para la afiliación.

A pesar del deber de afiliación, el despacho reitera la jurisprudencia constitucional frente al derecho de todos los extranjeros migrantes, independientemente de su situación migratoria de recibir atención básica y de urgencias en el territorio nacional, toda vez que se protege el mínimo vital como manifestación de la dignidad humana. En el caso de los migrantes en situación migratoria irregular, esto se basa, además, en el principio de solidaridad porque el Sistema de Salud no puede desamparar a quienes están en evidentes condiciones de debilidad manifiesta.

Si bien se fundamentó la omisión de la prestación del servicio médico en la falta de regularización migratoria de la accionante, no se le han brindado los servicios urgentes en términos constitucionales (atención médica relacionada con el embarazo, incluyendo controles prenatales).

Aunque medicamente el embarazo no es una urgencia, la accionante si requería una atención urgente, por lo que se le debió haber prestado la atención de manera oportuna y diligente, independientemente de su situación migratoria, con cargo a la entidad territorial de salud competente.

Reitera que la OMS ha establecido que la atención prenatal es decisiva para la vida sana de la mujer. Lo anterior soportado también en la jurisprudencia constitucional que establece que la negativa de la prestación de los servicios relacionados con el embarazo, parto y posparto puede desencadenar en la muerte de la madre, el feto y el recién nacido, vulnerando derechos fundamentales a la vida digna y la salud.

Recuerda la obligación del Estado de adoptar medidas que protejan la salud de las gestantes y que los extranjeros, sin importar su condición migratoria, tienen derecho a recibir atención en urgencias y controles prenatales y que la atención en urgencias debe interpretarse desde el alcance que se le ha dado al derecho a la vida digna.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Conceder el amparo constitucional invocado, ordenando al representante legal o quien haga sus veces de la Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E a que en el término de 48 horas, desde la notificación, fije cita para control prenatal y brinde los servicios médicos consistentes a estos controles y al servicio integral en punto al estado de embarazo de la accionante, incluida la atención en el parto.

Conminar a la accionante a que se presente al Centro Facilitador de Migración Colombia más cercano para adelantar trámites administrativos pendientes.

Conminar a la accionante para que realice las gestiones para la afiliación al SGSSS.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-298 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional, SU-677 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Relevancia del fallo

Recuerda el acceso que las mujeres gestantes migrantes pueden tener a servicios prenatales, natales y posnatales, independientemente de su situación migratoria irregular, so pena de poner en riesgo la vida de la madre, el feto o el recién nacido.

Se reitera la obligación de los migrantes de regularizar su situación migratoria.

1.2. Derecho a la salud de las personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedades catastróficas

1.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-705 de 2017	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Sexta • Tipo de providencia: Tutela • Número de providencia o radicación: T-705/2017 - Expediente T-6.316.343 • Tipo de proceso: Acción de Tutela • Fecha: 30 de noviembre de 2017 • Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-705-17.htm 	
Tema	
Derecho a la salud de personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedad catastrófica	
Subtemas	
Alcance del servicio en salud de urgencias a personas que padecen de enfermedades catastróficas.	

Hechos

La accionante tuvo que trasladarse desde Venezuela a Cúcuta, dado que en su país no le prestaban el servicio de salud a su hijo, diagnosticado con un linfoma de Hodgkin desde 2012. La accionante afirma que desde 2016, su hijo no recibe tratamiento y la enfermedad ha empeorado. Ante la tercera recaída del menor, asegura que su hijo requiere de manera inmediata que se realicen exámenes para determinar el tratamiento a seguir. La accionante instauró acción de tutela, solicitando el amparo a los derechos a la salud y la vida de su hijo, contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander (IDS) para que preste de manera oportuna, continua e ininterrumpida todos los servicios de salud que requiere su hijo. Además, pidió como medida provisional que el IDS autorizara el tratamiento integral para el menor que incluya medicamentos, procedimientos, insumos médicos, valoraciones y controles y, que en caso de deber ser trasladado, se cubrieran todos los gastos.

Procedimiento

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta admitió la acción de tutela y vínculo al Hospital Universitario Erasmo Meoz y notificó a las partes. El juzgado decretó la medida provisional solicitada de cumplimiento inmediato. Asimismo, decidió amparar transitoriamente los derechos del niño y ordenó a la accionada autorizar los exámenes y que fuera valorado por especialistas pediátricos oncológicos en las 48 horas siguientes a la notificación del fallo. Así mismo, extendió el amparo a los demás servicios que requiera el menor en razón de la atención salvaguardada en la modalidad de urgencia hasta que se establezca la salud del menor y pueda ser trasladado al país de origen para que le presten los servicios de salud. En este sentido autorizó los gastos de traslado. Declaró improcedente la acción en contra del Hospital.

El IDS impugnó el fallo y en segunda instancia la Sala Laboral de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta decidió revocar la decisión, pues el menor no se encuentra legalmente establecido en Colombia, lo cual es condición necesaria para gozar de los servicios de salud más allá de los servicios de urgencias.

Consideraciones (reglas y subreglas)

El derecho fundamental a la salud y la afiliación a la seguridad social en salud de extranjeros no residentes en Colombia

La Corte decide amparar el derecho a la salud del menor de forma transitoria en cuanto que él y su madre tenían un salvoconducto de permanencia que les permitía afiliarse al SGSSS. Así, por el principio de universalidad del derecho fundamental a la salud, reiteró que cualquier persona sin capacidad de pago y que no se encontrara afiliada al sistema, debía ser atendida por cuenta de las entidades territoriales.

La Corte es enfática en afirmar que la garantía mínima del derecho a la salud para los extranjeros no residentes comprende el derecho a recibir un mínimo de servicios de salud en urgencias, para atender las necesidades básicas con el fin de preservar la vida cuando no haya medio alternativo, la persona no tenga los recursos para costearlo y sea un caso grave y excepcional.

Sin embargo, resalta que la atención básica y elemental de urgencia no sólo consiste en preservar la vida del paciente sino también, en que la EPS, en caso de no tener los medios médicos y tecnológicos necesarios para la atención, remita inmediatamente al paciente a una EPS que sí disponga de los medios.

Adicionalmente, recordó la sentencia SU-677 de 2017, que establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y merecen un mayor amparo constitucional. Esta protección se refuerza cuando el menor padece una discapacidad física, mental o una enfermedad catastrófica por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad. En este sentido, el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, a los niños que sufren de alguna discapacidad y debe garantizar que se les brinde un tratamiento igual, adecuado y especializado según la enfermedad padecida, resaltando que la protección financiera del sistema se vuelve secundaria, pues deben primar las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

La Corte determinó que el Estado estaba obligado a prestar incondicionalmente los servicios de salud a los niños que sufrieran de alguna discapacidad física o mental y, por tanto, debía brindarles todo lo requerido como urgente por el médico tratante, incluso tratamientos integrales para su recuperación y rehabilitación en condiciones dignas.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte decide revocar la sentencia de segunda instancia y confirmar parcialmente la decisión de primera instancia, toda vez que ampara de manera transitoria los derechos fundamentales del menor y ordenó a la accionada autorizar de los exámenes necesarios. Además, reitera que los servicios de alojamiento, transporte y alimentación para el menor y la madre no son servicios de urgencias. Insta a la accionante para que, en el término de un mes, adelante los trámites necesarios para regularizar su situación y realizar la afiliación junto a su hijo. Dispone que la responsabilidad del IDS se extiende hasta que el menor esté afiliado al SGSSS.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-215 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional, T-338 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional, T-614 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional, T-314 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-728 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo

Relevancia del fallo

Esta sentencia es considerada hito, pues dispuso que, en casos reconocidos, la atención de urgencias puede llegar a incluir un tratamiento integral y especializado cuando se refiera a un paciente con una enfermedad catastrófica, cuando el médico tratante califique el tratamiento de urgente e indispensable para proteger su vida.

Corte Constitucional Sentencia T- 210 de 2018	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Sexta • Tipo de providencia: Tutela • Número de providencia o radicación: T-210 de 2018 / Expedientes (i) T-6578193 y (ii) T-6578985 • Tipo de proceso: Acción de Tutela • Fecha: 1 de junio de 2018 • Magistrado ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-210-18.htm 	
Tema	
Derecho a la salud de las personas migrantes con enfermedades catastróficas	
Subtemas	
Barreras de acceso a regularización; visas, mecanismos de regularización, crisis humanitaria en Venezuela, principio de universalidad, principio de solidaridad.	
Hechos	
<p>NYS</p> <p>Natty Yeraldín Sanguino, hija de una persona colombiana y otra de nacionalidad venezolana, manifestó haber sido diagnosticada con cáncer de cuello uterino. Dado su estado de salud y las precarias condiciones actuales del sistema de salud venezolano, que no le permitía acceder a los medicamentos ni tratamientos, decidió migrar hacia Cúcuta, para buscar atención médica. En julio de 2017, la accionante ingresa por urgencias a un hospital en Cúcuta, con fuertes síntomas relacionados a su enfermedad. En esta ocasión, se le brindó atención médica de urgencias y se confirmó su patología. Le iniciaron ciclos de radioterapia mientras estaba hospitalizada. Posteriormente, se le dio de alta 20 días después, tras la mejora de su situación, con la orden de manejo ambulatorio con radioterapias y quimioterapias. En agosto de 2017, la accionante interpone acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander (IDS), solicitando que se decrete una medida de protección a sus derechos. Así mismo, pide que el Instituto requiera al hospital en la que fue atendida que se realicen todos los trámites para la realización de las quimioterapias y el tratamiento necesario para su enfermedad. La accionante alega que no puede acceder a los tratamientos por su condición socioeconómica producto del desempleo, su grave estado de salud y su condición de madre soltera de familia migrante venezolana.</p>	

FDR

Actuando como agente oficioso de su hijo Miguel, la accionante asegura que ella y su familia son perseguidos por el gobierno venezolano, por lo que se encontraban en condiciones socioeconómicas precarias. Su hijo tiene una hernia que no había sido operada. Cuando cumplió la edad para poder ser sometido a la operación, en Venezuela no pudieron operarlo por falta de insumos. Por esta razón, decide migrar a Cúcuta para que su hijo pudiera recibir la atención en salud necesaria en su condición. El niño ingresa a la clínica en octubre de 2017, donde el médico estableció que necesitaba valoración prioritaria por cirugía pediátrica. Por ende, lo remite al hospital, donde se le niega la atención en salud al considerar que (i) no era una urgencia y (ii) el paciente no contaba con afiliación al SGSSS. La madre interpone acción de tutela en nombre del menor contra el hospital y el IDS, solicitando la autorización y practica de la valoración ordenada, el tratamiento, los medicamentos y traslado a otra ciudad, en caso de ser requerido. Declara que no cuenta con los recursos para pagar arriendo o atender a los requerimientos médicos de su hijo.

Procedimiento

NYS: El Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta, admitió la tutela y no decretó la medida provisional por considerar que, antes de dar la orden, debía hacer un estudio de fondo del caso. Ofició al IDS, al hospital, al Ministerio de Salud y a Migración Colombia. La sentencia de única instancia niega la protección de los derechos a la salud y a la vida digna.

FDR: Se reparte al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta, quien admite la demanda y ordena como medida provisional la autorización y realización de la valoración médica. Vincula al ICBF y al Centro de Migración Pescadero en Cúcuta. En primera instancia, decide tutelar los derechos a la salud y a la vida digna. El IDS impugna y la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta decide revocar el fallo de primera instancia, pues el menor no está afiliado al SGSSS ni está en situación migratoria regular.

Consideraciones (reglas y subreglas)**El derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional y la obligación del Estado de universalizar el aseguramiento al sistema de salud**

Con base en el principio de universalidad y solidaridad, el Estado colombiano está obligado a garantizar el acceso a los servicios de salud al menos en urgencias a todas las personas por su mera condición humana y no en virtud de su situación migratoria.

El cubrimiento universal en el SGSSS y el derecho a la atención en urgencias

De acuerdo con la Ley 715 de 2001 y la Ley 100 de 1993, la Corte establece que la atención en urgencias es una garantía fundamental de todas las personas. Recuerda que por medio de la categoría de “población pobre no asegurada”, las entidades territoriales pueden emplear recursos del FOSYGA para cubrir la atención básica en urgencias de quienes no tienen recursos económicos y estén en situación migratoria irregular.

La atención en urgencias va más allá de la preservación de los signos vitales y puede incluir tratamientos y procedimientos, siempre que se demuestre la urgencia vital de éstos, con orden de un médico tratante.

La Corte reconoce la dificultad de determinar los límites de la definición de atención en urgencias. Según la Corte, ante la falta de una definición, puede derivar arbitrariedades por parte del médico.

El derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia y las barreras legales para su protección efectiva

Así, reafirma la existencia de una crisis que ha generado un contexto de flujo masivo migratorio de migrantes. Por lo que, con base en el principio de solidaridad, el Estado tiene que tomar medidas que respondan a esta situación.

También, reconoce las barreras y dificultades administrativas en el actual ordenamiento colombiano, que impide a las personas migrantes regularizar su situación migratoria, dificultando su acceso a los servicios de salud. Reconoce que, a pesar de la existencia de varias visas, ninguna es de carácter humanitario ni de protección, sino que por el contrario, son costosas. Resaltó que los mecanismos de regularización no son viables, por los requisitos que son imposibles de cumplir para la población venezolana.

La Corte determina que hay un ciclo peligroso, pues las personas migrantes no pueden acceder a los servicios de salud por no estar afiliadas al SGSSS, pero, a su vez, reconoce que los mecanismos actuales de regularización tienen requisitos, tales como el requerir ser titulares de un pasaporte, que no son viables.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Decide revocar la sentencia de única instancia y de segunda instancia en los dos casos estudiados. Concede la tutela de los derechos a la salud y la vida digna de NYS y ordena al IDS, en el término de 48 horas desde la notificación, que se le autoricen sus terapias. En el caso de Miguel, decide confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia en tanto que concede el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y ordena al IDS para que en el término de 48 horas autorice la cirugía. La obligación será del IDS hasta que NYS y Miguel se afilien al SGSSS.

Insta a Migración Colombia para que cumpla con sus deberes legales y guíe el proceso de regularización de FDR. Insta a la Registraduría para que se inicie el trámite de inscripción extemporánea de NYS. Insta a la Cancillería, al Ministerio de Salud y a Migración Colombia a la consecución de recursos de cooperación internacional o medidas que permitan avanzar expedita y eficazmente hacia la realización del derecho a la salud de los migrantes sin importar su estatus migratorio, sobre todo aquellos en mayor situación de vulnerabilidad.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, SU 677 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-705 de 2017, M-P. José Fernando Reyes Cuartas.

Relevancia del fallo

Es una sentencia relevante en tanto que recapitula el avance jurisprudencial frente al servicio de salud para la población migrante y visibiliza barreras y cargas administrativas que enfrentan los migrantes venezolanos en situación migratoria irregular para acceder a los servicios de salud.

Reitera el alcance de su jurisprudencia a casos de mujeres gestantes y de personas con enfermedades catastróficas.

Reitera la necesidad de proteger siempre el interés prevalente del menor, en tanto que los NNA son sujetos de mayor vulnerabilidad.

Corte Constitucional Sentencia T-348 de 2018

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Tercera
- **Tipo de providencia:** Tutela
- **Número de providencia o radicación:** T-348 de 2018 / Expediente T-6.613.583
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:** 28 de agosto de 2018
- **Magistrado ponente:** Luis Guillermo Guerrero Pérez
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-348-18.htm

Tema

Derecho a la salud de personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedades catastróficas.

Subtemas

Enfermedades catastróficas; Alcance del servicio de urgencias para personas con enfermedades catastróficas.

Hechos

El accionante, de nacionalidad venezolana, se encuentra en situación migratoria irregular en Colombia. Acudió al servicio de urgencias de la IPS E.S.E Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, donde se le diagnosticó con amigdalitis aguda no especificada. Se le ordenaron exámenes y medicamentos que no fueron autorizados por el Instituto Departamental de Salud (IDS) de Norte de Santander. En esa ocasión interpuso acción de tutela y se le concedieron tanto

los exámenes, como el tratamiento. Luego, al accionante se le realizó una valoración médica de control donde se diagnosticó con VIH estadio A1, por lo que se le ordenó el tratamiento con fármacos antirretrovirales. Adicionalmente se le ordenó asistencia y valoración psicológica, nutricional, odontológica y acompañamiento de un trabajador social, así como un control al mes siguiente. El IDS autorizó los servicios y medicamentos. La asistencia y valoraciones médicas se prestarían en el hospital, mientras que los medicamentos debían ser entregados por la Unión Temporal Lademis S.A.S. Al dirigirse a este centro con las autorizaciones y la copia del fallo de tutela cuando le fue diagnosticada la amigdalitis, dicha entidad no le entregó los medicamentos por falta de soporte y porque el fallo de tutela y el amparo concedido tenía como fundamento una patología diferente al VIH, por lo que no estaba obligada a entregar los medicamentos. Ante la negativa, se volvió a presentar ante el IDS, la cual le dijo que no era posible entregarle las autorizaciones de los medicamentos, toda vez que no está calificado en el SISBEN.

Procedimiento

En su acción de tutela, contra el IDS y la E.S.E., el accionante solicita que se le proteja su derecho a la salud y, en consecuencia, que se le autoricen los nuevos tratamientos, exámenes, consultas y todo aquello que ordene el médico tratante como consecuencia de su VIH. En primera instancia, el Juzgado Cuarto de Familia de Oralidad de Cúcuta negó el amparo, considerando que al aplicar las reglas jurisprudenciales no había una vulneración al derecho, en tanto que se le han prestado los servicios en urgencias, la cual no comprende la entrega de medicamentos

Consideraciones (reglas y subreglas)

La Corte empieza por recordar que el Sistema General de Seguridad Social y acceso a salud se basa en el principio de universalidad, donde a todas las personas afiliadas al sistema se le debe prestar la atención en salud sin discriminación. Así mismo, reitera que la atención en urgencias debe brindarse a todas las personas extranjeras independientemente de su situación migratoria. Adicionalmente, en lo que se refiere a la salud como un derecho, debe tenerse en cuenta que se relaciona con los mandatos de continuidad, integridad e igualdad y que, con respecto a la salud como servicio, además del principio de universalidad, este se rige por los principios de eficiencia y solidaridad.

La Sala recuerda la obligación de las personas migrantes de cumplir con las obligaciones que indica la ley como es, por ejemplo, regularizar su situación migratoria en el país, para poder obtener un documento de identidad válido que les permita afiliarse al SGSSS. Sostiene, además, que, si bien el artículo 100 de la Constitución les otorga a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los nacionales, lo que les garantiza la atención en urgencias independientemente de su situación migratoria, también implica una serie de deberes legales y constitucionales.

Reitera que, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-210 de 2018, las personas migrantes en situación migratoria irregular, cuando carezcan de los recursos económicos, tienen derecho a recibir la atención de urgencias con cargo al Departamento y, de manera subsidiaria, a la Nación, hasta que se logre su afiliación al SGSSS. Además, sostiene que, en algunos casos, la atención en urgencias puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, bajo solicitud de un médico que declare los tratamientos como urgentes, y por lo tanto, como indispensables o que estos no pueden retrasarse de manera razonable sin poner en riesgo la vida del paciente.

La Corte establece que la atención en urgencias si puede incluir tratamientos y entrega de medicamentos para el manejo de enfermedades catastróficas como el VIH-Sida. Sin embargo, recuerda que, por regla general, la atención básica de urgencias a la que tienen derecho todas las personas no incluye la entrega de medicamentos y que, en el caso en particular, el paciente es asintomático y el médico tratante no conceptuó sobre la urgencia en el suministro de estos medicamentos, por lo que no es posible determinar que se esté ante una situación apremiante que conduzca a exceptuar la regla general.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte decide confirmar el fallo de única instancia que negó el amparo al derecho fundamental a la salud dentro del trámite de la acción de tutela. Ordena a la Defensoría del Pueblo para que, en cumplimiento de la ley, asista al accionante en los trámites necesarios para regularizar su situación migratoria y pueda afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-314 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
 Corte Constitucional, T-705 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas
 Corte Constitucional, T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Relevancia del fallo

Este fallo demuestra los límites que aún existen respecto a la atención en salud de las personas migrantes en situación migratoria irregular, incluso con la ampliación del alcance de la atención en urgencias, toda vez que requiere que un médico tratante especialista determine los tratamientos o medicamentos como indispensables para conservar la vida de la persona.

Corte Constitucional Sentencia T-025 de 2019

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Novena
- **Tipo de providencia:** Tutela
- **Número de providencia o radicación:** T-025 de 2019 / Expediente T-6.685.506
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:** 29 de enero de 2019
- **Magistrado ponente:** Alberto Rojas Ríos
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-025-19.htm

Tema
Derecho a la salud de personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedad catastrófica.
Subtemas
Acceso a la ciudadanía colombiana.
Hechos
El accionante, nacional venezolano de 26 años, ingresó a Colombia en septiembre de 2017 con “pasaporte de turista que autorizaba su permanencia en el territorio nacional por el término de 90 días”. Según afirma, en este tiempo era su intención adelantar los trámites para obtener la ciudadanía colombiana y poder residir en el país. Luego de que el accionante fue diagnosticado con VIH-Sida, por lo cual debe tomar los fármacos antirretrovirales que, al momento de interponer la acción de tutela, no había tomado desde hacía 3 meses, cuando debería tomarlos diariamente. El accionante afirma que no tiene recursos económicos, por lo cual acudió a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Marta para poder acceder a los fármacos. Dice que se le negaron por no tener la ciudadanía colombiana que ya estaba en trámite.
Procedimiento
El Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Santa Marta negó el amparo del derecho a la salud del accionante toda vez que no se le negaron los medicamentos por ser extranjero sino por no contar con un documento válido para iniciar su afiliación al SGSSS y acceder a los servicios de salud. No hubo impugnación y se remitió el expediente a la Corte para estudio. Previo al análisis, la Corte ordenó al accionante dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la providencia que especificara (i) su estado de salud actual (ii) si desde que llegó al país lo había atendido algún médico (iii) su situación socioeconómica, (iv) su situación migratoria y (v) si ha solicitado a las autoridades un salvoconducto, PEP o visa.
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>Reglas para el acceso a servicios de salud de los extranjeros en Colombia</p> <p>La Corte recuerda que la Sentencia SU-677 de 2017 establece dentro de las obligaciones y derechos de las personas extranjeras en Colombia que “los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física”. En este sentido, recuerda que la atención en urgencias se debe brindar más allá de la situación migratoria y capacidad de pago.</p> <p>La Corte reconoce que hay una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja en la que se encuentran las personas migrantes venezolanas por la masiva migración desde su país dada la crisis humanitaria en la que se encuentra.</p>

Concepto de urgencias y competencia de entidades para la prestación del servicio

Así mismo, confirma que no puede negarse el servicio de salud a los extranjeros no residentes, por cuanto se hace necesario atender sus necesidades básicas y hacer prevalecer su vida, lo cual comporta el derecho a recibir, por lo menos, un mínimo de servicios de atención de urgencias cuando: i) no haya un medio alternativo, ii) la persona no cuente con recursos para costearlo y iii) se trate de un caso grave y excepcional. Por lo anterior, garantizar, como mínimo, la atención de urgencias a los migrantes en situación de irregularidad tiene una finalidad objetiva y razonable, la cual es asegurar que todas las personas, incluyendo a los extranjeros, reciban una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia; una atención que permita que sus necesidades primarias sean cubiertas y sea respetada su dignidad humana.

En el caso de personas migrantes en situación migratoria irregular, bajo circunstancias excepcionales, la atención a urgencias puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando el tratamiento sea solicitado como urgente por el médico tratante. Es decir, estos tratamientos deben ser indispensables y no pueden ser retrasados sin poner en riesgo la vida. La Corte, además, reconoce que estos casos también aplican a personas enfermas de VIH-Sida, siempre que un médico tratante lo determine.

Caso concreto

Por lo anterior, en el caso en concreto, la Corte determina que por su condición de salud y su situación de migrante en situación migratoria irregular, el accionante es vulnerable y está en circunstancia de indefensión y debilidad manifiesta, elementos por los que es un sujeto de protección constitucional. Finalmente, establece que se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y al mínimo vital, pues se omitió prestarle la atención en urgencias requerida, la cual comprendía la enfermedad del VIH, pues al negar sus tratamientos se deteriora y se pone en riesgo la vida de la persona.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte ordena revocar la sentencia de única instancia por la cual se negó el amparo y declarar la carencia actual de objeto por circunstancias sobrevinientes. Exhorta a la Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta para que brinde la atención de urgencias requerida en los casos de enfermedades catastróficas a través de la red pública de servicios, según lineamientos médicos y legislativos, para que no se pongan en riesgo los derechos de estas personas.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, SU-677 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
Corte Constitucional, T-705 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Relevancia del fallo

El fallo amplía la protección que se le debe prestar a las personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedades catastróficas como el VIH-Sida. En este sentido, la Corte amplía el alcance de la atención en urgencias a personas con enfermedades catastróficas, siempre que tengan el aval del médico tratante que determine la urgencia del tratamiento que requiere la persona.

Corte Constitucional Sentencia T-197 de 2019	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Segunda • Tipo de providencia: Tutela • Número de providencia o radicación: T-197 de 2019 / Expediente T-7.071.275 • Tipo de proceso: Acción de Tutela • Fecha: 14 de mayo de 2019 • Magistrado ponente: Diana Fajardo Rivera • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-197-19.htm 	
Tema	
Atención en salud a personas migrantes que padecen de enfermedades catastróficas en situación migratoria irregular.	
Subtemas	
Obligación de regularización de la situación migratoria para afiliación al SGSSS; Cargas de las Entidades Territoriales respecto a la prestación del servicio de salud.	
Hechos	
<p>El accionante, ciudadano venezolano de 47 años, fue diagnosticado en Venezuela con carcinoma de células escamosas moderadamente diferenciado, patología catastrófica por que se ordenó el tratamiento de quimio y radioterapia, así como medicamentos oncológicos.</p> <p>Por la situación actual en su país, no pudo tener la asistencia requerida por lo que migró a Colombia junto con su familia, para recibir la atención correspondiente, so pena de morir.</p> <p>Acudió a la Alcaldía Municipal de Buga y la Secretaría de Salud lo remitió al Hospital Divino Niño para recibir atención en urgencias. Sin embargo, la ESE, dado el nivel de complejidad, solo valoró de manera general al accionante y sin médico especialista, razón por la cual ordenó su remisión a otro hospital con mayor capacidad. Aun así, el accionante dice no haber recibido la atención médica necesaria.</p> <p>El accionante carece de los medios para sufragar de manera privada los costos de su tratamiento.</p> <p>El 13 de julio de 2018, el accionante, presentó acción de tutela contra la Secretaría de Salud del Municipio de Guadalajara de Buga la del Departamento del Valle del Cauca por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud y por no haber recibido atención médica para tratar la grave enfermedad que padece.</p>	

Procedimiento

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Guadalajara de Buga negó la acción de tutela en única instancia, argumentando que el accionante no había cumplido con el deber de definir su situación migratoria en el país ante las autoridades y por eso solo podía gozar del servicio de salud en urgencias. En sede de revisión, DeJusticia intervino solicitando la protección de las peticiones del accionante, resaltando cómo este caso es muestra de las falencias y barreras en el acceso a los derechos de la población migrante proveniente de Venezuela.

Consideraciones (reglas y subreglas)

La Corte resuelve la cuestión de si una entidad territorial viola los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de una persona venezolana, de precaria situación económica, al prestarle asistencia básica de urgencias, pero omitir su deber de acompañamiento y remisión a otra institución competente a fin de que reciba la prestación del servicio médico que requiere con urgencia, dada la enfermedad catastrófica que afecta su existencia y dignidad.

En este sentido, la Corte considera que este es un debate ya abordado en la jurisprudencia constitucional y advierte que si se produjo una violación de los derechos del accionante. Así, reitera su jurisprudencia al establecer que todos los extranjeros, incluso quienes están en situación migratoria irregular, tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias en el territorio nacional, considerando el derecho a la salud un contenido mínimo esencial. Lo anterior deriva en que, en virtud del principio de solidaridad, el Sistema General de Seguridad Social en Salud no puede dejar sin amparo a quien está en estado de debilidad manifiesto.

La Corte recuerda que, por regla general, cuando carezcan de recursos económicos, “*los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención de urgencias con cargo [a las entidades territoriales de salud], y en subsidio a la Nación cuando sea requerido, hasta tanto se logre su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud*”. Prestación a la cual se debe poder acceder sin barreras irrazonables.

La Corte recuerda que el servicio de salud en urgencias busca preservar la vida y prevenir consecuencias críticas, permanentes o futuras al paciente. Es decir, también incluye una atención preventiva y por lo tanto, no solo debe librar al ser humano del hecho mismo de morir, sino protegerlo de toda circunstancia que haga sus condiciones de existencia insoportables e indeseables. Por eso, en algunos casos excepcionales, la atención se puede extender a tratamientos, cuando un médico lo solicite y sean indispensables.

La Corte recuerda el llamado de la sentencia T-210 de 2018 que insta a avanzar de la manera más expedita y eficaz posible hacia la realización del derecho a la salud de las personas migrantes en situación migratoria irregular. Lo anterior para que la prestación del servicio tenga mayores estándares, que supere la mera urgencia médica, y se proteja especialmente a aquellos migrantes en mayor situación de vulnerabilidad.

Además, reitera la jurisprudencia constitucional, con base en la Constitución y distinta normatividad, que afirma que hay una obligación en cabeza de la persona migrante de regularizarse y afiliarse al SGSSS. Esto no implica que no puedan adquirir seguros médicos o un plan voluntario de salud.

Asimismo, recuerda la categoría de “población pobre no asegurada”, constituida por aquellas personas que no están afiliadas al SGSSS y tampoco tienen recursos para sufragar los servicios de salud.

La Corte afirma que se ha dado solo una vulneración parcial de los derechos fundamentales del accionante, pues no se negaron por completo los servicios, aunque resalta el esfuerzo de la Entidad por brindarle un servicio de salud y no incurrir en actos de discriminación. Así mismo, recuerda que, ante la falta de infraestructura, debe haber una diligencia por parte de la entidad que no tiene la capacidad de prestar el servicio, de remitir a la persona a una entidad que sí cuente con las herramientas para tratarlo.

En este sentido, establece que la entidad, que por falta de infraestructura, tenga que remitir el paciente, debe asegurarse de que este quede en manos de una entidad que si pueda prestar el servicio requerido y por lo tanto, se inicie la prestación del servicio. Así, la persona no puede permanecer en una situación de incertidumbre en relación con la prestación del tratamiento que requiere para atender su dolencia ruinosa.

La Corte establece que las personas migrantes son sujeto de protección prevalente.

Finalmente, hace un llamado a las entidades del Estado, pues teniendo en cuenta las cargas nuevas y excesivas de las Entidades territoriales, los esfuerzos orientados a superar la crisis humanitaria especialmente en materia de salud son progresivos y requieren de medidas conjuntas y coordinadas entre todas las autoridades públicas del orden nacional y territorial.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte decide revocar la sentencia de instancia y conceder el amparo a los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud del accionante. Ordena a la Secretaría de Salud Municipal de Buga para que, en coordinación con la Secretaría de Salud del Valle del Cauca, adopten las medidas para que el accionante pueda ser valorado por una IPS que tenga capacidad y personal para su condición. Ordena al Ministerio de Salud para que asista de manera solidaria y conjunta a la Secretaría Municipal accionada y a la departamental para que orienten y acompañen al accionante en su proceso de regularización.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-705 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Relevancia del fallo

Este fallo no solo facilita el acceso a la atención en salud a personas migrantes que sufren de enfermedades catastróficas, sino que también ordena la colaboración entre los distintos niveles territoriales del Estado para poder cumplir con el servicio de salud y proteger el derecho a la salud. Además, reconoce las barreras de acceso a los mecanismos de regularización.

Corte Constitucional Sentencia T-274 de 2021

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Tercera
- **Tipo de providencia:** Tutela
- **Número de providencia o radicación:** T-274 de 2021 / Expediente T-8.029.109
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:** 18 de agosto de 2021
- **Magistrado ponente:** Alejandro Linares Cantillo
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-274-21.htm

Tema

Derecho a la salud de personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedad catastrófica

Subtemas

Enfermedades catastróficas, salvoconducto de persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado.

Hechos

La accionante, mujer ciudadana venezolana de 44 años, llegó a Colombia en mayo de 2019. Meses después de ingresar al territorio colombiano empezó a presentar síntomas que la alertaron sobre una posible enfermedad. Sin embargo, al estar en situación migratoria irregular y, por lo tanto, al no estar afiliada al sistema de salud, empezó a automedicarse sin tener diagnóstico. En marzo de 2020, asiste a donde una médica ginecóloga, por cita particular, quien le informa que tiene cáncer. Este diagnóstico es confirmado por la Liga Contra el Cáncer, seccional Bogotá, quien, por el estado avanzado de la patología, indica que debe realizarse quimio y radioterapia. Con el paso de los meses, los síntomas de su patología empeoraron ante la falta de acceso a un centro de salud por su inmuno insuficiencia y la alta posibilidad de contagio de Coronavirus. Sin embargo, en mayo de 2020, es atendida por la Sub Red Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., donde le informan que su situación de salud ha empeorado y la remiten al Instituto Nacional de Cancerología.

Este Instituto le comunica que, para poder atenderla, debe tener salvoconducto expedido por Migración Colombia. La accionante solicita dicho salvoconducto y lo presenta al Instituto, quien le niega el tratamiento pues al tener un alto costo, le indica que solo puede acceder a él por medio de una EPS. Con base en lo anterior, interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional de Cancerología, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la salud,

en conexidad con su derecho a la vida. Solicitó que se le brindara la atención médica requerida, así como su afiliación en una EPS, pues al estar en situación migratoria irregular, con su salvoconducto vencido y por su situación económica, no cuenta con los medios para afiliarse a una. Adicionalmente, solicitó como medida provisional la atención médica en urgencias para controlar los síntomas de su patología.

Procedimiento

En única instancia, el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. decidió negar la medida provisional solicitada por la accionante, al considerar que implicaría un pronunciamiento de fondo y también, porque, hasta el momento, la accionante había recibido la atención médica de urgencias. Posteriormente, el Juzgado decide negar la acción de tutela pues la accionante había recibido los servicios médicos que requería, por lo que no se vulneraron los derechos incoados. Por su parte, frente a la afiliación al sistema de salud, afirma que no hay prueba que demuestre que se le negó tal posibilidad, por lo que pone en cabeza de la accionante adelantar el trámite.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Consideraciones previas – Procedibilidad de la acción de tutela

En este punto, con respecto al requisito de subsidiaridad para la procedencia de la acción, la Corte reitera el concepto de “sujetos de especial protección constitucional”, que busca la salvaguarda de derechos fundamentales, por medio de una protección reforzada. Para la Corte, los migrantes se incluyen en esta categoría y también, las personas que sufren de alguna enfermedad catastrófica. En los casos donde se involucran sujetos de especial protección constitucional, este requisito de procedibilidad se flexibiliza para facilitar la protección de los derechos de aquellos que tienen más barreras para garantizarlos.

El derecho fundamental a la salud. Reiteración Jurisprudencial.

La Corte recuerda que el derecho a la salud está consagrado en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y ha sido desarrollado en un cuerpo normativo que busca facilitar el acceso a este derecho y servicio para todas las personas que están en el territorio nacional.

La Corte recuerda que dos principios fundamentales sobre el derecho a la salud son el principio de universalidad, entendido como un mandato que exige atención médica a todas las personas afiliadas al sistema, sin ningún tipo de discriminación y el principio de solidaridad, que implica una mutua colaboración entre todos los intervinientes en el SGSSS.

Atención de urgencias a personas migrantes en condiciones de vulnerabilidad.

Reiteración de jurisprudencia

La Corte establece que el derecho fundamental a la salud, no establece distinción alguna con base en la nacionalidad de las personas, sino que, por el contrario, se garantiza la protección de este derecho a nacionales y extranjeros con base en el artículo 13 de la Constitución. En este sentido, reitera la jurisprudencia que establece que, por norma general y salvo las limitaciones legales, los extranjeros son titulares de los mismos derechos fundamentales y garantías que se le reconocen a los nacionales colombianos. Las distinciones que se adopten deben ser constitucionalmente admisibles, atendiendo a la objetividad y razonabilidad.

Con respecto a la garantía de este derecho para las personas migrantes, la Corte recuerda que es obligación de las personas afiliarse al SGSSS para todos los residentes en el país. Aspecto que a su vez requiere ser titulares de un documento de identidad válido, requisito que aplica tanto a nacionales como a extranjeros.

En particular, la Corte se refiere al Decreto 216 de 2021, que adoptó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos que permite la expedición del Permiso por Protección Temporal (PPT), un permiso válido como documento de identidad para los trámites de afiliación al SGSSS.

Por lo anterior, la Corte reitera las decisiones previas que han ampliado tal atención a personas con enfermedades catastróficas, cuya vida está en riesgo y que cuentan con el concepto previo de su médico tratante sobre la necesidad del tratamiento.

En consecuencia, las reglas jurisprudenciales sobre el derecho de las personas migrantes en Colombia a recibir atención en urgencias para proteger sus derechos a la vida y a la salud (incluidos aquellos con situación migratoria irregular), se resumen en que, el derecho a la salud es un derecho fundamental, aunque no se excluye la posibilidad de imponer límites para acceder a su uso o a su disfrute. En este sentido, en principio, todos los extranjeros, regularizados o no, tienen derecho a la atención básica de urgencias en el territorio, sin que sea legítimo imponer barreras a su acceso. Adicionalmente, en Colombia, los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales. No obstante lo anterior, se encuentran obligados a acatar la Constitución y las leyes. Así, aquellos que busquen recibir atención médica integral –más allá de la atención de urgencias–, deben cumplir con la normatividad de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo cual implica la regularización de su situación migratoria. Sin embargo, excepcionalmente el alcance de la atención en urgencias se extiende a casos donde ante la presencia de enfermedades catastróficas, se requiere un tratamiento urgente para preservar la vida.

Solución al caso en concreto

La Corte reconoce que, en el caso en particular, se vulneró el derecho a la salud de la accionante tras la imposición de barreras de acceso a los servicios de salud en su calidad de migrante venezolana que padece una enfermedad catastrófica como el cáncer. En este sentido, si bien por regla general los extranjeros que necesiten acceder a servicios en salud que vaya más allá de la atención básica en urgencias deben obtener por parte de las autoridades migratorias los documentos que los identifiquen, con el fin de poder afiliarse al SGSSS, lo cual implica regularizar su situación migratoria. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha reconocido que existen situaciones *límite* y *excepcionales* que permiten una atención médica que exceda la atención básica en urgencias, en el caso de extranjeros que, independientemente de su status migratorio, padezcan enfermedades graves o catastróficas, como lo es el cáncer. En este sentido, independientemente del hecho que la accionante se encuentre en situación migratoria irregular, la jurisprudencia ha considerado que “(...) todos los extranjeros, regularizados o no, tienen derecho a la atención básica de urgencias en el territorio, sin que sea legítimo imponer barreras a su acceso; [...] [y] el concepto de urgencias puede llegar a incluir en casos extraordinarios procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente”.

Frente a este particular, la Corte establece que el presente caso constituye una excepción a la regla general que exige la afiliación al SGSSS cuando se busca una atención médica que vaya más allá de la atención básica en urgencias. Debido a lo anterior, no le era dado a la accionada imponer barreras de acceso, tal como la exigencia de un permiso o salvoconducto, o su afiliación al SGSSS, para la prestación de los servicios de salud requeridos por la accionante, sino que, por el contrario, debía brindarle el tratamiento requerido con el fin de preservar su derecho fundamental a la salud.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Levantar la suspensión de términos decretada mediante el auto de 7 de mayo de 2021.

Revocar la decisión proferida por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y tutelar el derecho fundamental a la salud de la accionante.

Ordenar al Instituto Nacional de Cancerología que, si la accionante así lo decide, le brinde los servicios médicos de urgencia que requiera frente a su patología, siempre que cuente con orden del médico tratante que demuestre la urgencia de los mismos. Para esto, deberá tener en cuenta el estado actual de salud de la actora y brindarle toda la información. Asimismo, para acceder a otros procedimientos una vez termine la situación de urgencia, la accionante deberá (i) contar con orden del médico tratante y (ii) estar afiliada al SGSSS.

Finalmente, advierte al Instituto Nacional de Cancerología que, en lo sucesivo, se abstenga de imponer barreras para el acceso a la salud de los extranjeros, especialmente de aquellos que, independientemente de su estatus migratorio, sufren de enfermedades catastróficas o degenerativas e insta a la accionante a que, si así lo decide, adelante los trámites necesarios para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia SU-677 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional. Sentencia T-210 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Relevancia del fallo

Esta sentencia es relevante, no solo por el recuento jurisprudencial que hace con respecto al acceso al derecho a la salud de la población migrante en situación irregular, especialmente aquellas que padecen de una enfermedad catastrófica, sino que, también, resalta las barreras administrativas innecesarias que los prestadores de salud imponen y que desconocen la prevalencia de los derechos fundamentales, especialmente a la vida, de quienes requieren los tratamientos. En este sentido, es un llamado de atención a las entidades prestadoras del servicio a evitar imponer dichas barreras.

1.2.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia

Juzgado Setenta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías Sentencia 22 de diciembre de 2020	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Juzgado Setenta y uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías • Tipo de providencia: Sentencia de Primera Instancia • Número de providencia o radicación: 1100140880712020-170-00 • Tipo de proceso: Acción de Tutela • Fecha: 22 de diciembre de 2020 	
Tema	
Derecho a la Salud para personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedades no catastróficas	
Subtemas	
Enfermedades Catastróficas; Derecho a la vida en condiciones dignas; Derecho a la seguridad social; Derecho a la integridad física y personal; Derecho a la dignidad humana; Situación Migratoria Regular.	
Hechos	
AAAA de 49 años, nacional venezolano, ingresó en 2018 a Colombia de manera irregular. Hace 10 años fue diagnosticado con Diabetes Mellitus Tipo 2 y los médicos en Venezuela recomendaron mantenerlo bajo vigilancia médica. Se inscribió en el RAMV y dos meses después de haber ingresado regularizó su situación con la expedición de un PEP. En enero de 2020 estaba gestionando su afiliación al sistema de salud, pero, a raíz de la pandemia, quedó desempleado y no contaba con los recursos para subsidiar los medicamentos para su diabetes, generando una degeneración en su salud. Vía acción de tutela logró, en septiembre de 2020, ser afiliado al sistema de salud. Recibió su carné de la EPS, pero no obtuvo respuesta en las líneas de comunicación para solicitar sus controles. Requiere asistencia médica para realizar sus controles, además porque está consumiendo medicamentos para su condición sin tener aprobación o fórmula médica.	
Consideraciones (reglas y subreglas)	
Recuerda el juzgado que el derecho a la salud es un derecho fundamental y a la vez un servicio, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, cuya prestación la establece y regula el Estado, que debe garantizarse a nacionales y extranjeros en el territorio en términos de promoción, protección y recuperación de la salud.	

Reitera la jurisprudencia constitucional sobre el alcance del derecho a la salud, reconociendo que no solo se refiere a cuando la vida pelagra como mera existencia, sino que la salud es esencial para el mantenimiento de condiciones dignas y, por lo tanto, debe propenderse a facilitar el acceso al tratamiento de enfermedades catastróficas, incluso cuando sean incurables para que la persona pueda vivir en condiciones dignas.

Así mismo, recuerda que la Corte Constitucional ha establecido que la tutela es mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental a la salud, para lograr no solo el acceso sino que se garantice el servicio en óptimas condiciones de los afiliados. Lo anterior en cumplimiento a los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.

De acuerdo con la Ley 1751 de 2015, este derecho es autónomo e irrenunciable individual y colectivamente, y comprende que el acceso al servicio sea oportuno, eficaz y con calidad para preservar, mejorar y promocionar la salud.

La EPS, al no autorizar las correspondientes citas médicas, vulneró los derechos fundamentales a la salud, la vida, seguridad social, integridad personal y dignidad humana, pues, en virtud de la Ley 1122 de 2017, éstas son aseguradoras de la prestación del servicio.

Así mismo, se reconoce que la IPS también tiene una responsabilidad para garantizar este derecho y acceso a la prestación del servicio, pues son contratadas por las EPS precisamente para prestar el servicio y las dilaciones por medio de trámites innecesarios pueden poner en peligro la salud y vida del paciente.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Tutelar los derechos a la salud, vida en condiciones dignas, seguridad social, integridad física y personal y dignidad humana del accionante.

Ordenar al Representante Legal y/o quien haga sus veces de la EPS y la IPS que, en el término improrrogable de 48 horas desde la notificación, se autoricen y agenden las citas médicas que requiere el paciente, así como los demás servicios médicos que llegare a necesitar.

Conminar a la entidad a remitir copia de los documentos que acrediten cumplimiento fallo.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-144 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Relevancia del fallo

Demuestra la falta de claridad sobre quién tiene la responsabilidad entre EPS-IPS, cuando hay una falla en el servicio.

Demuestra el amplio amparo y la protección del derecho a la salud cuando la situación migratoria de la persona es regular, contrario a las limitaciones y eventos taxativos en los que se ampara el derecho a la salud cuando la situación migratoria de la persona es irregular.

Evidencia un nuevo alcance de la protección del derecho a la salud, al considerar que se vulnera cuando, a pesar de estar afiliado, las EPS y las IPS no permiten la eficaz prestación del servicio por falta de asignación en las citas.

Juzgado Promiscuo Municipal De Pradera, Valle Del Cauca
Sentencia 14 de Mayo de 2021

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Juzgado Promiscuo Municipal de Pradera, Valle del Cauca
- **Tipo de providencia:** Sentencia de Primera Instancia
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:** 14 de mayo de 2021

Tema

Derecho a la salud personas migrantes en situación migratoria irregular con enfermedades catastróficas

Subtemas

Enfermedades catastróficas; Derecho a la vida; Derecho a la dignidad humana; Derecho a la igualdad; Solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; Debida diligencia de las autoridades administrativas migratorias para facilitar acceso a documentos para la afiliación al sistema general de seguridad social en salud.

Hechos

Debido a la situación actual en Venezuela, la accionante migró a Colombia en noviembre de 2019. En enero de 2020, la accionante empezó a presentar dolores en su zona pélvica, por lo que asistió a una cita médica particular. Se le diagnosticó con cáncer de cuello uterino. Con el diagnóstico asistió a donde un especialista por medio de cita particular donde se le ordenó una biopsia y una histerectomía. En marzo de 2020 tuvo una recaída y asistió al Hospital San Roque de la Pradera, Valle, donde le dieron tratamientos para aliviar el dolor pero le informaron que no le podrían realizar los tratamientos para su enfermedad toda vez que está en situación migratoria irregular. La accionante afirma que no tiene sustento económico pues no tiene trabajo formal.

La accionante es solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado. En la acción de tutela, la accionante solicita que se le tutelen de manera inmediata sus derechos a la vida, a la salud, dignidad humana, igualdad y derechos reproductivos y sexuales y se le brinde la atención requerida y los tratamientos y medicamentos necesarios para su diagnóstico derivado de la atención prioritaria y todo lo que se le relacione.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Obligación de los Extranjeros en Colombia

Se recuerda que el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia establece que los extranjeros en el país gozarán de los mismos derechos civiles que se les conceden a los nacionales colombianos. Sin embargo, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros podrán gozar en el territorio de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezca la Constitución y la Ley.

Acceso al derecho a la salud de personas migrantes en situación migratoria irregular

Recuerda que la protección del derecho a la salud ha sido desarrollada principalmente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este sentido, la Corte ha establecido el deber del Estado de proteger el derecho a la salud, la dignidad humana y el acceso igualitario a la seguridad social de los extranjeros en situación de irregularidad migratoria. Cita jurisprudencia de la Corte que reitera igualmente la obligación de regularización que tiene la población extranjera.

Reitera que, en lo referente a la atención en urgencias, no hay una diferencia entre la situación regular o irregular del migrante, pues debe garantizarse y protegerse el derecho a la vida. Sin embargo, afirma que al momento de acceder a otros servicios de salud más especializados, el migrante debe regularizar su situación en el país, cumpliendo con las obligaciones que establece el Estado. En este caso, la obligación es contar con un documento para afiliarse al sistema de seguridad social bajo el régimen subsidiado cuando la persona, como es el caso de la accionante, carece de recursos y está en una situación económica precaria.

Recuerda que el cáncer es una enfermedad grave, que requiere recibir la atención necesaria.

La accionante al ser solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado puede acceder al SGSSS, una vez admitida la solicitud y que se tramite ante Migración Colombia la expedición del salvoconducto SC-2. Sin embargo, en el contexto en que se da el caso, durante la vigencia del Paro Nacional que afectó la movilidad principalmente en el Departamento del Valle del Cauca, el juzgado reconoce que no le es posible a la accionante moverse para poder reclamar su documento, necesario para poder afiliarse al sistema de salud. En este sentido, y con el fin facilitar el acceso a los tratamientos requeridos y materializar así su derecho a la salud, se ordenará a Migración Colombia, de ser posible, que envíe de manera expedita de manera electrónica a la Alcaldía de Pradera el Salvoconducto de Permanencia SC2 o la certificación de que está en trámite para poder adelantar los trámites. La accionante tiene la obligación de reclamarlo una vez se supere la situación de orden público.

Aunque la orden médica de los tratamientos para la enfermedad no se refiere a una urgencia, el juez evidencia que, si es una enfermedad grave y que requiere atención, por lo que solicita a la Secretaría de Salud emitir las órdenes pertinentes al Hospital para que, en caso de un requerimiento urgente, la accionante pueda ser atendida mientras se surten los trámites de afiliación.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Se decide tutelar los derechos fundamentales a la salud, la vida en condiciones dignas y a la seguridad social invocados por la accionante venezolana.

Se ordena a Migración Colombia que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, se envíe electrónicamente a la Alcaldía de Pradera el salvoconducto de la accionante o una certificación de expedición del mismo, para que pueda adelantar los trámites de afiliación al sistema de seguridad social.

Ordena a la Alcaldía de Pradera, como entidad territorial del domicilio de la accionante una vez allegado el salvoconducto SC2, registrar y afiliar a la accionante a una EPS del régimen subsidiado de salud, de acuerdo con la ley.

Ordena a la Secretaría de Salud que, dentro de sus competencias, emita las correspondientes órdenes médicas para que el hospital atienda a la accionada en caso de un requerimiento urgente para garantizar la prestación del servicio en salud mientras se afilia al sistema de seguridad social.

Insta a la accionante a cumplir con su obligación de reclamar personalmente el salvoconducto SC2 y solicitar las posteriores prórrogas de acuerdo con la normatividad dispuesta.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-197 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera

Relevancia del fallo

El fallo es relevante en tanto que reconoce el amparo constitucional, producto del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, del derecho a la salud.

Así mismo, reconoce que en el marco del Paro Nacional y ante la imposibilidad de desplazamiento, la autoridad administrativa debe facilitar el acceso a las personas a los documentos que les permitan acceder a la prestación de salud. Esto es fundamental, en tanto que se declara que prima la salud y la vida sobre trámites administrativos.

Este fallo se aparta levemente de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que ampara la protección a enfermedades graves cuando un médico tratante lo determine así, y ordena a la Secretaría de Salud a emitir las ordenes que sean necesarias para la protección del derecho a la salud a personas que padecen de enfermedades catastróficas como es el cáncer.

1.3. Derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular

1.3.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

**Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 21/14, 19 de agosto de 2014,
solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay
Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración
y/o en necesidad de protección internacional**

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** Opinión Consultiva
- **Número de providencia o radicación:** OC-21/14
- **Fecha:** 19 de agosto de 2014
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Tema
Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
Subtemas
Medidas de protección adecuadas para NNA; Situación Migratoria Irregular; Principio de no detención de los NNA; Custodia; Principio de no devolución; Derecho a buscar y recibir asilo de NNA; Derecho a la protección de la familia; Derecho a la no injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar; NNA no acompañados, NNA apátridas; Medidas especiales de protección; Reconocimiento de la condición de refugiado.
Antecedentes
En julio de 2011, Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay (Estados solicitantes) presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante para que la CIDH determine cuáles son las obligaciones de los Estados en relación con las medidas pasibles de ser adoptadas con respecto a los niños y niñas, asociada a su condición migratoria o a la de sus padres.
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>Las políticas migratorias de los Estados deben tener un enfoque de DDHH, es decir, estar dirigidas a la protección, ejercicio y goce de los derechos de quienes estén bajo su jurisdicción y respeto por los instrumentos internacionales del derecho humanitario y de los refugiados.</p> <p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición. La obligación es del Estado, la sociedad y la familia.</p> <p>Al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a NNA, los Estados deben priorizar el enfoque de derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral. Estos deben primar sobre cualquier consideración respecto a su nacionalidad o estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.</p> <p>Las actuaciones de los Estados deben basarse en los principios de no discriminación, el interés superior del niño o niña, respeto al derecho a la vida y la supervivencia y el desarrollo.</p> <p>La Corte establece que el estado de salud física, psicosocial y material de un NNA es uno de los aspectos particulares que determinan el estado de vulnerabilidad en la que se encuentra un menor.</p> <p>La Corte recuerda las medidas especiales de protección consideradas en los instrumentos de derecho internacional. Estas medidas deben entenderse como una protección integral, es decir, que deben propender al pleno disfrute de todos los derechos reconocidos a los niños, en especial el derecho a la salud, la alimentación adecuada, la educación, al juego y la recreación para su edad.</p>

La Corte reitera la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral, incluyendo aquellas que permitan el acceso en la atención en salud integral (física y psicosocial), culturalmente adecuadas y con enfoque de género. Lo anterior debe hacerse en virtud de los principios mencionados y una vez el Estado receptor evalúe por medio de procedimientos adecuados que permitan determinar las particularidades de cada caso.

La Corte recuerda la vinculación directa e inmediata entre los derechos a la vida y a la integridad personal con respecto a la atención en salud. En este sentido, la Corte determina que, en caso de una expulsión o devolución de una persona, se puede configurar una vulneración de las obligaciones internacionales con base en la circunstancia particular de la persona, por ejemplo, la afectación o deterioro grave de su salud, que pueda incluso derivar en su muerte. Siempre debe considerarse, en aras de proteger los derechos de las personas en general, su estado de salud, la atención disponible en su país de origen y la accesibilidad física y económica de la misma.

En el marco de los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de los NNA, no solo se debe manejar con la máxima diligencia, sino que además el Estado debe brindar protección y cuidado al NNA de manera especial, sobre todo si son solicitantes de refugio, asegurándoles vivienda, comida, acceso a salud, atención psicosocial y educación.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Es de la **OPINIÓN** de la Corte, entre otras:

Que los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio.

Que los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad.

Que las garantías de debido proceso que deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso.

Que los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar.

Que en situaciones de restricción de libertad personal que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente se corresponda a una privación de libertad, los Estados deben respetar las garantías que se tornan operativas ante dichas situaciones.

Que los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos.

Que de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

Que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 (Definición de niño o niña) del 28 de agosto de 2002

Corte IDH, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, supra, párr. 31.

Corte IDH, Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

Relevancia del fallo

La CIDH establece un glosario para delimitar términos en materia migratoria. Así mismo, establece el derecho a la salud y su alcance en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

Observaciones

La Corte IDH recuerda que ante la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son parte de la Convención Americana pero se han obligado a respetar los DDHH en virtud de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, para lograr un eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y en particular, es una guía para resolver dudas, en este caso, sobre infancia en contexto de migración y evitar la eventual vulneración a sus derechos humanos.

1.3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-178 de 2019	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Séptima • Tipo de providencia: Tutela • Número de providencia o radicación: T-178 de 2019 / Expediente T- 7.087.478 • Tipo de proceso: Acción de Tutela • Fecha: 6 de mayo de 2019 • Magistrado ponente: Cristina Pardo Schlesinger • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-178-19.htm 	
Tema	
Afiliación al sistema de salud de menores hijos de personas migrantes en situación migratoria irregular.	
Subtemas	
Interés prevalente del menor; obligación de regularización.	
Hechos	
<p>El personero municipal de Aguachica, César, interpone la acción en nombre de una pareja de personas migrantes provenientes de Venezuela, que ingresaron en noviembre de 2017 a territorio colombiano.</p> <p>En mayo de 2018 tuvieron a su hijo JJHM en el Hospital Regional de Aguachica. En junio de 2018, los padres intentaron realizar la inscripción del nacimiento en el registro civil del menor ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. Con este documento querían afiliar a su hijo al sistema de salud por medio del Sisbén. La entidad afirmó que no se puede realizar la afiliación al SISBEN toda vez que los padres del menor no tienen nacionalidad colombiana, por lo que este no puede ser incluido en la ficha y por lo tanto no le pueden expedir el documento para presentarlo ante la EPS.</p> <p>Se promueve la acción de tutela para proteger los derechos del menor al considerar que hay una vulneración del derecho a la salud, a la vida digna, a la dignidad humana e igualdad y al haberse negado la inclusión al Sisbén toda vez que es un sujeto de especial protección constitucional.</p>	

Procedimiento

El Juzgado Promiscuo de Familia del municipio de Aguachica, César, decidió negar el amparo de los Derechos Fundamentales, toda vez que consideró que no se cumplen con los mínimos legales para acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud. Adicionalmente, afirmó que el menor no tiene ninguna enfermedad grave que amerite los servicios de salud en urgencias. Los padres necesitan regularizar su situación migratoria para poder inscribir al menor al SGSSS.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Reglas jurisprudenciales sobre el derecho al acceso al sistema de salud de niños y niñas venezolanos con padres en situación irregular

En primer lugar, frente a las reglas jurisprudenciales sobre el derecho al acceso al sistema de salud de niños y niñas venezolanos con padres en situación irregular, la Corte hace una recapitulación sobre el contexto de migración venezolana en territorio colombiano. Afirma que las decisiones de las instituciones estatales se han concentrado en la regularización migratoria, en la integración y en la atención humanitaria de la población migrante. Esto se refleja en la creación de los permisos especiales de permanencia y el RAMV.

Así mismo, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio” que se orienta fundamentalmente hacia la atención en salud en territorio colombiano a personas que ingresan en calidad de migrantes al país, ya sean estos nacionales de otros países, o bien, colombianos de origen que están retornando. Con este plan se quiere formalizar las acciones y actividades que se han adelantado por varias entidades para garantizar el acceso a la salud de la población migrante.

La Corte reconoce como una población vulnerable a las madres gestantes, los niños, las niñas y adolescentes. Si bien la Corte además reconoce que hay una normatividad que establece que la afiliación del recién nacido con padres no afiliados se da en situaciones extraordinarias, sugiere que esta norma debe interpretarse en aras de asegurar los derechos de NNA migrantes y con el fin de que prevalezca el interés superior del menor. Así, se debe garantizar su acceso y seguridad, pues son seres indefensos y dependientes de su entorno. Recuerda además el grado de vulnerabilidad en el que se encuentran los recién nacidos.

En este sentido, la Corte establece que en el caso en concreto si se vulneraron los derechos del menor al no afiliarlo, siendo esta una obligación del prestador de salud cuando los padres no puedan realizar este trámite.

La Corte establece de que los menores tienen derecho a acceder al sistema de salud, independientemente de la situación migratoria irregular de los padres. Esta situación no puede transmitirse al niño que esta por nacer. Los recién nacidos dependen de su familia, de la sociedad y del Estado. De la misma manera, el hecho de que el niño no requiera de una atención en salud de urgencias, no puede limitar su acceso a los servicios necesarios para su desarrollo integral.

Así mismo, la Corte hace un llamado a las entidades territoriales a entender el contexto venezolano.

Finalmente, recuerda la obligación de las personas migrantes de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identidad que les permita afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte ordena a la Alcaldía de Aguachica que, en término de 48 horas, registre al menor en una EPS. Advierte al Hospital Regional que, para los futuros nacimientos de niños con padres extranjeros en situación migratoria irregular, debe cumplir con la normatividad dispuesta en el Decreto 780 de 2016. Exhorta a Migración Colombia y al Ministerio de Salud a socializar y publicitar el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, SU-677 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Relevancia del fallo

Reconoce nuevamente que hay barreras en el acceso a los servicios en salud de la población migrante y evidencia la falta de coordinación entre entidades. Establece que la situación migratoria irregular de los padres no tiene por qué afectar a los menores y que siempre debe prevalecer su interés superior y la prestación del servicio en salud, así no sea una urgencia.

Observaciones

Cuenta con salvamento de voto del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas al considerar que se configuraba una de las causales de nulidad y razón por la cual la Corte no podía pronunciarse con respecto al fallo en tanto no se integró debidamente el contradictorio y se vulneró el derecho al debido proceso del accionado. En este sentido, considera que no se les advirtió a esas entidades sobre las facultades de contradicción y defensa que tenían a su disposición, en tanto ese proveído *se limitó a ponerles en conocimiento* el proceso de tutela y pedirles información en relación con el cumplimiento de las funciones a su cargo, sin comunicarles la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción frente a los hechos y pretensiones incluidos en la acción de amparo constitucional.

Corte Constitucional Sentencia T-090 de 2021

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Séptima
- **Tipo de providencia:** Tutela
- **Número de providencia o radicación:** T-090 de 2021 / Expediente T-8.006.896
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:** 14 de abril de 2021
- **Magistrado ponente:** Cristina Pardo Schlesinger
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-090-21.htm

Tema
Acceso a la salud de niños, niñas y adolescentes migrantes en situación migratoria irregular.
Subtemas
Solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; alcance de la prestación servicios en salud de urgencia a personas migrantes en situación migratoria irregular
Hechos
<p>La accionante afirma que su hijo, nacional venezolano de 6 años, tiene una atresia pulmonar, comunicación interventricular, verdaderas arterias confluentes y colaterales, remanente de arco aórtico izquierdo a manera de ventrículo de Kommerell, falla cardiaca derecha e hipertiroidismo. El 14 de mayo de 2020, el menor fue intervenido quirúrgicamente para atender sus patologías en la Clínica Medical Duarte en Cúcuta. Fue posteriormente remitido a la UCI 15 días y a hospitalización por 5 días más. El médico tratante ordenó realizar un control con un médico especialista en cardiología pediátrica y un ecocardiograma transtorácico, pero el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander negó los servicios, argumentando que primero debía regularizar su situación migratoria y afiliarse al SGSSS.</p> <p>Lo anterior no ha sido posible por no contar con un PEP y por la emergencia del Covid-19, que con el cierre de la frontera y de las oficinas de Migración Colombia en Cúcuta, imposibilita efectuar el trámite. El menor cuenta con salvoconducto SC-2 que está vencido por el cierre de fronteras y de las oficinas de Migración Colombia, producto de la pandemia, pues tampoco le es posible volver a Venezuela con el fin de que le expida un pasaporte, por el cierre de pasos transfronterizos. La accionante resalta que el menor tiene alto riesgo de muerte por riesgo cardiovascular por enfermedad de base.</p> <p>El 12 de agosto de 2020, la accionante, actuando en representación de su hijo menor de edad, interpuso acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la salud, la seguridad social, la vida y la dignidad humana.</p>
Procedimiento
<p>El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta admitió la acción de tutela y vinculó a la Secretaría de Salud Municipal de Cúcuta y a la Clínica Medical Duarte y corrió traslado para recibir respuestas por parte de los accionados y vinculados.</p> <p>En fallo de única instancia del 24 de agosto de 2020, el juzgado negó el amparo al derecho fundamental a la salud solicitado por la accionante en representación de su hijo contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.</p> <p>Adicionalmente, requirió a la madre para que, por medio de la Defensoría del Pueblo, pudiese tener el acompañamiento para regularizar su situación migratoria y la de su hijo. El juzgado</p>

no amparó el derecho fundamental a la salud toda vez que (i) el médico tratante no le dio trámite de urgencia, (ii) la entidad territorial no negó la atención en urgencias y (iii) para poder acceder al tratamiento, la madre debe afiliarse al menor al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Consideraciones (reglas y subreglas)

El derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, y los componentes de universalidad y solidaridad. Reiteración jurisprudencial

La Corte Constitucional recuerda la jurisprudencia en torno al derecho fundamental a la salud de niños, niñas y adolescentes (NNA) y los principios de universalidad y solidaridad. Al respecto establece que en la Constitución (artículos 44 y 48) la salud es un derecho fundamental, que está comprendido por la seguridad social como un servicio público obligatorio e irrenunciable en cabeza del Estado y que, de acuerdo con el artículo 49 constitucional, el Estado debe garantizar su acceso por medio de la promoción, prevención y recuperación de la salud.

Adicionalmente, el artículo 44 de la Constitución también reconoce que la integridad física y la seguridad social son derechos fundamentales de los NNA, por lo que el Estado, la sociedad y la familia deben hacer todo su esfuerzo por cumplir sus derechos constitucionales, pues los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Adicionalmente, en tanto que es un servicio que debe garantizar el Estado, recuerda lo establecido en la sentencia T-565 de 2019 que establece que (i) la garantía de los derechos fundamentales no depende de la condición de ciudadano, sino de ser humano que habita en territorio nacional y (ii) se debe velar por el derecho a la salud de quienes, por razones económicas, físicas o mentales, están en situación de debilidad manifiesta.

Frente a los instrumentos de derecho internacional, la Corte resalta que, en virtud de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los menores tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para tratar enfermedades que padezcan y rehabilitación. Adicionalmente, esta Convención también establece la primacía del interés superior del menor. A lo anterior debe sumarse el principio de no discriminación desarrollado por el párrafo 34 de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incluye a los migrantes en situación migratoria irregular y solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado.

Recuerda la Corte, a partir del principio de igualdad del artículo 13 constitucional, que las personas con alguna condición de discapacidad o enfermedad deben ser protegidas por el Estado, más cuando estén en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, en virtud del artículo 47 superior, el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos. En este sentido, el Estado debe implementar y fortalecer la recuperación y protección de quienes estén enfermos y estén disminuidos física, sensorial o psíquicamente, aún más cuando hay menores involucrados, pues se presume que son sujetos de especial protección constitucional y la protección de sus derechos es prioritaria.

La Corte recuerda la jurisprudencia constitucional frente al principio de universalidad, pues comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y

otras no. En cuanto a la solidaridad, es un principio que aspira al valor de la justicia y que se fundamenta en la dignidad humana. Así mismo, el principio de integralidad consiste en el deber del Estado de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos, garantizando el tratamiento integral, adecuado y especializado según la enfermedad, dando todos los medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias que el médico prescriba para restablecer la salud o mitigar dolencias.

Acceso a los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano para los niños, niñas y adolescentes migrantes en condición irregular. Reiteración jurisprudencial

La Corte también reitera su jurisprudencia al afirmar que las personas extranjeras en territorio nacional tienen la obligación de acatar la ley y la Constitución, pero también que gozarán de los mismos derechos civiles y garantías que los nacionales, salvo las excepciones de ley y de la Constitución. Así, los Estados pueden establecer una regulación migratoria que proporcione un trato diferencial para los extranjeros frente a los nacionales, sin que sean discriminatorias siempre que estas medidas sean objetivas y razonables. Sin embargo, resalta que cuando se refiere al derecho a la salud de los menores de edad en situación migratoria irregular, y más allá de que la salud sea reconocida como un DESC, hoy en día no debe quedar duda de la fundamentalidad del derecho a la salud. En este sentido, el derecho a la salud de las personas migrantes, aún en situación migratoria irregular, idealmente debe progresar para ir más allá de la atención en urgencias y comprender toda la atención integral en salud.

Está en cabeza de las Entidades territoriales, especialmente al municipio, garantizar el acceso a la salud y la afiliación de las personas al SGSSS. En este sentido, y reconociendo la actual crisis humanitaria en Venezuela, la jurisprudencia constitucional y la legislación permiten que los excedentes del FOSYGA sean usados por entidades territoriales para cubrir los pagos iniciales en urgencias de personas migrantes de países vecinos, siempre que corresponda a una atención inicial de urgencias, que quien recibe la atención no tenga subsidio en salud, ni con seguro médico, que la persona no tenga además capacidad de pago y que quien reciba la atención, además de ser de un país vecino, la haya recibido por medio de la red pública hospitalaria del departamento o distrito.

De la prestación de servicios en salud a niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular, diferente a la atención inicial de urgencia

La Corte afirma que en temas de prestación del servicio de salud a NNA en situación migratoria irregular, esta corporación tiene una amplia línea jurisprudencial donde se ha ido ampliando el concepto y el alcance de la atención en salud de urgencias, pasando de una mirada restrictiva a una que, al reconocer las dificultades de la situación actual, amplía la atención en urgencias a los controles previos, atención en el parto y control posparto de mujeres en situación migratoria irregular, así como la atención de enfermedades catastróficas cuando un médico tratante determine la urgencia. En este sentido, la atención en urgencias excepcionalmente puede incluir procedimientos o intervenciones médicas, siempre que se acredite la urgencia para la protección de la vida del paciente. Recalca que la jurisprudencia ha sido muy consciente de las situaciones límite y excepcionales que han permitido un avance en la protección del derecho a la salud, que admita la cobertura más allá de la atención en urgencias para extranjeros en situación migratoria irregular.

Para el caso de niños, niñas y adolescentes extranjeros no regularizados, que se ven menoscabados en su salud física y mental, no es deber de los menores asumir una carga pública que, por razones de su edad y su condición de vulnerabilidad derivada de su afección, le es atribuible a sus representantes legales, sin que la falta de diligencia de estos últimos, en lo que se refiere a la legalización de su estado migratorio, pueda proyectarse negativamente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de sus hijos.

Reiterando la jurisprudencia constitucional el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad que sufren de algún tipo de afección física y mental y de garantizarles un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes migrantes, a pesar de que no se encuentren regularizados en el país y, en consecuencia, no estén vinculados al SGSSS. Así, a partir de lo decantado por la jurisprudencia, respecto de los menores de edad extranjeros en condición migratoria irregular, la falta de diligencia o cuidado de sus padres o representantes legales, por no haber gestionado oportunamente los trámites para legalizar la situación migratoria y adelantar la afiliación al SGSSS de sus hijos, o como ocurrió en este caso, que la situación se dio, por la conocida pandemia provocada por el Covid-19, no puede resultar en la no prestación de los servicios que los menores requieren con necesidad.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Por ello, la Corte decide revocar la sentencia de única instancia y conceder la tutela al derecho a la salud del menor y negar el amparo respecto al derecho a la seguridad social. Ordena al Instituto accionado la autorización de la cita con el médico especialista y le advierte que de ahora en adelante se abstenga de negar el acceso a los servicios de salud al menor. Ordena a Migración Colombia que, en el plazo de un mes desde la sentencia, se pronuncie de fondo con respecto a su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. Insta al personero municipal a vigilar el cumplimiento de la providencia.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, T-760 de 2008, M.P. José Manuel Cepeda

Corte Constitucional, T-314 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-565 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, SU-677 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional, T-021 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Relevancia del fallo

La Corte establece que los NNA en situación migratoria irregular deben poder acceder a la prestación de los servicios de salud, así no estén afiliados al SGSSS, pues la falta de diligencia o de oportunidad de sus representantes no puede afectar su acceso al servicio y derecho a la salud.

2. Derechos laborales

Esta sección de la bitácora está dedicada a analizar aquellos pronunciamientos que versan sobre los derechos laborales de la población migrante y refugiada en Colombia y en la región. En ésta se encontrará el estudio de dos pronunciamientos provenientes de órganos del SIDH y de un fallo de un juez de instancia de tutela.

Respecto al primer pronunciamiento, se trata de una Opinión Consultiva del 2013 de la Corte IDH en la cual ésta se pronuncia respecto a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. De esta opinión se rescatan dos elementos clave, relacionados con esta sección de la bitácora. El primer elemento es el reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que suelen encontrarse los trabajadores migrantes en el Estado de empleo, los cuales están en condiciones desfavorecidas en comparación con los trabajadores nacionales. El segundo aspecto clave consiste en afirmar que los derechos de la persona migrante como trabajador surgen de la relación laboral. Así que su situación migratoria no será relevante para reconocerle sus derechos humanos de carácter laboral. Así mismo, la Corte IDH afirma que los Estados tienen el deber de velar por la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, no debiendo permitir o tolerar su vulneración, inclusive cuando éstas se den en el marco de relaciones entre terceros.

El segundo pronunciamiento sobre este tema, analizado en esta sección, es el informe de fondo de la CIDH sobre la situación de dos trabajadores en situación migratoria irregular los cuales se encuentran en territorio estadounidense. En este contexto, la CIDH reitera que los derechos de los trabajadores migrantes deberán protegerse, independientemente de su situación migratoria. En particular, se deberá garantizar el acceso a recursos idóneos y efectivos para reaccionar a supuestas vulneraciones de los derechos laborales, sin discriminación, y que permitan acceder a una indemnización que no está “condicionada, reducida o denegada debido a [su] situación migratoria”. Finalmente, la CIDH afirma que, además, los trabajadores migratorios deberán poder acceder a programas de seguridad social.

El tercer y último pronunciamiento estudiado en esta sección es el caso de una mujer trans de nacionalidad venezolana en situación migratoria irregular a la cual se le incautan sus artesanías por sostener que estaba ocupando indebidamente el espacio público. El Tribunal que se pronuncia en segunda instancia sobre su caso protege sus derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo, utilizando la excepción

de inconstitucionalidad para inaplicar la norma que permitía a la Alcaldía exigirle el pago de una suma, muy alta para ella, para la restitución de sus artesanías. En esta sentencia, el Tribunal reconoce la situación de vulnerabilidad de la accionante, por ser mujer trans, migrante en situación migratoria irregular y vendedora informal. Este pronunciamiento es ejemplar por el análisis interseccional realizado y, en particular, por evidenciar que la actuación de la autoridad pública estaba privando a la accionante de su sustento mínimo vital y le estaba vulnerando su derecho al trabajo.

2.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Serie A No. 18	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Interamericana de Derechos Humanos • Tipo de providencia: Opinión Consultiva • Número de providencia o radicación: OC-18/03 • Fecha: 17 de septiembre de 2003 • Consulta aquí el texto completo: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf 	
Tema	
Protección de los derechos de las personas migrantes en situación migratoria irregular	
Subtemas	
Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación y su aplicación a las personas migrantes. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. Obligación de respetar los derechos humanos en la determinación de las políticas migratorias.	
Hechos	
El Estado de los Estados Unidos Mexicanos solicitó a la Corte IDH una opinión consultiva sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes. La consulta está relacionada con la obligación de los Estados americanos de respetar la garantía del principio de igualdad, no	

discriminación y protección igual y efectiva ante la ley y respecto al carácter que estos principios han adquirido en el DIDH. Así mismo, el Estado quiso interrogar a la Corte sobre las limitaciones que pueden sufrir algunas obligaciones contenidas en el DIDH, inclusive las obligaciones *erga omnes*, ante el logro de ciertos objetivos de las políticas migratorias estatales.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

En primer lugar, la Corte define trabajador migratorio con base en la definición establecida al art. 2.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW). Tal y como lo reitera el preámbulo de la CMW, los trabajadores migratorio son personas que, a menudo, se encuentran en situación de vulnerabilidad y con condiciones de trabajo más desfavorecidas respecto a otros trabajadores.

De la misma forma, la Corte recuerda que los derechos de los que goza la persona migrante como trabajador surgen de la relación laboral. En este sentido, su situación migratoria o cualquier otra condición son irrelevantes para reconocerle sus derechos humanos de carácter laboral. Aunque ni los Estados ni los particulares están obligados a entablar relaciones laborales con las personas migrantes en situación migratoria irregular, una vez éstas se establezcan, deberán respetarse los derechos del trabajador migrante sin discriminación.

Los efectos en la relación con terceros de las obligaciones de los Estados

En segundo lugar, la Corte IDH recuerda que la obligación de asegurar la efectividad de los derechos humanos tiene efectos en la relación con terceros. En este caso, en la relación de tipo laboral entre particulares. Así, el Estado será responsable por no haber prevenido la violación de los derechos o por no haberla investigado y sancionado en cumplimiento de la Convención, cuando esta ocurra por el actuar de terceros.

Siendo los Estados los que determinan el marco normativo dentro del cual se enmarcan las relaciones entre particulares –como es la relación entre el empleador y los empleados– los Estados deberán velar para que, en estas relaciones, se respeten los DDHH. En este sentido, no deberá permitirse a los empleadores violar los DDHH de los empleados o entablar relaciones contractuales que no respeten los estándares mínimos establecidos en el derecho internacional.

Se añade a estas obligaciones la de adoptar cualquier medida necesaria para remediar situaciones o prácticas discriminatorias hacia los trabajadores migrantes. Así, siempre y cuando “terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación”, el Estado será responsable.

Ante los numerosos instrumentos en los cuales se consagran los derechos de los trabajadores en el nivel nacional e internacional, la Corte afirma que deberá preferirse siempre la interpretación que lleve a la aplicación de la norma que “mejor proteja” al trabajador.

La Corte también señala que algunos derechos revisten particular importancia para el trabajador migrante, ya que su ejercicio garantiza a este y a su familia una vida en condiciones dignas y la posibilidad de desarrollar “sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano”.

Finalmente, la Corte recuerda que el trabajador migrante, independientemente de su situación migratoria, siempre deberá poder acudir a los órganos de justicia para que se le reconozcan los derechos que ha adquirido como trabajador.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Respecto a estos aspectos, la Corte IDH es de la **opinión** que:

La situación migratoria de la persona no es una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus DDHH, entre ellos los de carácter laboral.

La persona migrante adquiere derechos laborales únicamente en razón de la relación laboral.

La obligación del Estado de respetar los DDHH se proyecta en las relaciones entre particulares. Por ello, el Estado no tolerará situaciones en las cuales se violen los derechos de los trabajadores migrantes por particulares.

Los trabajadores migrantes en situación migratoria irregular deben contar con los medios para ejercer sus derechos laborales, que son los mismos de los demás trabajadores en el Estado de empleo.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

ONU. Comité de Derechos Humanos, Delgado Páez Vs. Colombia. Decisión de 12 de julio de 1990. No. 195/85.

ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación No. 4/1991, L.K. Vs. Países Bajos.

Relevancia del fallo

La relevancia de esta opinión consultiva reside en afirmar que la persona migrante gozará de derechos laborales, únicamente, en virtud de la relación laboral, independientemente de su situación migratoria.

En segundo lugar, por recordar que el Estado podrá ser responsable internacionalmente, inclusive, cuando la violación de los derechos de la persona migrante en situación migratoria irregular se haya dado en el marco de una relación entre particulares. Esto porque el Estado deberá prevenir y, en su caso, investigar y sancionar las violaciones a los derechos laborales de las personas migrantes.

Finalmente, retomando el preámbulo de la CMW, la Corte IDH recuerda que las personas migrantes en situación migratoria irregular, a menudo, se encuentran en situación de vulnerabilidad y en condiciones laborales peores respecto a otros trabajadores.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe No. 50/16. Caso 12.834
Trabajadores indocumentados. Estados Unidos

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** Informe de fondo
- **Número de providencia o radicación:** No. 50/16
- **Fecha:** 30 de noviembre de 2016
- **Consulte aquí el texto completo:**
www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/uspu12834es.pdf

Tema

Derechos laborales de personas migrantes en situación migratoria irregular.
 Discriminación por situación migratoria.

Subtemas

Obstáculos enfrentados por trabajadores en situación migratoria irregular para acceder a una indemnización por accidente de trabajo en condiciones de igualdad.

Hechos

El caso versa sobre la situación sufrida por dos trabajadores de nacionalidad mexicana, ambos en situación migratoria irregular, en Estados Unidos.

En el primer caso, el trabajador, tras sufrir un accidente en su lugar de trabajo, recibe el cubrimiento parcial de sus gastos de atención médica y una negativa ante la petición de indemnización por accidente de trabajo por su situación migratoria irregular. Luego de haber interpuesto una demanda en contra de su empleador, el trabajador aceptó una indemnización por una suma inferior a la que hubiere recibido si hubiera sido nacional estadounidense.

En el segundo caso, un trabajador de nacionalidad mexicana, que se encuentra en Estados Unidos en situación migratoria irregular, sufre un accidente en su lugar de trabajo y por ello recibe atención médica y el cubrimiento de los gastos médicos. Sin embargo, luego de interponer una demanda en contra de su empleador, es acusado de fraude documental y arrestado, por haber utilizado un número de seguridad social falso. En el periodo en que estuvo detenido no recibió atención médica. Tras haber sido encontrado culpable, fue deportado a México. Su demanda de indemnización no pudo seguir, ya que se requería su presencia en el proceso, lo cual no resultó posible a causa de la deportación.

Procedimiento

La Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania, la Fundación de la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles y el Proyecto Nacional de Leyes del Empleo presentaron una demanda en representación de los dos trabajadores alegando la violación de los artículos II, XVII y XVIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) por parte de Estados Unidos. En fecha 20 de octubre de 2011, la CIDH adoptó el informe de admisibilidad del caso (No. 134/11) y luego el informe de fondo (No. 50/16).

Consideraciones (reglas y subreglas)

Derecho a la igualdad ante la ley

En primer lugar, la CIDH afirma que el derecho a la igualdad y a la no discriminación es un principio fundamental del SIDH. Este se materializa en la obligación de los Estados de garantizar igual protección ante la ley a todas las personas bajo su jurisdicción y de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para que el goce de los derechos sea efectivo, así como de abstenerse de adoptar medidas que sean discriminatorias hacia un cierto grupo de individuos o que en la práctica los discriminen. Así mismo, recuerda que esta protección incluye a las personas extranjeras, independientemente de su condición jurídica o del hecho que tengan o no autorización para trabajar.

La CIDH reconoce que ni los Estados ni los particulares tienen la obligación de entablar relaciones laborales con las personas extranjeras que no cuentan con la autorización para trabajar. Pero, una vez se entable una relación laboral con estas, deberán reconocerles todas las protecciones que la ley otorga a los trabajadores, sin discriminación y sin que importe si son personas documentadas o indocumentadas.

En el caso concreto, aunque las leyes laborales no establecen distinciones entre los trabajadores por su situación migratoria, la aplicación de este marco normativo resultó en un trato discriminatorio hacia los dos peticionarios. Esta diferencia de trato con base en la situación migratoria se refleja en la jurisprudencia de los Estados donde han ocurrido los hechos y en otros fallos, así como en la práctica de los agentes estatales y no estatales. Con base en este análisis, la CIDH afirma que el Estado no ha garantizado el acceso a los recursos idóneos para reaccionar a la violación de los derechos laborales sin discriminación a estos trabajadores. Igualmente, el Estado no ha demostrado que esta diferencia en el trato se fundamenta en una “justificación objetiva y razonable y persiga un objetivo legítimo o que los medios sean razonables y proporcionales al fin buscado”.

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, de los derechos civiles y del derecho de justicia

Respecto al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la CIDH recuerda que se trata de un derecho que es “condición esencial” para el goce de los demás derechos y que la falta de su reconocimiento pone a la persona en una situación de vulnerabilidad respecto a la violación de sus derechos por parte del Estado o por otros.

En segundo lugar, la CIDH reitera que la Carta de la Organización de los Estados Americanos contempla el derecho a gozar de los derechos civiles fundamentales, entre los cuales se incluye

el derecho a trabajar y que este deberá observarse en “condiciones aceptables”. Además, este derecho debe leerse en conjunto con el derecho de justicia consagrado en el artículo XVIII de la DADDH. Este contempla el derecho a recurrir a un tribunal ante la violación de derechos, a que el tribunal realice una investigación independiente y a recibir indemnización ante el daño sufrido. Así, poder acceder a un recurso adecuado y efectivo ante una violación es parte de este derecho.

En el caso concreto, la CIDH observa que, aunque los trabajadores pudieron emprender acciones jurídicas en contra de sus empleadores, la reparación que los tribunales iban a poderles otorgar estaba “condicionada, reducida o denegada debido a [su] situación migratoria”.

Derecho a la seguridad social

La CIDH considera que el derecho de los trabajadores a recibir prestaciones derivadas de las relaciones laborales, entre ellas las indemnizaciones por accidentes de trabajo, son parte de lo que se considera como “seguridad social”. Con base en la DADDH, en otros instrumentos internacionales y pronunciamientos, la CIDH afirma que los Estados Unidos tienen el deber de garantizar a todos los trabajadores el acceso a aquellos programas de seguridad social que protegen a los trabajadores en caso de accidentes y les da acceso a reparaciones. Sin embargo, la CIDH observa que los programas de seguridad social que cumplirían esta función en Estados Unidos no son accesibles para trabajadores que se encuentran en las condiciones de los peticionarios y, en general, por los trabajadores en situación migratoria irregular que residen de forma temporal en los Estados Unidos.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La CIDH considera que los Estados Unidos han violados los derechos de reconocimiento de la personalidad jurídica, los derechos civiles y el derecho de justicia de una de las víctimas, el derecho de igualdad ante la ley de ambas, así como el derecho a la seguridad social.

Con base en ello, **recomienda** al Estado:

Reconocer una compensación pecuniaria a los peticionarios apropiada para la violación de sus derechos humanos.

Tratar de que el marco normativo y las prácticas prohíban los tratos diferenciados de los trabajadores en situación migratoria irregular y que no cuentan con la autorización para trabajar.

Prohibir que el empleador pueda llevar a cabo averiguaciones de la situación migratoria del trabajador después de que este haya interpuesto una demanda para reclamar la protección sus derechos laborales.

Garantizar que los trabajadores en situación migratoria irregular cuenten con los mismos derechos respecto a los trabajadores en situación migratoria regular ante la violación de sus derechos laborales.

Crear un procedimiento para que los trabajadores puedan solicitar la suspensión de su deportación y recibir tratamiento médico hasta cuando no se resuelva el procedimiento de solicitud de indemnización por accidentes de trabajo.

Avanzar en la identificación de los empleadores que explotan a los trabajadores en situación migratoria irregular y sancionar su conducta.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

ONU. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Compilación de observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), Observación General 18, No discriminación.

ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial”, CERD/C/USA/CO/6 (mayo de 2008).

Relevancia del fallo

Este informe de fondo refuerza lo afirmado por la Corte IDH en su OC-18/03 respecto a la necesidad de proveer mecanismos para proteger a los trabajadores en situación migratoria irregular ante la vulneración de sus derechos laborales. En el caso de los peticionarios, además, se evidencia como el mismo marco normativo y jurisprudencial, así como las prácticas de los funcionarios, contribuyen a la desprotección de los trabajadores en esta situación.

2.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sentencia de 3 de junio del 2021

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 3 de junio del 2021
- **Magistrado ponente:** Francisco Antonio Pascuales Hernández

Tema

Derecho al trabajo

Subtemas

Derechos fundamentales al trabajo, igualdad, mínimo vital y libertad de locomoción

Hechos

La accionante es una mujer trans de nacionalidad venezolana en situación migratoria irregular. Las artesanías, producto de su trabajo artístico y cuya venta constituye su sustento diario, le fueron incautadas por un funcionario de la Policía Metropolitana de Cartagena por presunta ocupación indebida del espacio público, mientras se encontraba en el centro histórico de la ciudad de Cartagena. Cuando la accionante se acercó a la Gerencia de Espacio Público y Movilidad de esta ciudad con el fin de reclamar sus artesanías, se le informó que para su devolución debía pagar el costo de bodegaje de las mismas, correspondientes a 113.500 m/cte.

La accionante sostiene no contar con esta suma de dinero, ya que su único sustento es el que proviene de la venta de las artesanías incautadas y no cuenta con materiales para poder producir otras artesanías, debido también a las dificultades causadas por la pandemia. Por todo ello, interpone acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, mínimo vital y libertad de locomoción.

Procedimiento

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena se pronunció en primera instancia negando el amparo de los derechos fundamentales invocados. Este consideró la acción de tutela improcedente por no estar probado el perjuicio irremediable y por existir medio eficaz e idóneo ante las pretensiones de la accionante siendo este la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

Consideraciones (reglas y subreglas)

En primer lugar, el Tribunal considera que, si bien lo relacionado con el cuestionamiento de la legalidad del acto administrativo que impone la medida de incautación de los bienes debe ser resuelta en la sede contenciosa, hay situaciones de relevancia constitucional que no fueron consideradas por el juez de instancia. De hecho, es en el contexto de la imposición de una suma imposible de pagar por parte de la accionante para recuperar las mercancías que se pueden configurar las supuestas violaciones de sus derechos fundamentales.

Derecho al mínimo vital y al trabajo y excepción de inconstitucionalidad

En primer lugar, el Tribunal recuerda las normas de carácter internacional vinculantes para Colombia, que dan contenido y otorgan protección al derecho al mínimo vital. Además, recuerda que, en el marco de un Estado social de derecho, se reconoce que las personas cuentan con oportunidades y medios de vida diferentes, lo cual atribuye al Estado un rol activo respecto a aquellas personas en “situación de desventaja social, económica y educativa”.

En segundo lugar, tras haber recordado los objetivos y límites de la excepción de inconstitucionalidad, el Tribunal reitera que la accionante es una nacional venezolana en situación migratoria irregular. En este sentido, afirma que su ingreso al territorio sin la debida documentación se explica por la situación que enfrenta su país de origen, la cual hace que la accionante pertenezca a un grupo poblacional en situación de vulnerabilidad, siendo sujeto de especial protección y destinataria de acciones afirmativas por parte del Estado.

En tercer lugar, recuerda que es sabido que la accionante deriva sus ingresos de la venta informal de sus artesanías y que las personas que suelen desarrollar estas actividades se encuentran en situación de pobreza extrema. Así que resulta fundamental que se garantice su derecho al trabajo, “a través del uso a las políticas públicas implementadas con el fin de brindar formas de empleo a estos vendedores”. Además, para el Tribunal no cabe duda de que la accionante es un sujeto vulnerable por dedicarse a la venta informal en el espacio público, por lo cual debe ser destinatarias de medidas que le permitan atenuar las dificultades que experimenta. Finalmente, el Tribunal recuerda que la accionante es sujeto de especial protección por pertenecer a la población LGBTI, siendo mujer transgénero.

Por todo ello, el Tribunal afirma que la medida adoptada por la Alcaldía (Gerencia de Espacio Público y Movilidad) sin conocer y tomar en cuenta la situación de la accionante es violatoria de sus derechos fundamentales al trabajo y al mínimo vital, lo cual puede resultar en un perjuicio irremediable.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena revoca el fallo de primera instancia por no haber reconocido la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo de la accionante y por no haber utilizado la excepción de inconstitucionalidad respecto a la norma que imponía el pago de los costos de bodegaje para la restitución de las mercancías incautadas.

Además, ordena la restitución de las mercancías incautadas sin el pago de los costos de bodegaje o ulteriores cargas administrativas. Así mismo, ordena que se le acompañe y asesore en el marco de un programa de reubicación de vendedores informales o de formalización de su labor, así como de programas para reducir la extrema pobreza y regularizar su situación migratoria y brindar atención a la población LGBTI. Además, ordena como medida restaurativa la publicación de esta sentencia en la página web de la Alcaldía de Cartagena por un término de 30 días.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia T-716/17, M.P. Carlos Bernal Pulido

Corte Constitucional. Sentencia T-452/19, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional. Sentencia T-607/15, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional. Sentencia T-063/15, M.P. María Victoria Calle Correa

Relevancia del fallo

El análisis interseccional realizado por el Tribunal en este fallo es de extrema importancia: al tiempo que se reconoce que la accionantes un sujeto de especial protección por ser mujer trans y vendedora informal, se considera también que es una persona migrante en situación migratoria irregular, situación que no depende de ella y que la pone en situación de vulnerabilidad.

3. Seguridad social

Esta sección hace un recuento de las decisiones emitidas por los órganos del SIDH y la Corte Constitucional de Colombia. Frente al derecho a la seguridad social es importante resaltar que no ha sido muy desarrollado con respecto a su protección para las personas migrantes y refugiadas en situación migratoria irregular. En este sentido, esta sección presenta una Opinión Consultiva de la Corte IDH, una sentencia de la Corte Constitucional y se incluyó un proceso que se encuentra en la Corte Constitucional, pendiente de fallo. Con respecto a este derecho, no se encontró jurisprudencia de jueces de instancia.

Por su parte, la Corte IDH solo ha hecho un pronunciamiento por medio de la Opinión Consultiva 18 de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, donde se aborda, entre otros temas, el derecho a la seguridad social de las personas migrantes trabajadoras en situación migratoria irregular. En este sentido, establece la Corte que, los países no están en la obligación de emplear a las personas migrantes que no cumplan con la normatividad para estar de manera regular en el país, pero recalca que si la persona logra vincularse laboralmente, ésta tiene derecho a acceder al sistema de seguridad social. En este sentido, la Corte Interamericana resalta que los derechos relacionados con la seguridad social se configuran toda vez que la persona sea trabajadora, independientemente de su situación migratoria.

En la misma línea argumentativa de la opinión mencionada, la Corte Constitucional colombiana emite la Sentencia T-535 de 2020, donde, ante el despido injustificado por parte del empleador de una mujer en estado de embarazo, la Corte encuentra la oportunidad de pronunciarse sobre este derecho por primera vez. En esta ocasión, la Corte decidió amparar el derecho de la trabajadora migrante y estableció que se debe garantizar a las personas migrantes que sean trabajadoras el derecho a la seguridad social, independientemente de la situación migratoria en la que se encuentren. Lo anterior se debe a que, el derecho a la seguridad social, debe garantizarse a cualquier persona trabajadora, independientemente de su situación migratoria.

Finalmente, en esta sección se presenta un proceso que se encuentra actualmente ante la Corte Constitucional de Colombia con respecto al amparo de este derecho, siendo una nueva oportunidad para la Corte para pronunciarse con respecto a este derecho que, hasta ahora, ha empezado a desarrollarse en la jurisprudencia Constitucional.

3.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Serie A No. 18	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Interamericana de Derechos Humanos • Tipo de providencia: Opinión Consultiva • Número de providencia o radicación: OC-18/03 • Fecha: 17 de septiembre de 2003 • Consulta aquí el texto completo: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf 	
Tema	
Protección de los derechos de las personas migrantes en situación migratoria irregular	
Subtemas	
<p>Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos en igualdad de condiciones para las personas migrantes.</p> <p>Derechos de los trabajadores migrantes.</p> <p>Derecho a la seguridad social de personas migrantes en situación migratoria irregular.</p> <p>Obligaciones de los Estados de protección de los derechos de las personas migrantes.</p> <p>Atenciones especiales para la mujer trabajadora</p>	
Antecedentes	
<p>El 10 de mayo de 2002, México con fundamento en el artículo 64.1 de la CADH, sometió a la Corte IDH una opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación, protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección de DDHH; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles <i>erga omnes</i>, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano. Además, la consulta trata sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.</p>	

Consideraciones (reglas y subreglas)

Sobre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación.

Los Estados tienen una obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y en este sentido, el Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir y adoptar medidas positivas en su normatividad interna las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas y evitar las iniciativas que limiten un derecho fundamental.

Con respecto al Principio de igualdad y no discriminación, se refiere a que los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. En este sentido, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

Por lo anterior, el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio existentes y de combatir las prácticas discriminatorias. Por el contrario, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades. Los Estados podrán establecer distinciones objetivas y razonable, cuando se hagan con respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

Aplicación del Principio de Igualdad y No Discriminación a los Migrantes

La Corte establece que los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Así, existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

La Corte afirma que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

La Corte establece que un trabajador migrante es toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. Reitera la desventaja que tienen los trabajadores migrantes frente a los nacionales. En este sentido, establece que hoy en día los derechos de los trabajadores migrantes “no han sido debidamente reconocidos en todas partes” e incluso los trabajadores indocumentados “son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y [...] para determinadas empresas [, lo cual] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”

La Corte IDH establece que los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición, como la seguridad social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

Frente a lo anterior, menciona la Corte IDH que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de derechos laborales, que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Para la Corte esto es fundamental, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

Por lo anterior, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

Por último, la Corte recuerda que, en el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Es de la **OPINIÓN** de la Corte, entre otras, por unanimidad:

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

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

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

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

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

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

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

Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este

último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

ONU. Comité de Derechos Humanos, Delgado Páez Vs. Colombia. Decisión de 12 de julio de 1990. No. 195/85.

ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación No. 4/1991, L.K. Vs. Países Bajos.

Relevancia del fallo

Hace referencia a la vinculación laboral de los migrantes en situación migratoria irregular y a los derechos a los que puede acceder, pues establece que el acceso a los derechos laborales se fundamenta en la calidad de trabajador de la persona y no de su condición como persona migrante y mucho menos por su situación migratoria, sea regular o irregular.

3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-535 de 2020

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Octava
- **Tipo de providencia:** Tutela
- **Número de providencia o radicación:** T-535 de 2020 / Expediente T-7.613.918
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:** 18 de diciembre de 2020
- **Magistrado ponente:** José Fernando Reyes Cuartas
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-535-20.htm

Tema
Derecho a la seguridad social de personas migrantes en situación migratoria irregular
Subtemas
Estabilidad laboral reforzada; PEP; PEPFF.
Hechos
<p>La accionante tiene 29 años, es venezolana y vive en arriendo con sus padres, sus dos hermanas y sus dos hijos. Todos los gastos son asumidos por ella y su padre. En 2018 empezó a trabajar en el local comercial “SUPER EMPANADAZO”, propiedad no registrada en Cámara de Comercio del señor Jorge Hincapié (accionado). Su forma de vinculación fue a través de un contrato verbal laboral a término indefinido, donde trabajaría como “fritadora y oficios varios”, a cambio de una contraprestación de 1.050.000 pesos.</p> <p>En febrero de 2019 informó a su empleador que estaba en estado de embarazo. La accionante afirma que el empleador le dio un trato hostil para inducirla a renunciar. Sin embargo, continuó desarrollando sus funciones con normalidad hasta marzo cuando en un examen de ultrasonido se le informó una disminución en el líquido amniótico y la incapacitaron por 3 días. Cuando le informó de la incapacidad a su empleador, éste le dijo que ya no le era útil, pero accedió a continuar con su contrato, dada la situación familiar de la accionante.</p> <p>En abril de 2020, vía WhatsApp, el empleador dio por terminado el contrato y le pidió que pasara por su liquidación. Al momento de interponer la tutela tenía 28 semanas de embarazo y no estaba afiliada a una EPS que le brindara atención y no había podido asistir a sus controles. Así mismo, no tiene ninguna otra fuente de ingresos y en su hogar se pasan necesidades, pues toda la responsabilidad quedó en cabeza de su padre. El resto de su familia no ha podido emplearse.</p> <p>Solicitó en la acción de tutela que se le reintegre a su cargo o a uno de igual o superior jerarquía; que se le paguen los salarios que dejó de percibir por la terminación del contrato sin justa causa; que se le afilie al Sistema de Seguridad Social y que se prevenga al empleador de futuras acciones u omisiones que la perjudiquen y de ejercer en su contra acciones de acoso laboral por su estado de salud.</p>
Procedimiento
<p>En junio de 2019, el Juzgado 18 Civil Municipal de Oralidad de Medellín admitió la tutela y notificó al accionado para que se pronunciara sobre los hechos y se ofició a Migración Colombia para que se refiriera a la situación migratoria de la accionante.</p> <p>El juzgado declaró improcedente el amparo invocado y afirma que la accionante no cumple con las exigencias establecidas en la ley, toda vez que no hubo contrato laboral, no hubo subordinación y la persona estaba en situación migratoria irregular. Este fallo fue impugnado, alegando que el accionado conocía su estado de gravidez y que, en virtud de la jurisprudencia constitucional, no estaba en cabeza de ella demostrar el acto de discriminación. Se resolvió en segunda instancia por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Oralidad de Medellín que confirmó el fallo de primera instancia.</p>

Consideraciones (reglas y subreglas)

Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano.

La Corte recuerda que el derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia está determinado por dos normas constitucionales que se complementan entre sí: el artículo 13 (que establece el derecho de todas las personas a nacer libres e iguales ante la Ley, recibiendo la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por, entre varios factores, el origen nacional) y el artículo 100 (donde se establece que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que los colombianos). Sin embargo, este último artículo establece que la ley podrá, debido al orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

A pesar de que la Corte recalca la garantía de los extranjeros en Colombia de ser tratados en condiciones de igualdad con respecto a derechos civiles y protección jurídica, resalta el deber de los extranjeros en Colombia de cumplir con sus deberes constitucionales y legales, incluyendo la regularización de su situación migratoria en el país. En este sentido, la Corte recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la situación irregular migratoria de una persona en un Estado no es condición para que se le respete y garantice su principio de igualdad y no discriminación, pues es un principio fundamental de todos los Estados hacia sus ciudadanos y personas extranjeras en su territorio. Sin embargo, esto no quiere decir que los Estados no puedan iniciar acciones contra personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, siempre que se respeten los DDHH y garantice su ejercicio y goce en el territorio.

Derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular

Con respecto a los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular la Corte recuerda que, según la CEPAL, el ciclo migratorio tiene 4 etapas: (i) origen; (ii) tránsito; (iii) destino; (iv) retorno. Resalta que tener un trabajo estable, decente y formal se vuelve indispensable para la inserción social y económica del migrante. Sin embargo, también supone de manera paralela la búsqueda de vías informales de protección social. Así mismo, recuerda que durante la etapa de retorno pueden existir barreras en la reconexión al sistema de protección social en el país de origen y al momento de acceder al mercado laboral formal.

Así mismo, la Corte recalca de este informe de la CEPAL que el trabajo es eje central del análisis del binomio “migración-protección social”, toda vez que una de las principales causas de movilidad humana es la búsqueda de mejores oportunidades de empleo, y aunque no sea la razón principal, el trabajo es la vía principal por la que tienen acceso a derechos sociales y acceso a múltiples servicios en el país de destino. También, recuerda que la inserción del migrante en el país de destino va a depender de las condiciones laborales que tenga, pues el trabajo formal otorga derechos y permite la inclusión social. Resaltan que en América Latina la mayoría del sector laboral es informal, lo cual dificulta el acceso al sistema de seguridad social. Esta situación afecta a miles de migrantes pues está directamente relacionada con una situación migratoria irregular, y desencadena el abuso de los empleadores que actúan con base en la inexistencia e inoperancia de los sistemas de inspección laboral.

A esto se suma a lo establecido en el preámbulo de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), donde se establece que los trabajadores no documentados o en situación irregular son empleados en condiciones menos favorables que otros trabajadores. Por eso, el artículo 7 de esta Convención establece que es deber de los Estados parte respetar y asegurar a los trabajadores, independientemente de su situación migratoria que estén en su territorio o sometidos a su jurisdicción, los derechos previstos en esta convención. En complemento, el artículo 25 ídem., dispone que los trabajadores migratorios no pueden tener un trato menos favorable que un nacional en cuanto remuneración y el resto de condiciones laborales. Los Estados, en este sentido, deben ajustar sus políticas para que los trabajadores migrantes no sean privados de sus derechos por su situación irregular.

La Corte previamente en la sentencia C-106 de 1995 ya había reconocido que los flujos migratorios por lo general son desde regiones pobres y van hacia destinos más prósperos, por lo que los migrantes están en estado de inferioridad frente a la población nacional de el país de destino. Esta misma situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos con respecto a los no migrantes también se resalta en la Opinión Consultiva 18 de 2003 de la Corte IDH.

Esta misma opinión recuerda que los derechos laborales nacen de la condición del trabajador y no de su situación migratoria. Toda persona que realice una actividad remunerada es trabajador y tiene derechos laborales. Así mismo, establece que, si bien no es obligación para los Estados dar trabajo a migrantes indocumentados, una vez lo hacen, deben cumplir con las obligaciones que dicha condición conlleva. En este sentido, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de si son nacionales o extranjeros y no se pueden tolerar situaciones de discriminación en las relaciones laborales particulares.

La Corte recalca que, según la CEPAL, la condición de migrante, especialmente en situación irregular, en interacción con otros ejes, genera grandes desigualdades. En particular, resalta que las mujeres muchas veces se enfrentan a más situaciones de desigualdad y vulnerabilidad, por lo que lograr su acceso a la protección social de las mujeres migrantes es importante para mayor igualdad en general y de género, en particular. En este sentido, la migración tiene un componente de género, pues la situación de las mujeres migrantes es distinta por factores como: los cauces legales de migración, los sectores a los que migran, los abusos de los que son víctimas y las consecuencias de estos abusos. Así mismo, en el país de destino pueden enfrentarse a más barreras, como, por ejemplo, los servicios para su salud reproductiva.

El Estado colombiano, en virtud de las obligaciones que ha adquirido de instrumentos internacionales, debe respetar los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, dando condiciones de vida adecuadas sin distinción alguna. Por eso, es deber de las autoridades evitar que los problemas laborales que surgen de las migraciones masivas, no se traduzcan en un trato menos favorable, en especial para quienes están en situación irregular.

Regulación y contexto actual sobre las condiciones laborales de las personas de nacionalidad venezolana en Colombia

Para la Corte, el Estado colombiano ha emitido distintos decretos y resoluciones para mitigar los efectos de la migración masiva, como la expedición del Permiso Especial de Permanencia (PEP), el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV) y del Permiso Especial de

Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF). Reconoce las modificaciones que se tuvieron que hacer a estos mecanismos para adaptarlos a las condiciones de las personas migrantes provenientes de Venezuela. Otras herramientas de rastreo para generar soluciones en este tema son el Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros (SIRE) y el Registro Único de Trabajadores Extranjeros en Colombia (RUTEC).

Frente al PEPFF, además de resaltar sus características, reconoce que su objetivo era disminuir la informalidad laboral y permitir el acceso a los migrantes venezolanos en situación irregular a las condiciones de aseguramiento.

La Corte reconoce que, en el marco de la migración proveniente de Venezuela, la gran mayoría de las personas migrantes tiene entre 15 y 30 años, siendo una población altamente productiva. Así mismo, reconoce que los migrantes se caracterizan por su informalidad laboral, pues el 90% no realizan aportes al sistema de seguridad social y tienen ingresos inferiores al salario mínimo. Así mismo, las condiciones pueden ser precarias, enfrentándose a jornadas extensas y un ingreso considerablemente menor frente a los nacionales. Por lo tanto, hay un problema derivado de la migración masiva a Colombia desde Venezuela en lo que respecta a sus derechos laborales, pues el ingreso irregular al país implica una alta tasa de informalidad, lo que se traduce en sometimiento a condiciones desfavorables e indignas.

Reconoce que la normatividad laboral en Colombia no había estado en la necesidad de legislar con respecto a migrantes en situación irregular. Normalmente, la normatividad, hasta la expedición del Decreto 117 de 2020, no preveía herramientas para el migrante en situación irregular que trabajara y no se hacía referencia a la afiliación al sistema de seguridad social.

Sin embargo, reconoce que aún ante la etapa prematura en la que está dicha regulación, el Código Sustantivo del Trabajo prevé las garantías mínimas que deben ser reconocidas a todos los trabajadores que se encuentren en el territorio, sin consideración de su nacionalidad o situación migratoria, razón por la cual es obligación de los empleadores y de las autoridades de garantizar los mínimos reconocidos en la legislación laboral y velar por el objetivo primordial, esto es, lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. En este sentido, cuando se acredite una relación laboral, verbal o por escrito o en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma, se aplicarán los principios del Código Sustantivo del Trabajo, sin necesidad de evaluación adicional. Lo anterior incluye la obligación del empleador a afiliarse al Sistema General de Seguridad Social a sus empleados.

La Corte resalta que la informalidad laboral generada por el ingreso masivo e irregular de ciudadanos venezolanos a Colombia no se traduce en que los empleadores y autoridades administrativas y judiciales puedan eximirse de los mínimos laborales en la legislación laboral colombiana

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Revocar la decisión de primera instancia y declarar carencia actual de objeto por hecho sobreveniente. Llama la atención al accionado para que en el futuro no celebre contratos de transacción sobre derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables, como el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo. Insta a la accionante a regularizar su situación migratoria.

Con respecto a la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y lactancia, se derivan cuatro fundamentos constitucionales (i) el derecho de las mujeres para recibir protección durante la maternidad, (ii) la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito laboral, (iii) la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la vida y (iv) la relevancia de la familia en el orden constitucional. Es también un derecho cierto e indiscutible y por lo tanto, irrenunciable.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional, C-106 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, SU-075 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Relevancia del fallo

El fallo es relevante siendo sentencia fundadora con respecto al acceso a la seguridad social de las personas migrantes en situación migratoria irregular, toda vez que estos derechos se garantizan sin dependencia de su nacionalidad sino en su calidad de trabajadora.

Observaciones

Aclaración de voto del Magistrado (e) Richard Ramírez Grisales: afirma que el derecho cierto e indiscutible y por lo tanto irrenunciable no es el derecho a la estabilidad reforzada laboral de las mujeres en estado de embarazo sino el derecho laboral y a la seguridad social, pues es a favor del trabajador.

Contó con la intervención de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes.

Corte Constitucional

Proceso T-7.421.275

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Cuarta de Revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela
- **Número de providencia o radicación:** Expediente T-7.421.275
- **Tipo de proceso:** Acción de Tutela
- **Fecha:**
- **Magistrado ponente:** Alejandro Linares Cantillo

Tema

Derechos Laborales de las personas migrantes en situación migratoria irregular.

Subtemas
Contrato Laboral Verbal, Alcance probatorio en las acciones de tutela.
Hechos
<p>Edwin Rafael Aponte Tuarez, ciudadano venezolano, instauró acción de tutela buscando la protección a sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral, la salud, la vida, el mínimo vital y la seguridad social. El accionante trabajaba en el establecimiento de comercio “Ferretería Páez y Vargas” de los señores Crisanto Páez Espitia y Rosa del Carmen Vargas de Páez.</p> <p>El accionante afirma que ocurrió un accidente de trabajo, causándole lesiones en sus manos. Ante lo dicho, no recibió la atención médica adecuada, pues su empleador no lo afilió al Sistema de Seguridad Social (salud, pensión y riesgos laborales). Sin embargo, las complicaciones de salud fueron tratadas en el Hospital Santa Clara. Así mismo, afirma que no cuenta con recursos económicos para su subsistencia y la de su familia, a lo que suma que su esposa está en estado de embarazo.</p>
Procedimiento
<p>El Juzgado 30 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento, a quién le fue asignada la acción de tutela en primera instancia, oficia al Ministerio de Trabajo para que se pronunciara en un término de 48 horas y ejerciera su derecho a la defensa. El juzgado decide declarar la improcedencia de la acción al considerar que solo se encuentra probado que el accionante sufrió un accidente mientras cargaba un camión, pero no se prueba que el accionante tenga un permiso de trabajo, ni el alcance a las afectaciones de salud que sufrió, ni la existencia de una relación laboral, ni cómo se estableció o se terminó dicha relación laboral en caso de existir.</p> <p>En segunda instancia el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá confirmó la decisión adoptada y reitera que no hay prueba que demuestra la existencia de una relación laboral.</p>
Consideraciones (reglas y subreglas)
Decisión (parte resolutive y órdenes)
Jurisprudencia citada relacionada con el tema

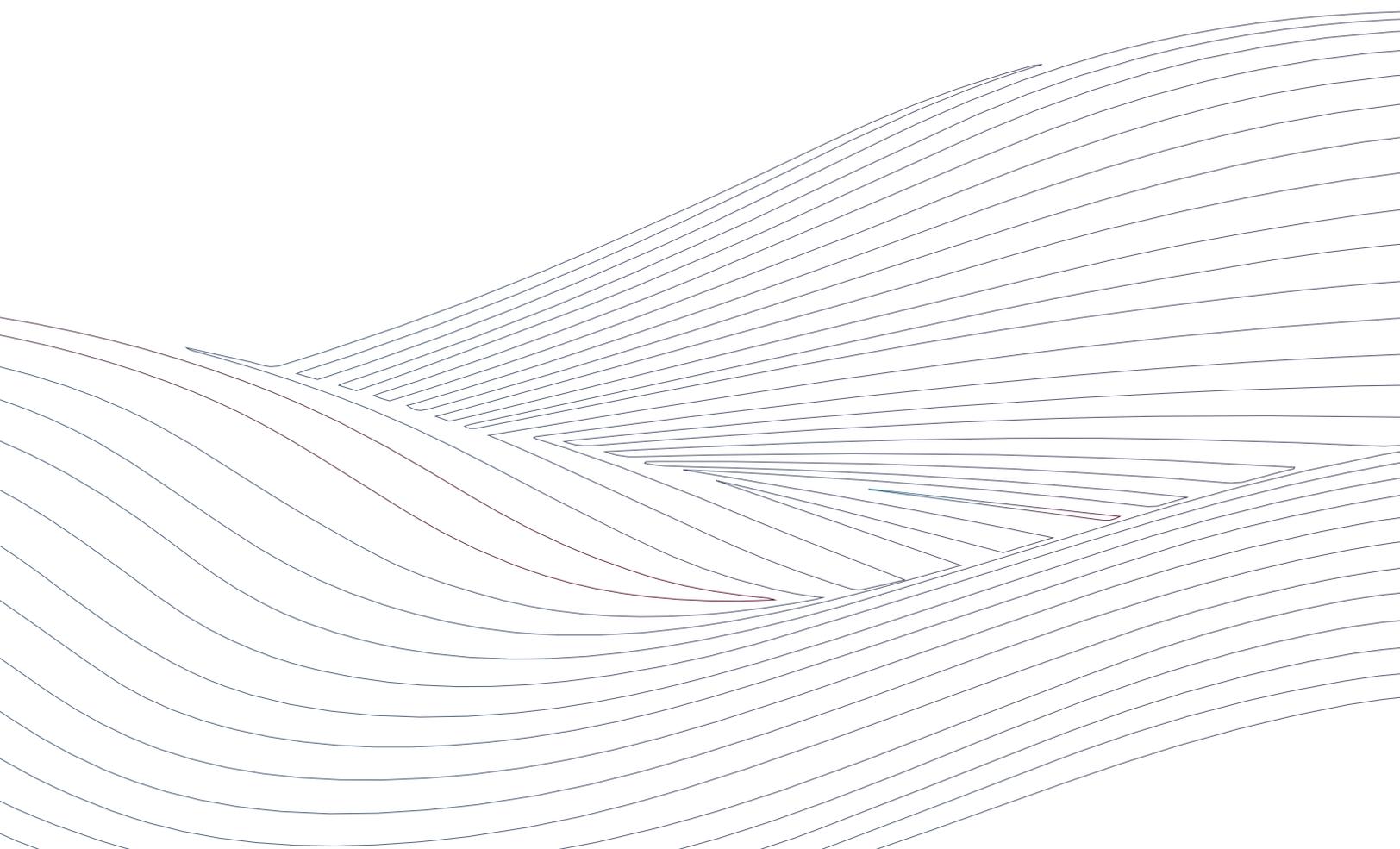
Relevancia del fallo

Es la oportunidad para que la Corte se pronuncie de fondo con respecto al derecho a la seguridad social cuando no haya pruebas suficientes de la existencia de una relación laboral, cuando el empleado es una persona migrante en situación migratoria irregular.

Observaciones

PARTE II

VIOLACIONES A LOS
DERECHOS HUMANOS
ASOCIADAS A LA
CONDICIÓN MIGRATORIA



1. Debido proceso

La presente sección de la bitácora recoge los pronunciamientos judiciales sobre el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas en materia migratoria, proferidos por la Corte IDH, la Corte Constitucional de Colombia, así como de algunos jueces de instancia colombianos, quienes actúan como jueces constitucionales de tutela. Las fichas de esta sección se han organizado a partir de dos grandes categorías. Por una parte, los procedimientos sancionatorios de carácter migratorio y detención migratoria; por otra, los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado y obtención de visados.

Las decisiones de esta sección versan, en su gran mayoría, sobre casos de sanciones migratorias como la expulsión y la deportación de personas migrantes. Además de las sanciones, se incluyen también algunas actuaciones relacionadas con los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado o la garantía de los derechos de estas personas. En ambos casos, tanto si se trata de procedimientos sancionatorios, como si son cuestiones vinculadas a los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado, todas las decisiones estudiadas comparten un elemento común. En todas ellas hay una autoridad administrativa que adopta decisiones que tienen implicaciones en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras, basadas en criterios de soberanía nacional y discrecionalidad, las cuales desconocen el conjunto de garantías del derecho al debido proceso, así como otros derechos de las personas migrantes y refugiadas y sus familias.

La jurisprudencia estudiada reitera que el derecho al debido proceso está previsto en el artículo 8.1 sobre garantías judiciales de la CADH, así como en el artículo 29 de la Constitución colombiana. De allí que se reconozca que el debido proceso es un derecho humano y fundamental que debe ser garantizado en cualquier procedimiento, tanto si es judicial, como si es administrativo. Dicho reconocimiento es de la mayor relevancia en el contexto colombiano, toda vez que las sanciones administrativas de carácter migratorio, a cargo de Migración Colombia, así como las decisiones sobre reconocimiento de la condición de refugiado y visados, a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, son de índole administrativa, las cuales se toman sin la intervención de jueces.

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la CADH. Entonces, en actuaciones que puedan concluir en la expulsión o deportación de personas extranjeras, el Estado no puede dictar actos administrativos sin respetar las garantías mínimas establecidas en el artículo 8 de la CADH. Este criterio ha sido también acogido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en virtud de la cual, al estudiar sanciones migratorias adoptadas por Migración Colombia, ha reiterado que estas actuaciones están supeditadas a las garantías del debido proceso, aplicables, sin distinción, a todas las actuaciones administrativas, incluidas las de carácter migratorio e independiente del estatus migratorio de la persona sujeta a sanción.

Estas garantías del debido proceso a las cuales se refieren la jurisprudencia de la Corte IDH, así como los jueces constitucionales colombianos son: (i) conocer el acto administrativo sancionatorio (de deportación, de expulsión o multa); (ii) conocer los recursos disponibles, ante quién se ejercen y en qué tiempo; (iii) poder ejercerlos materialmente; (iv) contar con intérprete o traductor cuando aplique y (v) que no sea una decisión discriminatoria en razón de factores como raza, género, ideología, religión, lengua, nacionalidad, situación económica, estatus migratorio, identidad de género, orientación sexual, entre otros.

Como lo enseña la jurisprudencia analizada en esta sección, si bien se reconoce la discrecionalidad de las autoridades administrativas para adoptar las decisiones administrativas de su competencia en materia migratoria y de extranjería, éstas deben ceñirse al conjunto de garantías del derecho al debido proceso. Por ello, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de los migrantes, quienes a su vez son reconocidos como personas en situación de vulnerabilidad. Bajo ninguna circunstancia la discrecionalidad administrativa puede tornarse en arbitrariedad.

Finalmente, en cuanto a las sentencias identificadas sobre personas solicitantes de refugio y la aplicación del derecho al debido proceso en estos procedimientos, se destaca el análisis realizado por una sentencia de tutela en segunda instancia. En este caso se estableció que un término razonable para la resolución de fondo de la solicitud de refugio es un aspecto sustancial del derecho al debido proceso que debe ser respetado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, autoridad que tiene a su cargo el trámite y decisión de tales peticiones. Esta consideración es muy relevante, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano este procedimiento no prevé términos específicos para surtir cada una de las etapas del procedimiento ni para adoptar la decisión de fondo sobre la solicitud. El fallo advierte que la ausencia de un término

para llamar a entrevista a los solicitantes, así como para la resolución de la solicitud de refugio, configuran la carencia de un plazo razonable, situación que desconoce el artículo 8.1 sobre “Garantías judiciales” de la CADH.

1.1. Procedimientos sancionatorios de carácter migratorio y detención migratoria

1.1.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

<p>Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC 16/99 de 1º de octubre de 1999, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal</p>
<p>Identificación de la providencia</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Interamericana de Derechos Humanos • Tipo de providencia: Opinión Consultiva • Número de providencia o radicación: OC - 16/99 • Fecha: 1º de octubre de 1999 • Consulta aquí el texto completo: corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf
<p>Tema</p>
<p>Debido proceso</p>
<p>Subtemas</p>
<p>Asistencia consular</p>
<p>Antecedentes</p>
<p>México sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.</p>

Consideraciones (reglas y subreglas)

Asistencia consular:

La comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel. Ésta es la interpretación que debe darse a las funciones de “protección de los intereses” de dicho nacional y a la posibilidad de que éste reciba “ayuda y asistencia”, en particular, en la organización de “su defensa ante los tribunales”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho al debido proceso legal (artículo 14) derivado de “la dignidad inherente a la persona humana”. Esa norma señala diversas garantías aplicables a “toda persona acusada de un delito”, y en tal sentido coincide con los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características, generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.

Los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

En atención al principio de igualdad ante la ley y los tribunales y prohibición de discriminación, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

Por ello, se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Lo anterior forma parte del conjunto de las garantías procesales e integran el debido proceso legal.

La notificación al extranjero sobre el derecho a comunicarse con el representante consular de su país contribuye a mejorar considerablemente las posibilidades de defensa del procesado y a que los actos procesales en los que interviene se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas. Esto es especialmente relevante cuando los extranjeros son sujetos a un procedimiento penal o adelantan actuaciones ante autoridades de policía.

El derecho a la asistencia consular debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

El derecho a la información sobre la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculcado, el cual repercute decisivamente en el respeto de otros derechos procesales.

El derecho individual de información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los Estados que aún mantienen la pena de muerte deben aplicar, sin excepción, el más riguroso control sobre el respeto a las garantías judiciales en estos casos. Es evidente que aquí deviene aún más relevante la obligación de observar el derecho a la información, tomando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena que pudiera aplicarse a su titular. El debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualquiera circunstancia. Su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana.

Siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida.

La inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Es de la **OPINIÓN** de la Corte, entre otros:

Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

Que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”.

Relevancia del fallo

Aunque esta Opinión Consultiva está enfocada en el derecho a contar con la asistencia consular en las distintas etapas del proceso, con el fin de hacer efectivo el derecho al debido proceso legal, es supremamente representativa porque determinó la ampliación de la gama de garantías del debido proceso a “todas las materias”, es decir *ratione materiae*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC - 18/03, 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** Opinión Consultiva
- **Número de providencia o radicación:** OC - 18/03
- **Fecha:** 17 de septiembre de 2003
- **Consulta aquí el texto completo:**
acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf

Tema

Debido proceso

Subtemas

Principio de igualdad y no discriminación y su aplicación a los migrantes
Derecho al debido proceso legal de los migrantes

Antecedentes

México sometió a la Corte una solicitud de opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes y el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Principio de igualdad y no discriminación y su aplicación a los migrantes:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno.

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.

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

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

Los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales), las cuales crean diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación. Este principio tiene el carácter de fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio.

Los Estados podrán iniciar acciones contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Pero los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

Los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos.

Los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.

Derecho al debido proceso legal de los migrantes:

El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

El elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no solo sobre el penal.

El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio.

En relación con los migrantes, se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad. También, por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real.

El derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae*, sin discriminación alguna.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Es de la **OPINIÓN** de la Corte, entre otros:

Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno.

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

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

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

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999. Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño.

Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 80, 81, 82 y 94.

Relevancia del fallo

Esta Opinión Consultiva amplía lo que ya había establecido la Corte en la OC/16 de 1999 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, en la que se describió la evolución del debido proceso legal, en el sentido de su expansión *ratione materiae*.

En la presente OC (18/2003), se examina dicha expansión *ratione personae* y se determina que “el derecho al debido proceso debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se debe brindar a todo migrante, independientemente de su status migratorio”.

Observaciones

Como lo señala el VOTO CONCURRENTES del Juez A.A. Cançado Trindade:

“En esta opinión consultiva se precisa que las garantías del debido proceso legal deben ser respetadas a los migrantes, independiente de su situación migratoria, como parte de la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos. Se establece además, que el amplio alcance del derecho al debido proceso legal abarca “todas las materias” y “todas las personas””.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** sentencia
- **Número de providencia o radicación:** Caso Vélez Loor Vs. Panamá
- **Fecha:** 23 de noviembre de 2010
- **Consulta aquí el texto completo:**
corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf

Tema

Debido proceso

Subtemas
<p>Límites a la discrecionalidad de los Estados para fijar políticas migratorias</p> <p>Derecho al debido proceso y garantías judiciales</p> <p>Detención migratoria</p>
Hechos
<p>Jesús Vélez Loor, nacional ecuatoriano, fue retenido el 11 de noviembre de 2002 en el Puesto Policial de Tupiza, en la Provincia del Darién, Panamá, por permanencia irregular.</p> <p>La autoridad migratoria dictó una orden de detención en contra del señor Vélez Loor y luego fue trasladado a una cárcel oficial.</p> <p>Se le impuso la pena de dos años de prisión por haber infringido las disposiciones migratorias, mediante resolución que no le fue notificada. Posteriormente fue trasladado al centro penitenciario La Joyita.</p> <p>Mediante resolución de 8 de septiembre de 2003, la autoridad migratoria panameña resolvió dejar sin efecto la pena impuesta y el señor Vélez Loor fue deportado hacia Ecuador.</p> <p>Con posterioridad a su deportación, el señor Vélez Loor alegó haber sido víctima de actos de tortura y malos tratos ocurridos durante su detención.</p>
Procedimiento
<p>Presentación de la petición: 10 de febrero de 2004</p> <p>Informe de admisibilidad (95/06): 21 de octubre de 2006</p> <p>Informe de fondo (37/09): 27 de marzo de 2009</p> <p>Remisión del caso a la Corte IDH: 8 de octubre de 2009</p> <p>Audiencia ante la Corte IDH: 25 y 26 de agosto de 2010</p>
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>Límites a la discrecionalidad de los Estados para fijar políticas migratorias:</p> <p>Los migrantes indocumentados o en situación migratoria irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad. Ellos están especialmente expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren un nivel elevado de desprotección de sus derechos, así como acceso restringido a los recursos públicos del Estado.</p> <p>Las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia.</p>

En el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso y salida de su territorio con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.

Derecho al debido proceso y garantías judiciales:

El artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

El elenco de garantías mínimas establecido en el artículo 8.2 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. La administración no puede dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas.

El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio.

Se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal.

La sola existencia de los recursos no es suficiente. Se requiere demostrar su efectividad.

Las garantías judiciales del artículo 8.1 de la Convención no sólo corresponden a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que también aplican a las decisiones de órganos administrativos.

La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede en firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio o sancionatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

El derecho a recurrir el fallo, reconocido por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio, ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Sobre este punto, si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

Detención migratoria:

En virtud del principio *pro persona*, la garantía del artículo 7.5 de la Convención Americana sobre control judicial e intermediación procesal en caso de detención o retención debe ser satisfecha, siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta su especial vulnerabilidad.

Para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas.

Para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” sin demora ante un juez, u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.

El artículo 7.6 de la Convención es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del “arresto o detención” debe ser “un juez o tribunal”. Con ello la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial. Así, la autoridad migratoria que detiene o retiene a una persona debe presentarla ante un juez y los recursos disponibles en la vía gubernativa no satisfacen las exigencias del artículo 7.6 de la Convención.

En casos de detención por razones de “seguridad y orden público”, ésta debe cumplir con todas las garantías del artículo 7 de la Convención, entre éstas, el fundamento jurídico razonado y objetivo sobre la procedencia y necesidad de dicha medida. El mero listado de todas las normas aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana.

Son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas.

Cuando la persona detenida no es nacional del Estado bajo custodia, la notificación de su derecho a contar con la asistencia consular se erige también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa. El cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa como el otorgamiento o contratación de abogado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad. El Estado receptor no debe obstruir la actuación del funcionario consular de brindar servicios legales al detenido.

Es de suma importancia la asistencia letrada en casos de persona extranjera privada de libertad, que puede no conocer el sistema legal del país. El Estado receptor debe tener en cuenta las particularidades de la situación del extranjero, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. La asistencia debe ser ejercida por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore al afectado

sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten sus derechos. Impedir al extranjero la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.

La detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Son arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas, efectivas para alcanzar aquellos fines.

Los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin, acordes a su situación legal, y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria. Cuando se trata de migrantes, la detención y privación de libertad, por su situación migratoria irregular, debe ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto, solamente admisible durante el menor tiempo posible y en atención a los fines legítimos referidos.

Para que la medida de privación de la libertad no sea arbitraria, su aplicación debe respetar los siguientes requisitos: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Decide: desestimar la primera y segunda excepciones preliminares interpuestas por el Estado y aceptar parcialmente la primera cuestión planteada por el Estado con el carácter de asunto previo.

Declara: responsable al Estado por la violación del derecho a la libertad personal, a las garantías judiciales, el principio de legalidad y el derecho a la integridad personal. El Estado incumplió la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia.

Dispone: que el Estado debe: pagar la suma fijada; continuar eficazmente y conducir con la mayor diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados por el señor Vélez Lóor; adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias; implementar un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, entre otras.

<p>Jurisprudencia citada relacionada con el tema</p> <p>Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 21/14, 19 de agosto de 2014, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A, No. 21.</p>
<p>Relevancia del fallo</p> <p>Este fallo es importante porque la Corte IDH reitera que las garantías del debido proceso se aplican a todos los procedimientos administrativos, no sólo los judiciales. Además, recoge las reglas aplicables para que una detención por razones migratorias no sea arbitraria y establece los límites de la discrecionalidad Estatal con respecto a sus políticas migratorias.</p>
<p style="text-align: center;">Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C No. 251</p>
<p>Identificación de la providencia</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Interamericana de Derechos Humanos • Tipo de providencia: sentencia • Número de providencia o radicación: Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana • Fecha: 24 de octubre de 2012 • Consulta aquí el texto completo: corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf
<p>Tema</p> <p>Debido proceso</p>
<p>Subtemas</p> <p>Procedimiento de expulsión Prohibición de expulsiones colectivas Privación de la libertad</p>
<p>Hechos</p> <p>El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de República Dominicana por la muerte y afectaciones a la integridad de migrantes haitianos por parte de agentes militares, así como la falta de investigación de los hechos en el fuero ordinario.</p>

En junio de 2000, un grupo de 30 nacionales haitianos ingresaron a territorio dominicano. El camión en el que se desplazaban pasó por dos puestos de control militar. Al pasar por el segundo, militares pertenecientes al Destacamento Operativo de Fuerza Fronteriza iniciaron la persecución del vehículo en el que se movilizaban los migrantes haitianos. Los militares realizaron numerosos disparos con sus armas en dirección al camión.

Como consecuencia de los disparos murió el acompañante del conductor. Posteriormente, el camión se volcó, dejando algunas personas atrapadas bajo el vehículo. Unas personas fallecieron producto del accidente y otras por los disparos de los militares, luego de que se volcara el camión.

Algunas personas sobrevivientes fueron trasladadas a un hospital, donde recibieron atención precaria. Luego, un grupo de estas personas fueron detenidas y llevadas a un cuartel militar.

Una vez allí, agentes militares del cuartel amenazaron a las personas haitianas con obligarlas a trabajar en el campo. A cambio de esto, estos militares les pidieron dinero para llevarlos a la frontera con Haití y evitar el trabajo en el campo. Los detenidos dieron dinero a los militares, quienes luego los dejaron en Haití.

A raíz de los hechos, los militares fueron condenados por el delito de homicidio.

Procedimiento

Presentación de la petición (12.688): 28 de noviembre de 2005

Informe de admisibilidad (95/08): 22 de diciembre de 2008

Informe de fondo (174/10): 2 de noviembre de 2010

Remisión del caso a la Corte IDH: 11 de febrero de 2011

Audiencia ante la Corte IDH: 21 y 22 de junio de 2012

Consideraciones (reglas y subreglas)

Procedimiento de expulsión:

El derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

El debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio. Lo anterior quiere decir que “el debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio”.

En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte considera que el carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad.

Un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Dicho procedimiento no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus.

El procedimiento de expulsión debe observar las siguientes garantías mínimas en relación con el extranjero: (i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: (a) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra; (b) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; (ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin; y (iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

Prohibición de expulsiones colectivas:

En el ejercicio de la facultad del Estado de establecer su política migratoria, debe tenerse plena observancia de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros contenida en el artículo 22.9 de la Convención Americana, y de las consecuentes garantías intrínsecas a procesos de expulsión o deportación de extranjeros, en especial aquellas derivadas de los derechos al debido proceso y la protección judicial.

Privación de la libertad:

En materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas.

Estas características no sólo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos. Toda vez que, en relación con esta garantía corresponde al funcionario de migración la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.

El artículo 7.6 de la Convención protege el derecho de toda persona privada de la libertad a recurrir la legalidad de su detención ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de la privación de libertad y, en su caso, decreta su libertad.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Declara: responsable al Estado por la violación del derecho a la vida, a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y de libre circulación. El Estado incumplió con el deber de no discriminar.

Dispone: que el Estado debe: reabrir la investigación de los hechos del caso, a fin de individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de tales hechos; implementar los programas de capacitación destinados a funcionarios de las Fuerzas Armadas, agentes de control fronterizo y agentes encargados de procedimientos migratorios; realizar una campaña

en medios de comunicación sobre los derechos de las personas migrantes regulares e irregulares, en el territorio dominicano; pagar las cantidades fijadas en la sentencia; determinar el paradero de los cuerpos de las personas fallecidas, repatriarlos y entregárselos a sus familiares; brindar el tratamiento médico y psicológico que requieran las víctimas, entre otras.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Relevancia del fallo

En esta sentencia la Corte reiteró las garantías judiciales aplicables a los procedimientos administrativos migratorios de expulsión y deportación. También reiteró la prohibición de las expulsiones colectivas.

Además, la Corte evalúa la agravación de la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes, haitianos en este caso, por ausencia de un control migratorio adecuado que permitió el uso indebido de la fuerza por parte de militares. Este precedente puede ser útil cuando autoridades de policía o militares realizan o participan en la realización de la verificación migratoria.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** sentencia
- **Número de providencia o radicación:** Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia
- **Fecha:** 25 de noviembre de 2013
- **Consulta aquí el texto completo:**
acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf?view=1

Tema

Debido proceso

Subtemas

Aplicación de las garantías del debido proceso a las actuaciones administrativas de carácter migratorio

<p>Detención migratoria</p> <p>Principio de no devolución</p> <p>Deber de especial protección a los niños y niñas y la unidad familiar</p>
<p>Hechos</p>
<p>A principio de los años noventa, el señor Pacheco y la señora Tineo, nacionales peruanos, fueron procesados y detenidos en Perú por la supuesta comisión del delito de terrorismo. Luego de ser absueltos, ingresaron a Bolivia con sus dos hijas y fueron reconocidos como refugiados por la Conare. Tras firmar una “repatriación voluntaria”, la familia ingresó a Chile, donde se les reconoció la condición de refugiados. La familia regresó a Perú con el fin de evaluar sus posibilidades de retornar, pero concluyó que las condiciones no eran las adecuadas. La familia cruzó la frontera entre Perú y Bolivia y entró a Bolivia, sin pasar por puesto de control migratorio. Al presentarse ante las autoridades migratorias bolivianas para regularizar su situación y continuar su tránsito hacia Chile, los miembros de la familia fueron sometidos a detención, separación y expulsión, a pesar de que el Estado chileno había manifestado que estas personas eran refugiadas. La familia fue entregada a las autoridades peruanas.</p>
<p>Procedimiento</p>
<p>Presentación de la petición (12.474): 25 de abril de 2002</p> <p>Informes de admisibilidad (53/04): 13 de octubre de 2004</p> <p>Informe de fondo (136/11): 31 de octubre de 2011</p> <p>Remisión del caso a la Corte IDH: 21 de febrero de 2012</p> <p>Audiencia ante la Corte IDH: 19 y 20 de marzo de 2013</p>
<p>Consideraciones (reglas y subreglas)</p>
<p>Aplicación de las garantías del debido proceso a las actuaciones administrativas de carácter migratorio:</p> <p>En procedimientos migratorios, tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el artículo 8.2. de la CADH.</p> <p>En procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o en procedimientos que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado, los Estados deben respetar las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención, según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso.</p> <p>El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías.</p>

Detención migratoria:

La detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Lo anterior, teniendo en cuenta que: (i) las sanciones administrativas, como las penales, son una expresión del poder punitivo del Estado; y (ii) en una sociedad democrática, el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro.

Principio de no devolución:

La prohibición de devolución constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo.

En el Sistema Interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

Una vez declarado el estatuto de refugiado por parte de un Estado, esto protege a la persona a la cual le ha sido reconocido, más allá de las fronteras de ese Estado. Así, los otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio en su contra y, por ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar.

Estas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse de que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada, mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando.

Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

Deber de especial protección a los niños y niñas y la unidad familiar:

En caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar.

Existe una relación intrínseca entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

La participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes. Esto

se debe a que este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados.

En este caso los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y la de sus padres.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Decide: las excepciones preliminares interpuestas por el Estado Plurinacional de Bolivia son improcedentes.

Declara: al Estado boliviano responsable por la violación de los derechos a: buscar y recibir asilo y del principio de no devolución; las garantías judiciales y la protección judicial; la integridad psíquica y moral y la protección de los niños y de la familia.

Dispone: entre otras, que el Estado boliviano debe implementar programas permanentes de capacitación dirigidos a los funcionarios de la Dirección Nacional de Migración y Comisión Nacional de Refugiados.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Vélez Looz Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Relevancia del fallo

Esta sentencia es relevante por las siguientes razones:

Reitera la aplicación de las garantías del debido proceso legal a las actuaciones administrativas, y no únicamente a las de tipo judicial.

Aplica este conjunto de garantías a las actuaciones estrictamente migratorias, como lo son las sanciones de expulsión y deportación, así como las solicitudes de refugio y asilo.

Hace un amplio análisis del principio de no devolución, incluyendo la devolución indirecta, y establece su ámbito de aplicación en el Sistema Interamericano, en el que no sólo se aplica para las personas asiladas o refugiadas, sino a toda persona extranjera cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de personas dominicanas y haitianas
expulsadas Vs. República Dominicana
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C. N° 282

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** sentencia
- **Número de providencia o radicación:** Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana
- **Fecha:** 28 de agosto de 2014
- **Consulta aquí el texto completo:**
corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

Tema

Debido proceso

Subtemas

Detención migratoria
 Procedimientos de expulsión
 Unidad familiar

Hechos

Entre finales de los años noventa y comienzos de los dos mil, la República Dominicana expulsó de su país a un grupo de personas de origen haitiano, aun cuando algunas de ellas habían nacido en territorio dominicano.

En este caso, la Corte realiza un análisis de contexto en República Dominicana al momento de los hechos. A partir de allí, la Corte advierte que para la época existía en este país una situación en que las personas haitianas y las nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana, que comúnmente se encontraban en situación indocumentada y de pobreza, sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. Esta situación es aún más crítica, debido a la dificultad de quienes integran la población haitiana o de ascendencia haitiana para obtener documentos personales relativos a su identificación. Además, la Corte advierte la existencia de un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, lo cual obedece a una concepción discriminatoria.

Procedimiento

Presentación de la petición (12.271): 12 de noviembre de 1999 / *Addendum*: 30 de enero de 2002

Informe de admisibilidad (68/05): 13 de octubre de 2005

Informe de fondo (64/12): 29 de marzo de 2012

Remisión del caso a la Corte IDH: 12 de julio de 2012

Audiencia ante la Corte IDH: 8 y 9 de octubre de 2013

Consideraciones (reglas y subreglas)

Detención migratoria:

Las *razias* (batidas) y las detenciones programadas y colectivas, que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales. Estas detenciones son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna.

La detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible.

Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o niños que se encuentren junto a sus progenitores ni de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de los progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio. Tampoco puede fundamentarse tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer alternativas menos lesivas.

Procedimientos de expulsión:

El debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio.

Un proceso de expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo que se evalúen las circunstancias personales de cada sujeto, así como cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas.

El procedimiento no debe resultar discriminatorio debido a nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus.

La persona sometida al procedimiento debe contar con las siguientes garantías mínimas: (a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales

como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; (b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y (c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.

En cuanto a la prohibición de las expulsiones colectivas, el criterio fundamental para determinar el carácter “colectivo” de una expulsión no es el número de extranjeros objeto de la decisión de expulsión, sino que la misma no se base en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero.

Unidad familiar:

El derecho a la unidad familiar implica disponer y ejecutar directamente medidas de protección de las niñas y los niños y también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.

El niño o la niña debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. Por consiguiente, las separaciones legales de la niña o el niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Decide: desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado y admitir parcialmente la excepción preliminar sobre falta de competencia *ratione temporis*.

Declara: el Estado violó la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros; los derechos a las garantías judiciales y protección judiciales; el derecho a la protección a la familiar y protección de la honra y de la dignidad y por violación del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, entre otros.

Dispone: entre otras, que el Estado debe pagar las cantidades fijadas y realizar programas de capacitación de carácter continuo y permanente sobre temas relacionados con la población con el fin de asegurar que: a) los perfiles raciales no constituyan, de ningún modo, el motivo para realizar una detención o expulsión; b) la observancia estricta de las garantías del debido proceso durante cualquier procedimiento relacionado con la expulsión o deportación de extranjeros; c) no se realicen, bajo ningún supuesto, expulsiones de personas de nacionalidad dominicana, y d) no se realicen expulsiones de carácter colectivo de extranjeros.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. Opinión Consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Relevancia del fallo

Este fallo es relevante porque, además de estudiar aspectos relacionados con la nacionalidad, la Corte IDH recoge los estándares aplicables en materia de sanciones migratorias de expulsión y las detenciones por razones migratorias.

Observaciones

Este caso contó con una amplia participación mediante la presentación de *amici curiae*, 10 en total, entre las cuales se encuentran: Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas; Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia y la Fundación Pro bono Colombia; 3) Unidad de Litigio Estratégico Internacional RFK; 4) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Argentina, Iniciativa Frontera Norte de México (IFNM) y Fundar Centro de Análisis e Investigación, México, entre muchas otras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Wong Ho Wing Vs. Perú Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** sentencia
- **Número de providencia o radicación:** Caso Wong Ho Wing Vs. Perú
- **Fecha:** 30 de junio de 2015
- **Consulta aquí el texto completo:**
corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_297_esp.pdf

Tema

Debido proceso

Subtemas

Principio de no devolución
Garantías del debido proceso

Hechos

El ciudadano chino Wong Ho Wing fue detenido en el Perú y puesto a órdenes de la justicia penal de este país, debido a que era requerido internacionalmente, mediante alerta roja de Interpol, por haber cometido el delito de contrabando en China.

En su defensa, el señor Wong Ho Wing solicitó ser juzgado en el Perú y no ser extraditado a su país, pues podría recibir la pena de muerte.

Wong Ho Wing estuvo privado de la libertad durante el proceso de extradición, bajo la figura de “arresto provisorio” o “pre-extradición” (desde octubre 2008). Esta detención se extendió por varios años, debido a la gran cantidad de recursos y acciones interpuestas y por la renuencia de las autoridades competentes peruanas a decidir de fondo sobre la extradición. Lo anterior, a pesar del pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano que había decidido negativamente sobre la solicitud de extradición.

Según la Corte IDH, el señor Wong Ho Wing estaba siendo sometido “a una privación arbitraria y excesiva de la libertad que no se encontraría sustentada en fines procesales”. La Corte IDH advirtió, además, que en las diferentes etapas del proceso de extradición contra el señor Wong Ho Wing, las autoridades internas habrían incurrido en una serie de omisiones e irregularidades en la tramitación del proceso, violatorias del derecho al debido proceso.

Al momento de expedición de la sentencia de la Corte IDH (2015), aún no se había resuelto de manera definitiva la solicitud de extradición ni la libertad del ciudadano chino.

Procedimiento

Presentación de la petición: 27 de marzo de 2009

Informes de admisibilidad: El 1 de noviembre de 2010

Informe de fondo: 18 de julio de 2013

Remisión del caso a la Corte IDH: 30 de octubre de 2013

Audiencia ante la Corte IDH: 3 de septiembre de 2014

Consideraciones (reglas y subreglas)

Principio de no devolución:

Respecto al derecho a la integridad personal, el Estado tiene el deber de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. (Art. 5 CADH y derecho de no devolución de la CIPST).

El principio de no devolución está asociado a la protección del derecho a la vida y de ciertas garantías judiciales, razón por la cual no se limita a la protección contra la tortura únicamente.

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

La obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, así como el principio de no devolución ante el riesgo de tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante o riesgo al derecho a la vida se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado (extradición, deportación, expulsión o hacer salir de cualquier modo).

Conforme a la obligación de garantizar el derecho a la vida, los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden exponer a una persona bajo su jurisdicción al riesgo real y previsible de su aplicación, por lo cual no pueden expulsar, por deportación o extradición, a las personas bajo su jurisdicción si se puede prever razonablemente que pueden ser condenadas a muerte, sin exigir garantías de que dicha pena no les será aplicada.

Garantías del debido proceso:

Cuando la Convención Americana se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, la Corte IDH considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana.

En procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el artículo 8 de la Convención.

A efectos de que la medida privativa de libertad no sea arbitraria, debe respetar los siguientes requisitos: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Decide: desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa al agotamiento de los recursos internos.

Declara: responsable al Estado de la violación de la garantía del plazo razonable, consagrada en el artículo 8.1. de la Convención Americana y del derecho a la libertad personal, contemplado en el artículo 7.1, 7.3, 7.5 y 7.6 de la Convención Americana.

Dispone: adoptar decisión definitiva sobre la extradición del ciudadano chino, revisar la privación de su libertad y pagar las cantidades fijadas, entre otras.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Relevancia del fallo

A pesar de tratarse de un caso sobre extradición, y no sobre sanciones migratorias o detención migratoria como tal, este fallo es importante porque fija unas reglas aplicables a este tipo de procedimientos administrativos. Lo anterior, especialmente en relación con el principio de no devolución, las detenciones como medidas de privación de la libertad y la aplicación de las garantías del debido proceso legal a las actuaciones administrativas.

1.1.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-295 de 2018

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala sexta de revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-295 de 2018 (expediente T-6.666.860)
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 24 de julio de 2018
- **Magistrada ponente:** Gloria Stella Ortiz Delgado
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-295-18.htm

Tema
Debido proceso
Subtemas
<p>La legitimación por activa en la acción de tutela</p> <p>La subsidiariedad en la acción de tutela</p> <p>Los derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia</p> <p>El debido proceso administrativo</p> <p>El debido proceso en procedimientos de carácter migratorio</p> <p>La discrecionalidad de la autoridad migratoria</p> <p>Los migrantes son sujetos de especial protección</p>
Hechos
<p>La Corte Constitucional estudió la tutela interpuesta por un nacional japonés, quien solicitó la protección de su derecho al debido proceso, el cual le fue violado a partir de la expedición del acto administrativo de deportación por permanencia irregular en el territorio colombiano, expedido por Migración Colombia.</p> <p>El tutelante de este caso era un migrante adulto mayor, de nacionalidad japonesa, quien no dominaba el idioma español. El migrante se acercó a Migración Colombia con el ánimo de regularizar su situación migratoria. Migración Colombia respondió con el adelantamiento de un procedimiento administrativo, ultra sumario, que no tomó más de 1 hora, y que concluyó con la decisión de deportación inmediata del extranjero japonés.</p>
Procedimiento
<p>Primera instancia: sentencia del 16 de noviembre de 2017, del Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., amparó el derecho fundamental al debido proceso y dejó sin efecto la totalidad de las actuaciones administrativas migratorias.</p> <p>Segunda instancia: sentencia del 24 de enero de 2018, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, revocó la sentencia impugnada y negó el amparo porque el accionante no utilizó los medios de defensa judicial.</p>
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>La legitimación por activa en la acción de tutela:</p> <p>La acción de tutela puede ser ejercida por ciudadanos extranjeros. Cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, toda vez que los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas.</p>

La subsidiariedad en la acción de tutela:

La acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario y excepcional, procedente únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Sin embargo, en cada caso debe estudiarse si los mecanismos judiciales de defensa disponibles resultan efectivos para proteger los derechos fundamentales.

Existen dos excepciones que justifican la procedibilidad de la tutela en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judicial: (a) Que a pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio; y (b) Que si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva.

Los derechos constitucionales de los extranjeros en Colombia:

Los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales colombianos. Sin embargo, esto conlleva responsabilidades como quiera que deben cumplir con los deberes que el Legislador establece para todos los que se encuentran en el territorio nacional, 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.

Ni el legislador ni las autoridades administrativas pueden desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, incluso si estos se encuentran en condiciones de permanencia irregular.

La discrecionalidad gubernamental, dentro del ejercicio soberano, debe ejercerse en el marco de las garantías constitucionales y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que comprometen a todos los Estados.

El debido proceso administrativo:

El debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En todo proceso judicial o administrativo es determinante que la persona contra la cual se dirige la acusación pueda defenderse respecto a los cargos que se le formulan y cuente con la prestación de un servicio público de defensa legal como una manifestación de la garantía a la defensa técnica.

En todo proceso judicial o administrativo es constitucionalmente imperioso que la persona contra la cual se dirige un cargo o acusación pueda hacer frente a los reproches formulados en su contra y que los argumentos que presente se consideren en la respectiva actuación judicial o administrativa, pues esto no sólo sirve al interés individual del mismo, sino también al esclarecimiento de la verdad.

Uno de los contenidos del derecho al debido proceso se circunscribe a que las personas conozcan y comprendan el trámite administrativo en el que se encuentran involucradas.

Toda persona contra la cual se dirige una acusación en un trámite judicial, administrativo o en otro tipo de asuntos, que no comprenda o hable con suficiencia el idioma en el que se adelanta la respectiva actuación, debe ser asistida gratuitamente por un traductor o intérprete para defender sus derechos y controvertir las decisiones que pueda afectarla.

El debido proceso en procedimientos de carácter migratorio:

Los Estados tienen el deber de garantizar los derechos fundamentales de los extranjeros, dentro de los que se encuentra el debido proceso en materia migratoria. De ahí que los procedimientos judiciales y administrativos deben eliminar barreras para hacer posible su pleno ejercicio.

El derecho al debido proceso aplica a las actuaciones administrativas.

El debido proceso se debe aplicar a las actuaciones administrativas sancionatorias de carácter migratorio, independiente del estatus migratorio de la persona.

En el ámbito del derecho internacional se han desarrollado ciertos límites en la aplicación de las políticas migratorias, por ejemplo, en los procedimientos que culminan con medida de deportación deben observarse las reglas del debido proceso y la garantía de la dignidad humana cualquiera que sea la condición jurídica o estatus migratorio de la persona.

Toda persona tiene derecho a ser oída en un plazo razonable. En los procedimientos administrativos que se adelanten contra ciudadanos extranjeros y que pueden culminar con la sanción de deportación, deben observar la garantía del plazo razonable. La razonabilidad del tiempo en el que se desarrolle dicha actuación debe analizarse en relación con la duración total del proceso, incluyendo los recursos judiciales que serían procedentes al interior del mismo.

Las garantías del debido proceso son: (i) conocer el acto administrativo sancionatorio (deportación, expulsión, multa, etc.); (ii) conocer los recursos disponibles, ante quién se ejercen y en qué tiempo; (iii) poder ejercerlos materialmente; (iv) contar con intérprete o traductor cuando aplique y (v) no debe ser una decisión discriminatoria en razón de factores como raza, género, ideología, religión, lengua, nacionalidad, situación económica, estatus migratorio, identidad de género, orientación sexual.

Unas de las formas de garantizar el debido proceso, en particular, los derechos de contradicción y defensa, a una persona extranjera que no domina el idioma castellano en el contexto de un trámite administrativo de carácter migratorio son: (i) suministrar el servicio de un traductor y/o intérprete oficial y (ii) agotar las etapas de dicho procedimiento migratorio sancionatorio en los términos que contempla la ley.

Se vulnera el derecho al debido proceso en el marco de un procedimiento administrativo cuando el Estado no cuenta con intérpretes que le permitan al migrante, que no domina el idioma castellano, expresarse, comprender las etapas del respectivo trámite administrativo y oponerse al proceso que se adelanta.

La discrecionalidad de la autoridad migratoria:

Aunque los Estados tienen la potestad de fijar políticas migratorias en virtud del ejercicio de su soberanía, esto no significa que están habilitados para desplegar actuaciones arbitrarias.

Las autoridades administrativas migratorias, en desarrollo de sus competencias legales y constitucionales, no pueden dictar actos administrativos sancionatorios sin observar garantías mínimas o tomar decisiones que afecten derechos fundamentales como el debido proceso, la defensa y contradicción.

A pesar de que Migración Colombia cuenta con un margen amplio de discrecionalidad, la entidad debe ejercer sus competencias dentro de los márgenes de la legalidad y con observancia de las garantías previstas en la Constitución y los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Los migrantes son sujetos de especial protección:

Los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados en razón a la situación de indefensión en la que comúnmente se encuentran y que se deriva del desconocimiento de la forma en que opera el sistema jurídico local, el idioma, la ausencia de lazos familiares y comunitarios, entre otros, como también que los migrantes en situación de irregularidad son un grupo vulnerable.

Si bien los Estados pueden establecer sus políticas migratorias, éstas no pueden desconocer los derechos humanos.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Resolvió:

Revocar la sentencia de segunda instancia que negó la tutela y, en su lugar, confirmar la de primera que la concedió.

Dejar sin efecto los actos administrativos acusados.

Ordenó, entre otras:

A Migración Colombia que en el término de cuarenta y ocho (48) horas emita un acto administrativo que dé inicio a la actuación administrativa migratoria.

Prevenir a Migración Colombia para que en lo sucesivo garantice los derechos de defensa y contradicción en desarrollo de los procedimientos administrativos migratorios de carácter sancionatorio, con sujeción a los términos previstos en la Ley 1437 de 2011 y a lo previsto en las normas constitucionales, de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Vélez Llor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH. Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte Constitucional. Sentencia T-956 de 2013. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de tutela de 10 de noviembre 2016, radicación número: 05001-23-33-000-2016-01830-01(AC). C.P: Alberto Yepes Barreiro.

Relevancia del fallo

La relevancia de este fallo radica en varios aspectos:

Ratifica la aplicación del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio.

Reconoce el uso de la tutela para la defensa de los derechos fundamentales de las personas migrantes, y en particular, para dejar sin efectos actos administrativos sancionatorios de carácter migratorio que violan el derecho al debido proceso.

Recoge las garantías del derecho al debido proceso en procedimientos administrativos sancionatorios y su aplicación frente a las sanciones migratorias.

Previene a Migración Colombia para que garantice los derechos de defensa y contradicción en desarrollo de los procedimientos administrativos migratorios de carácter sancionatorio, de acuerdo con las normas constitucionales y legales, la jurisprudencia constitucional y los derechos humanos.

Recoge los precedentes más significativos de la Corte IDH en materia de debido proceso y su aplicación en actuaciones administrativas de carácter migratorio.

Corte Constitucional Sentencia T-500 de 2018

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala segunda de revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-500 de 2018 (expediente T-6.874.784)
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 19 de diciembre de 2018
- **Magistrada ponente:** Diana Fajardo Rivera
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-500-18.htm

Tema

Debido proceso

Subtemas
<p>La legitimación por activa en la acción de tutela</p> <p>Requisito de subsidiariedad en la acción de tutela</p> <p>El derecho al debido proceso y los procedimientos sancionatorios de carácter migratorio</p> <p>El derecho a la unidad familiar y las sanciones migratorias</p> <p>Principio de “no devolución”</p>
Hechos
<p>La Corte Constitucional estudió la tutela interpuesta por la compañera e hijo de un nacional cubano, quienes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la unidad familiar, los cuales fueron violados por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mediante la imposición de una sanción de expulsión por el término de 10 años al ciudadano cubano, compañero y padre de los accionantes.</p> <p>El extranjero cubano sancionado había permanecido como migrante en situación irregular en el territorio nacional por 7 años. Durante su estancia, este migrante había sido sancionado con medidas de deportación y expulsión. La primera, por haber ingresado al país en forma irregular y la segunda, por representar un riesgo para la seguridad y el orden público.</p> <p>La Corte resuelve conceder el amparo del derecho al debido proceso; dejar sin efecto el acto administrativo de expulsión y el reinicio del procedimiento administrativo sancionatorio “bajo los lineamientos del procedimiento administrativo sancionatorio”.</p>
Procedimiento
<p>Primera instancia: sentencia de 3 de mayo de 2018 del Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá, que concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso.</p> <p>Segunda instancia: sentencia de 22 de junio de 2018 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la sentencia impugnada y negó el amparo constitucional por improcedente.</p>
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>La legitimación por activa en la acción de tutela:</p> <p>Cualquier persona, titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, se encuentra legitimada para solicitar el restablecimiento de sus garantías básicas ante los jueces de la República, con independencia de su nacionalidad o ciudadanía. En tal virtud, un extranjero puede activar el mecanismo de amparo y procurar en su beneficio la defensa de los derechos fundamentales en peligro.</p> <p>La persona destinataria de la sanción migratoria es la directamente afectada y legitimada por activa para presentar la tutela. Sin embargo, su compañera (o esposa) y/o madre de los hijos del migrante sancionado también está legitimada por activa, pues su derecho a la unidad familiar puede resultar afectado a partir de la materialización de la sanción.</p>

Requisito de subsidiariedad en la acción de tutela:

Quienes se vean afectados por actos administrativos mediante los cuales se define la situación migratoria de un extranjero en el país pueden, en principio, valerse de los medios de control disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, la vía judicial de lo contencioso administrativo no siempre es idónea y eficaz para responder a una vulneración de este tipo.

La condición del destinatario de la sanción no admite que la decisión sobre sus pretensiones se prolongue en el tiempo, debido a la celeridad con la que se debe actuar en estos eventos. Esto, con el fin de evitar que la persona tenga que abandonar el país, con las consecuencias que ello implica para sus derechos fundamentales, como puede ser la unidad e integridad familiar, en cuyo caso se precisa una intervención judicial expedita que sólo ofrece la acción de tutela.

La acción de tutela se erige en la única herramienta disponible para debatir, con prontitud, los efectos que en perspectiva constitucional genera la decisión de expulsión, máxime cuando se precisa que contra este acto administrativo no proceden recursos en vía administrativa.

De materializarse la expulsión, se podrían originar consecuencias con la potencialidad de afectar la integridad del núcleo familiar de la actora (compañera), ante la evidente ausencia y distanciamiento, así como su digna subsistencia por la pérdida del aporte económico que hace el extranjero sancionado.

El derecho al debido proceso y los procedimientos sancionatorios de carácter migratorio:

La Carta Política garantiza a todos los extranjeros que se encuentran en el territorio nacional, con independencia de su estatus migratorio, la protección jurídica de los mismos derechos fundamentales que se encuentran en cabeza de los colombianos. Esta prerrogativa lleva consigo la consecuente responsabilidad de atender cabal y estrictamente el conjunto de deberes y obligaciones que se les imponen a todos los residentes en el país (artículos 4 y 100 C.P.).

Dentro de los derechos de los que son titulares los extranjeros está el debido proceso. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias, sin excepción alguna, lo que implica que cualquier actuación que el Estado decida adelantar en su contra debe sujetarse al respeto de unas reglas mínimas sustantivas y procedimentales en tanto límite material a la arbitrariedad.

En desarrollo de los procedimientos administrativos sancionatorios de naturaleza migratoria, realizados con fundamento en el principio de soberanía del Estado, las autoridades públicas, aunque gozan de discrecionalidad, tienen la obligación de atender las competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico (mandatos constitucionales, legales y reglamentarios vigentes) y ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los administrados cuenten con instancias de participación en la decisión que deba adoptarse y puedan defender adecuadamente sus intereses en todas las etapas del trámite, el cual naturalmente puede culminar con la imposición de una sanción de deportación o de expulsión del territorio, según la gravedad de la infracción endilgada.

El derecho fundamental al debido proceso es “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”.

En materia administrativa, los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican a todas las actuaciones y procedimientos que desarrolle la administración pública, en el cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que garantice: (i) el acceso de las personas a procesos justos y adecuados, tramitados, además, en un plazo razonable; (ii) el principio de publicidad y legalidad, así como el cumplimiento de las formas y momentos previamente establecidos; (iii) los principios de defensa, contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados.

El conjunto de garantías que integran el contenido del derecho al debido proceso cobra especial relevancia cuando se trata del desarrollo de la facultad sancionadora de la administración.

A partir de las obligaciones asociadas al derecho a las garantías judiciales, “un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas”. De acuerdo con lo anterior, existe un deber a cargo de los Estados de atender con sigilo las particularidades del individuo objeto de la medida. Puede suceder, por ejemplo, que la persona destinataria de la sanción aduzca la existencia de un temor fundado en caso de tener que regresar a su país de origen. En estos eventos se ha considerado que, en principio, “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de la raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

Con el propósito de determinar si concurren razones fundadas, las autoridades competentes deben tener en cuenta, inclusive, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. Lo anterior, con independencia del estatus legal o la condición migratoria del extranjero. Si se constata el riesgo de daño irreparable, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el mismo.

La persona extranjera destinataria de la sanción puede tener vínculos naturales o jurídicos de paternidad o maternidad con menores en Colombia. En estos casos, el Estado y sus autoridades deben valorar su derecho a la unidad familiar al momento de impartir una orden de expulsión.

La distancia física o la ruptura de lazos filiales que se origina por virtud de una medida de expulsión, inclusive de deportación de extranjeros, padres o madres de menores, legítimamente radicados en el país es, “en principio, una barrera innecesaria e inhumana que se opone al disfrute de los derechos fundamentales de estos y, por lo tanto, no puede ser patrocinada indiscriminadamente por la administración”. En estas condiciones, ningún sujeto de protección prevalente puede “ser objeto de actuaciones discrecionales de las autoridades públicas que los lesionen o afecten [en sus derechos] aunque medie la circunstancia de que [su padre o madre] sea extranjero y se encuentre en situación de irregular permanencia en el territorio nacional”.

El derecho a la unidad familiar y las sanciones migratorias:

Al momento de proferir sus decisiones, la administración debe considerar el alcance y la prevalencia de los preceptos superiores de los que son titulares los menores dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional, entendiendo especialmente que la familia es un entorno cuya existencia es imperativa para su adecuado desarrollo, así como para la eficacia material de sus derechos fundamentales.

Las intervenciones estatales que tengan como consecuencia desligar a un menor de su familia deben atender siempre a criterios estrictos de necesidad y proporcionalidad. Esto supone que tal interpretación debe realizarse bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta no sólo el conjunto armónico de los derechos, sino también de los deberes en cabeza de los asociados que permanecen bajo la jurisdicción de un Estado.

La protección prevalente a la unidad familiar, ligada directamente al interés superior del menor, es una circunstancia que debe ser especialmente atendida por las autoridades al momento de impartir medidas tan drásticas como la de expulsión, no obstante, ello no puede convertirse en una condición que *per se* impida la actuación legítima de los entes estatales cuando sea necesario asegurar la vigencia de un orden justo que ha sido transgredido.

Principio de “no devolución”:

Cuando un extranjero alega ante un Estado un riesgo en caso de devolución a su país de origen o a un tercer estado, las autoridades competentes deben, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. Esto implica respetar “las garantías mínimas referidas, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión”. De ninguna manera puede removerse a una persona del territorio sin antes tomar en consideración los alegatos sobre el peligro existente que aduce.

Aplicación de las reglas al caso bajo estudio:

El procedimiento migratorio de naturaleza sancionatoria que puede culminar con la deportación o expulsión de un extranjero del territorio nacional y que se ejerce como expresión del principio soberano del Estado, es de tipo administrativo y debe estar regido por el debido proceso. De dicha garantía se derivan mandatos específicos de protección en beneficio del sujeto objeto de control, con independencia de su condición legal o irregular, y materialmente están orientados a asegurarle la posibilidad real y efectiva de participar en el trámite que lo afecta, dar a conocer sus opiniones, defenderse de los señalamientos en su contra y, en general, asegurar el ejercicio material y oportuno de los derechos de contradicción y defensa, en tanto límite a la arbitrariedad y el capricho.

La autoridad migratoria vulnera el derecho fundamental al debido proceso de un ciudadano extranjero cuando, en ejercicio de la legítima facultad discrecional, adelanta en su contra un proceso sancionatorio que no asegura el respeto por las garantías judiciales mínimas, en particular (i) no garantiza su efectiva vinculación y participación en el trámite; (ii) lo priva de la posibilidad de ser escuchado en el proceso, plantear sus razones y controvertir los cuestionamientos formulados en su contra e (iii) impone consecuentemente una sanción –expulsión del territorio– que, por demás, no está debida y objetivamente fundamentada ni consulta las particularidades específicas del caso. La discrecionalidad que en estos eventos persigue el restablecimiento del orden público no es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con el ejercicio de una atribución irrazonable o arbitraria.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Resolvió:

Revocar la sentencia de segunda instancia que negó la tutela y, en su lugar, confirmar la de primera que la concedió.

Dejar sin efecto el acto administrativo de expulsión acusado.

Ordenó:

A Migración Colombia que, en el término de 3 días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, inicie nuevamente el procedimiento migratorio sancionatorio, bajo los lineamientos constitucionales del debido proceso y el ejercicio de la defensa y contradicción en cada una de sus etapas y formalidades, escenario en el que deberá consultar sus condiciones individuales particulares, por ejemplo, su arraigo familiar en Colombia y considerar, si hay lugar a ello, la posibilidad de que pueda regularizar su legal estancia en el territorio nacional.

Si en el curso del nuevo procedimiento migratorio que se adelante en contra del extranjero se llegare a considerar que aquel incurre en causales de expulsión al infringir lo dispuesto en el artículo 2.2.1.13.2.1 del Decreto 1067 de 2015, deberá contar con la posibilidad formal y material de acudir a los recursos en sede administrativa los cuales se concederán en el efecto suspensivo.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-331 de 2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-178 de 1993. M.P.: Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional. Sentencia T-215 de 1996. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 2018. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte IDH. Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.

Relevancia del fallo

La relevancia de este fallo radica en que:

Ratifica la procedencia de la tutela para atacar actos administrativos sancionatorios de carácter migratorio, a pesar de la existencia de la vía de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (subsidiariedad).

Reconoce la legitimación por activa de los miembros de los núcleos familiares del extranjero sancionados para formular la tutela por el derecho a la unidad familiar (legitimación por activa).

Recoge precedentes en materia de unidad familiar y garantías del derecho al debido proceso administrativo y los aplica a la expulsión de migrantes por razones de seguridad nacional.

Corte Constitucional Sentencia T-143 de 2019

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala cuarta de revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-143 de 2019 (expediente T-6.971.007)
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 29 de marzo de 2019
- **Magistrado ponente:** Alejandro Linares Cantillo
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-143-19.htm

Tema

Debido proceso

Subtemas

Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano
Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio

Hechos

La Corte Constitucional estudió la tutela interpuesta por una mujer trans venezolana y portadora de VIH, quien alegaba la vulneración de su derecho al debido proceso y a la unidad familiar, debido a la medida de deportación y prohibición de ingreso a Colombia por el término de 2 años que le impuso Migración Colombia por ingresar evadiendo control migratorio y por permanencia irregular.

En esta sentencia se niega la tutela al considerar que la autoridad migratoria dio todas las garantías durante el procedimiento administrativo, permitiendo que la mujer sancionada pudiera defenderse de los cargos formulados en su contra.

Procedimiento

Primera instancia: sentencia de 15 de mayo de 2017 del Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Armenia, Quindío, que tuteló el derecho fundamental a la unidad familiar invocada por la tutelante.

Segunda instancia: sentencia de 11 de julio de 2018 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Quindío, que revocó el fallo de tutela de primera instancia y declaró improcedente la acción de tutela.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano:

Salvo algunas excepciones, los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales colombianos. Sin embargo, esto conlleva responsabilidades, comoquiera que deben cumplir con los deberes que el Legislador establece para todos los que se encuentran en el territorio nacional 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.

Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio:

El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, ha sido definido como el derecho que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, para efectos de hacer valer sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo.

La persona inmersa en este tipo de actuaciones, por lo menos, tiene derecho a: (i) conocer el inicio de la actuación; (ii) ser oído durante todo el trámite; (iii) ser notificado en debida forma; (iv) que se adelante por autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio; (v) que no se presenten dilaciones injustificadas; (vi) gozar de la presunción de inocencia; (vii) ejercer los derechos de defensa y contradicción; (viii) presentar pruebas y a controvertir aquellas que aporte la parte contraria; (ix) que las decisiones sean motivadas en debida forma; (x) impugnar la decisión que se adopte y (xi) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso.

En el universo de las actuaciones en las que el Estado debe respetar los elementos que integran el debido proceso, se encuentran los procesos administrativos sancionatorios de carácter migratorio que culminan, regularmente y según el caso, con la adopción de medidas de deportación o expulsión de ciudadanos extranjeros del territorio nacional.

Si bien es cierto que el Estado goza de un amplio margen de discrecionalidad para crear los procedimientos y definir la situación migratoria del extranjero, también lo es que, conforme al artículo 100 de la Carta y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, dicha potestad no puede ser entendida como arbitraria, por cuanto encuentra límites claros derivados de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros.

La motivación de las decisiones es una de las facetas del derecho fundamental al debido proceso cuya satisfacción no se reduce a la presentación de argumentos ligados a la aplicación formal de las normas. Por el contrario, exige la exposición de razones suficientes que expliquen de manera clara, detallada y precisa el sentido de la determinación adoptada. Este mandato, lejos de oponerse a la facultad discrecional que tiene el Estado para permitir el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio colombiano, se articula con el deber de garantizar los derechos fundamentales a estas personas, al margen de que su situación migratoria sea legal o irregular.

El marco constitucional e internacional reconocen que, sin importar la condición legal o irregular del extranjero, el Estado debe garantizar en los procedimientos administrativos sancionatorios que se adelantan por infracciones al régimen migratorio, que eventualmente finalizan con medidas de deportación o expulsión, los componentes estructurales del derecho al debido proceso, entre estos, la motivación adecuada de las decisiones. En caso contrario, la autoridad migratoria vulnera el derecho al debido proceso del extranjero afectado por la sanción, en la medida que impone una decisión que es producto, no de la facultad discrecional y de la soberanía estatal, sino de la arbitrariedad y capricho del funcionario.

Conforme a lo establecido por la jurisprudencia constitucional y los instrumentos de derecho internacional que procuran la defensa de los derechos humanos, la determinación y graduación de la sanción por infracciones al régimen migratorio debe estar precedida por el cumplimiento de las etapas procesales descritas y el análisis detallado de las circunstancias personales de cada sujeto, entre éstas, factores como la unidad familiar y el riesgo que implica para el extranjero regresar al país de origen.

El extranjero interesado en obtener la protección del derecho a la unidad familiar [en caso de sanción administrativa de carácter migratorio], por lo menos, debe cumplir con la carga mínima de manifestar a la hora de solicitar la regularización de su permanencia en el país, o luego de la etapa de formulación de cargos durante la investigación administrativa adelantada por Migración Colombia, las circunstancias personales y familiares en las que soporta su solicitud.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Resolvió:

Revocar la sentencia de segunda instancia que declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, **negar** las pretensiones.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. T-215 de 1996. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. T-956 de 2013. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. T-338 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. T-500 de 2018. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional. T-295 de 2018. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Relevancia del fallo

La relevancia de este fallo radica en que:

Reitera la aplicación del derecho al debido proceso administrativo en las actuaciones sancionatorias de carácter migratorio y establece las fases que debe agotar el adelantamiento de dicho procedimiento.

Establece que la autoridad migratoria no viola el derecho al debido proceso y a la unidad familiar cuando la persona sancionada no revela la conformación de su núcleo familiar oportunamente, para que sea tenida en cuenta por la autoridad migratoria antes de adoptar la decisión sancionatoria.

Este precedente es particularmente desafortunado, toda vez que, en este caso, el hecho de que Migración Colombia hubiera conocido la información sobre el contexto familiar de la mujer sancionada, durante el trámite de los recursos contra el acto administrativo de deportación, fue ratificado como extemporáneo por la Corte. Por esta razón, no se encontró violación alguna al debido proceso ni a la unidad familiar.

Tampoco se dio valor al argumento que presentó la mujer sancionada con deportación, al señalar que, por ser mujer transgénero, ella ha tenido que huir de su país (Venezuela) donde se persigue a esta población. En tal virtud, se ha contrariado el principio de no devolución.

Corte Constitucional Sentencia T-530 de 2019

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala cuarta de revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-530 de 2019 (expediente T-7.224.482)
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 12 de noviembre de 2019
- **Magistrado ponente:** Alejandro Linares Cantillo
- **Consulta aquí el texto:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-530-19.htm

Tema

Debido proceso

Subtemas
<p>El requisito de subsidiariedad en la acción de tutela</p> <p>Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano</p> <p>Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio</p> <p>Unidad familiar</p>
Hechos
<p>La Corte Constitucional estudió la tutela interpuesta por un ciudadano cubano, en la que se solicita la protección del derecho al debido proceso y a la unidad familiar del hijo menor de edad del tutelante, quien es colombiano. El nacional cubano fue sancionado con medida de deportación y prohibición de ingreso a territorio colombiano por 3 años, por haber incurrido en una posible falsedad en el registro civil de matrimonio, que le había permitido al extranjero acceder a una visa y permanecer de manera regular en territorio colombiano.</p> <p>En esta sentencia la Corte Constitucional concede la protección de los derechos al debido proceso y a la unidad familiar del hijo menor de edad del migrante cubano sancionado con deportación.</p>
Procedimiento
<p>Primera instancia: sentencia de 22 de octubre de 2018 del Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali, Valle del Cauca, que concedió la tutela por el derecho a la unidad familiar.</p> <p>Segunda instancia: sentencia del 11 de diciembre de 2018 de la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Valle del Cauca, que revocó el fallo de primera instancia y negó el amparo.</p>
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>El requisito de subsidiariedad en la acción de tutela:</p> <p>En principio, el mecanismo de defensa judicial diseñado para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales Migración Colombia resolvió sancionar con la medida de deportación al actor es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la acción de tutela es la vía judicial idónea y eficaz para resolver de manera definitiva la solicitud de protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante, en nombre propio y en representación de su mejor hijo.</p> <p>Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano:</p> <p>En el caso concreto de los deberes consagrados en el régimen migratorio y las posibles consecuencias que se derivan de su incumplimiento, la Corte ha reiterado que si bien es cierto el Estado tiene la potestad para definir la permanencia del extranjero en el territorio nacional con</p>

el fin de salvaguardar fines constitucionales imperiosos, también lo es que el ejercicio de esta atribución exige el cumplimiento de las garantías que se desprenden del derecho fundamental al debido proceso.

Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio:

El derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido como el derecho que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga para hacer valer sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo.

En el curso de los procesos sancionatorios que le corresponde adelantar, la autoridad migratoria es responsable de garantizar, por lo menos, los siguientes elementos: (i) el derecho de defensa y contradicción a los extranjeros contra los que se dirige el proceso administrativo sancionatorio, lo cual, presupone que estos deben conocer y comprender el trámite en el que se encuentran involucrados; (ii) el trámite sancionatorio de naturaleza migratoria debe surtirse en un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas ni con tanta celeridad que torne ineficaz o anule el ejercicio del derecho; (iii) asistir gratuitamente mediante traductor o intérprete a todo extranjero que no comprenda o hable con suficiencia el idioma en el que se adelanta el trámite administrativo sancionatorio; (iv) valorar en el curso del proceso las circunstancias familiares del extranjero, en especial cuando el grupo familiar se encuentra integrado por menores de edad; (v) motivar de manera suficiente el acto administrativo por medio del cual se resuelve sancionar al extranjero con la medida de deportación o expulsión, “evita[ndo] que se confunda la facultad discrecional en materia migratoria, con la arbitrariedad y capricho del funcionario”.

La motivación de las decisiones es una de las facetas del derecho fundamental al debido proceso “[...] cuya satisfacción no se reduce a la presentación de argumentos ligados a la aplicación formal de las normas, sino que, por el contrario, exige la exposición de razones suficientes que expliquen de manera clara, detallada y precisa el sentido de la determinación adoptada. Este mandato, lejos de oponerse a la facultad discrecional que tiene el Estado para permitir el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio colombiano, se articula con el deber de garantizar los derechos fundamentales a estas personas, al margen de que su situación migratoria sea legal o irregular”.

El marco constitucional reconoce que, sin importar la condición irregular del extranjero, el Estado debe garantizar en los procedimientos administrativos sancionatorios que se adelantan por infracciones al régimen migratorio, que eventualmente finalizan con medidas de deportación o expulsión, los componentes estructurales del derecho al debido proceso. En caso contrario, la autoridad migratoria vulnera el derecho al debido proceso del extranjero afectado por la sanción, al imponer una decisión que es producto, no de la facultad discrecional y de la soberanía estatal, sino de la arbitrariedad y capricho del funcionario. De esta forma, conforme a lo establecido por la jurisprudencia constitucional, la determinación y graduación de la sanción por infracciones al régimen migratorio debe estar precedida por el cumplimiento de las etapas procesales descritas [inicio de actuación administrativa sancionatoria, cargos, descargos, periodo probatorio, alegatos y decisión] y el análisis detallado de las circunstancias personales de cada sujeto, entre estas, factores como la unidad familiar y el riesgo que implica para el extranjero regresar al país de origen.

Unidad familiar:

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, el Estado tiene el deber de garantizar el interés superior del menor durante todo el trámite administrativo sancionatorio de carácter migratorio, de manera que se maximicen los mandatos constitucionales que protegen los derechos fundamentales de los niños y las niñas a la unidad familiar, a tener una familia y no ser separados de ella. Lo anterior, supone para la autoridad migratoria el deber de evaluar de forma detallada y diligente los eventuales vínculos naturales o jurídicos de paternidad o maternidad que la persona extranjera involucrada mantenga en el país con menores.

El cumplimiento de los requerimientos constitucionales y legales exigidos para la intervención a la unidad familiar ha sido entendido como un componente del debido proceso. La autoridad migratoria viola el derecho al debido proceso administrativo del extranjero sancionado cuando no analiza sus condiciones familiares. Viola también el derecho fundamental del hijo/a menor de edad del extranjero sancionado a tener una familia y no ser separado de ella cuando la autoridad no evalúa la realidad del vínculo familiar ni las consecuencias negativas que se podrían derivar de la sanción migratoria para las condiciones personales, familiares, sociales y económicas del menor.

Decisión (parte resolutive y órdenes)**Resolvió:**

Revocar la sentencia de segunda instancia y en su lugar **conceder** el derecho al debido proceso administrativo y a la unidad familiar.

Dejar sin efectos los actos administrativos mediante los cuales se impuso la sanción de deportación.

Ordenó:

A Migración Colombia, en el término de 15 días, modificar la resolución en lo pertinente, para que, en su lugar, evalúe y defina cuál es el estado del vínculo familiar entre el actor y su menor hijo.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. T-178 de 1993. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. T-215 de 1996. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. T-956 de 2013. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. T-500 de 2018. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

Relevancia del fallo

La relevancia de este fallo radica en que:

Reitera la aplicación del derecho al debido proceso administrativo en las actuaciones sancionatorias de carácter migratorio y establece las fases que debe agotar el adelantamiento de dicho procedimiento.

Establece que la autoridad migratoria viola el derecho al debido proceso y a la unidad familiar cuando no evalúa adecuadamente el contexto familiar del extranjero sancionado, en particular, el vínculo paterno/materno existente entre éste y sus hijos menores de edad.

Corte Constitucional

Caso expulsión masiva de migrantes venezolanos en el Paro Nacional de 2019 Pendiente de fallo: expediente T-8.113.411

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Plena
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** expediente T-8.113.411
- **Proceso:** acción de tutela
- **Fecha:**
- **Magistrado ponente:** Alejandro Linares Cantillo

Tema

Debido proceso

Subtemas

Hechos

La Sala Plena de la Corte Constitucional estudia la acción de tutela interpuesta por siete (7) nacionales venezolanos, quienes fueron sancionados con medida de expulsión y prohibición de ingreso a territorio colombiano por el término de 5 años. La decisión fue adoptada por Migración Colombia, al considerar que estas personas estaban participando en actos vandálicos durante las protestas del Paro Nacional de noviembre de 2019, poniendo en riesgo la “seguridad nacional”. Dichas decisiones sancionatorias no admiten recurso alguno y son de ejecución inmediata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.13.2.2. del Decreto 1067 de 2015 sobre “otros eventos de expulsión”. Por éstas y otras consideraciones, los accionantes, quienes actúan a través de agente oficioso, alegan que sus derechos al debido proceso y a la unidad familiar han sido violados mediante la expedición y ejecución de las sanciones de expulsión en su contra.

Procedimiento
<p>Primera instancia: sentencia de 6 de marzo de 2020, del Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., negó la acción de tutela.</p> <p>Segunda instancia: sentencia de 27 de abril de 2020, del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, confirmó el fallo de primera instancia.</p>
Consideraciones (reglas y subreglas)
Decisión (parte resolutive y órdenes)
<p>Resolvió:</p> <p>Ordenó:</p>
Jurisprudencia citada relacionada con el tema
Relevancia del fallo
<p>Este es un caso muy relevante en la medida en que sería el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional, como juez de tutela, sobre un caso de debido proceso y unidad familiar, en el que los accionantes son nacionales venezolanos expulsados por razones de seguridad nacional. Además, es muy importante porque la Corte tendría la oportunidad de evaluar el alcance de las garantías del derecho al debido proceso en el marco de procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio, adoptados en contextos de alteración social como lo es el Paro Nacional.</p> <p>El estudio de este caso ha pasado a la Sala Plena de la Corte Constitucional.</p>
Observaciones
<p>Se cuenta con las piezas procesales de este caso, toda vez que es litigado por el Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes.</p>

1.1.3. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Sentencia de 10 de noviembre de 2016	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Consejo de Estado • Sala/Sección: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta • Tipo de providencia: sentencia • Número de providencia o radicación: 05001-23-33-000-2016-01830-01(AC) • Tipo de proceso: Tutela • Fecha: 10 de noviembre de 2016 • Magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro • Consulta aquí el texto completo: idoa.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-33-000-2016-01830-01(AC).pdf 	
Tema	
Derecho al debido proceso	
Subtemas	
Improcedencia de tutela por carencia de objeto por daño consumado Derecho al debido proceso de las personas migrantes Principio de no devolución	
Hechos	
<p>Un grupo de 28 nacionales cubanos, quienes se encontraban de tránsito en el municipio de Turbo, Antioquia, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Relaciones Exteriores, Migración Colombia y la Policía Nacional. Los demandantes solicitaron la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, libertad e integridad personal, salud, debido proceso administrativo y “principio de no devolución”, violados como consecuencia de los procedimientos administrativos sancionatorios de deportación, adelantados en su contra por Migración Colombia. Los accionantes manifiestan que viven en condiciones muy precarias, “hacinados en carpas o construcciones de madera y bolsas a la orilla del río, sin servicios públicos o de alcantarillado, sin brigadas de salud, sin alimentación ni ninguna atención del Estado”. Además, indican que en el lugar habitan personas que son adultos mayores, menores de edad y mujeres embarazadas, todos ellos sujetos de especial protección constitucional.</p>	

En este caso se declaró la carencia de objeto por daño consumado, razón por la cual se negó el amparo del derecho al debido proceso, y en particular, la suspensión de las decisiones de deportación. Sin embargo, se constató la violación de las garantías del derecho al debido proceso por parte de Migración Colombia en el adelantamiento de los procedimientos y se emitieron órdenes importantes al respecto.

Procedimiento

Primera instancia: sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda Oral, mediante sentencia de 3 de agosto de 2016, negó la tutela. Sin embargo, exhortó a Migración Colombia para que en adelante respete las garantías del derecho al debido proceso en el adelantamiento de los procedimientos administrativos sancionatorios a su cargo.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Improcedencia de tutela por carencia de objeto por daño consumado

La carencia del objeto ocurre, como en este caso, cuando mediante la acción de tutela se ha solicitado la suspensión de un acto de deportación, el cual, al momento de decidirse de fondo la demanda, ya se ha ejecutado materialmente y la persona sancionada se encuentra fuera del territorio. Frente a la carencia de objeto por daño consumado, bien puede el juez de tutela de instancia pronunciarse sobre los hechos que promovieron la vulneración de los derechos invocados. Al respecto, advierte el fallo: “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición”.

Aunque en el caso concreto se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado, “no pueden pasar inadvertidas las irregularidades ocurridas en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los accionantes”. Asimismo, “se le advierte a Migración Colombia que en ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron lugar a esta tutela”.

Derecho al debido proceso de las personas migrantes:

La Constitución Política en el artículo 100 señala que los extranjeros en Colombia disfrutarán de los mismos derechos civiles que se les concede a los colombianos y gozarán en el territorio de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Es un deber para las autoridades públicas, que tratándose de trámites consulares surtidos ante el Estado colombiano, los extranjeros que no hablen ni comprendan el castellano, idioma oficial de Colombia, estén asistidos por un intérprete a fin de que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos y velar por sus intereses.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe ser discriminatoria y debe respetar unas garantías mínimas, como lo son: (i) informar al extranjero, expresa y formalmente

de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación; ii) en caso de decisión desfavorable, someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin y iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

Según el fallo, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, “se advierte una vulneración del derecho fundamental al debido proceso”, toda vez que, en “cada uno de los procedimientos administrativos migratorios adelantados contra los actores, el auto de apertura de la actuación administrativa, el auto de formulación de cargos y la resolución de deportación datan de la misma fecha y, en el marco del mismo, fueron suscritos por parte de los ciudadanos cubanos documentos de contenido idéntico en los que manifestaron renunciar a los términos del proceso, aceptaron los cargos que se les imputaron, desistieron de presentar recursos y solicitaron resolver la actuación administrativa migratoria”.

La sentencia comparte el exhorto hecho a Migración Colombia por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, como juez de primera instancia del proceso de tutela, “para que, en lo sucesivo, cumplan con sus deberes constitucionales y legales, garanticen los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente el derecho fundamental al debido proceso”.

Principio de no devolución:

La Convención Americana, en su artículo 22.8, prevé la prohibición de expulsión o devolución de cualquier extranjero a otro país, sea o no de origen, en el cual su derecho a la vida o a la libertad estén en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

En el Sistema Interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

Cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Resolvió:

Revocar el fallo de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales de la parte actora.

Declarar la carencia de objeto de la acción de tutela por daño consumado respecto de los accionantes sometidos al procedimiento administrativo migratorio.

Confirmar el exhorto realizado por el fallo de primera instancia a Migración Colombia, para que en lo sucesivo respete el debido proceso sancionatorio en materia migratoria siguiendo las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, que en todo procedimiento relacionado con asuntos migratorios, debe asegurarle a los extranjeros la posibilidad real y efectiva de participar en el trámite consular, permitiéndoles solicitar y recibir

asesoría legal, incluso a través del servicio público gratuito de ser aplicable y en caso de necesitarlo podrán solicitar un traductor o intérprete; debe informárseles expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de su expulsión o deportación; se les debe dar la posibilidad de presentar recursos contra la decisión que les resulte desfavorable y, para ser deportados o expulsados, debe mediar decisión fundamentada conforme al ordenamiento jurídico, debidamente notificada.

Advertir a Migración Colombia que en ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron mérito al fallo.

Compulsar copias del expediente de tutela a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta y posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de Migración Colombia que participaron en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los ciudadanos cubanos deportados.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272.

Corte Constitucional. T-338 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Relevancia del fallo

Aunque en este caso se constata una carencia de objeto por daño consumado, toda vez que las personas ya habían sido deportadas y se encontraban fuera del territorio, este fallo es muy relevante porque el Consejo de Estado reconoce las violaciones a las garantías básicas del derecho fundamental al debido proceso de las personas deportadas en las que incurrió Migración Colombia. En consecuencia, en el fallo se exhorta a Migración Colombia para que, en adelante, respete las garantías del derecho al debido proceso establecidas por la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia y previene a esta entidad para que no incurra en este tipo de conductas en el futuro.

El reproche que hace la sentencia a la forma de proceder de Migración Colombia es de tal entidad, que se compulsan copias a la Procuraduría para que estudie la posible comisión de una falta disciplinaria por parte de los funcionarios que actuaron en estos procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio.

Observaciones

Intervención del “Grupo de Litigio de Interés Público – Clínica de Migrantes, Refugiados y Trata de Personas” de la Universidad del Norte (Colombia).

Juzgado veintidós administrativo de la oralidad de Bogotá, D.C.
Sentencia de 16 de junio de 2020

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Juzgado veintidós administrativo de la oralidad, Circuito Judicial de Bogotá, D.C.
- **Sala/Sección:** Sección segunda
- **Tipo de providencia:** sentencia de primera instancia
- **Tipo de proceso:** Tutela
- **Fecha:** 16 de junio de 2020

Tema

Debido proceso

Subtemas

Aplicación del derecho al debido proceso en actuaciones administrativas

Aplicación del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio

Protección a la unidad familiar

Configuración de vía de hecho administrativa

Hechos

El juez estudia la tutela presentada por un ciudadano cubano, padre de un menor de nacionalidad colombiana y compañero permanente de una mujer también colombiana, quien fue sancionado con medida de deportación por ingresar a Colombia y permanecer en el país de forma irregular. El accionante, médico de profesión, fue obligado a trabajar en Venezuela en la misión médica Barrio Adentro, y una vez allí, le fue retenido su pasaporte. El demandante, temiendo por su vida, huyó de Venezuela sin su documento de viaje e ingresó de forma irregular a Colombia. El tutelante se presentó ante Migración Colombia para regularizar su situación migratoria y la entidad resolvió sancionarlo con medida de deportación y prohibición de ingreso a Colombia por el término de dos años.

El juez decide tutelar los derechos invocados en la demanda de tutela, entre estos, el derecho al debido proceso y a la unidad familiar, tanto del accionante como de su hijo menor de edad.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Aplicación del derecho al debido proceso en actuaciones administrativas:

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece que el derecho fundamental al debido proceso es aplicable a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Aplicación del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio:

“Las autoridades migratorias colombianas [tenían] el deber de evaluar las especiales circunstancias que incidieron en la decisión del actor para ingresar al territorio colombiano de manera irregular, y así establecer si están o no acreditados los presupuestos para imputarle una conducta ilegal o una clara intención de violentar las leyes y procedimientos previstos para un ingreso autorizado al territorio colombiano, o en su defecto, si se trataba de un estado de necesidad, o si se quiere, de un caso fortuito o fuerza mayor, en el que resultaba imposible exigirle al demandante una conducta distinta a la que efectivamente agotó”.

“De manera concentrada y sumaria, la UAEMC [Migración Colombia] procedió a expedir el acto sancionatorio, aprovechándose de la aceptación de los cargos y de la renuncia de los términos procesales que hizo el actor, quien ciertamente es una persona que ignora las normas constitucionales, legales y administrativas que regulan los procesos migratorios en Colombia, y por tanto, se trata de una persona desinformada de los contenidos normativos que regulan sus derechos, y en ese escenario desde la perspectiva del derecho constitucional las autoridades colombianas fueron desleales con su deber de protección especial que merecía [el accionante]”.

Las actuaciones administrativas acusadas [sanción de deportación y no revocación de la sanción] son constitutivas de una vía de hecho administrativa por múltiples causas, a saber: (i) por defecto procedimental, (ii) por defecto fáctico, (iii) por defecto sustantivo y (iv) por violación directa de la Constitución.

Protección a la unidad familiar:

La Corte Constitucional ha mantenido su posición en relación a que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental de los menores y de los adultos, que genera para las autoridades públicas competentes un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables que destruyan o amenacen la unidad familiar.

La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, inicialmente al imponer la sanción de deportación contra el actor, y luego al negar la petición de revocatoria directa formulada contra el acto de deportación, incurrió en una conducta activa que amenaza los derechos fundamentales del tutelante y en especial los derechos prevalentes de su menor hijo.

Configuración de vía de hecho administrativa:

“Las autoridades migratorias colombianas al ordenar inicialmente la deportación cuestionada, y posteriormente al denegar su revocatoria directa, incurren en una actuación administrativa ilegítima, por incursión en defectos de linaje procedimental, fáctico, sustantivo, y en violación directa de contenidos constitucionales relevantes”.

La actuación administrativa cuestionada está incurso en **defecto fáctico**. Pese a que el accionante informó los riesgos contra su vida e integridad personal y las peripecias que debió sortear para desertar de la Misión Médica a la que fue obligado a participar, en la parte motiva de la resolución de deportación no se mencionan los argumentos o a las pruebas que expuso el actor para justificar su ingreso irregular al territorio colombiano.

La actuación administrativa cuestionada adolece de **defecto procedimental**, el cual se evidencia a partir de la grosera violación de las etapas, de sus contenidos y de los términos previstos en el art. 47 y ss. de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en cuanto al trámite garantista de las actuaciones administrativas de tipo sancionatorio.

“Nótese que le bastó a las autoridades migratorias colombianas decir que el accionante se había allanado a los cargos y había renunciado a los términos para concentrar la función administrativa y expedir en un mismo día las actuaciones de apertura de la investigación, formulación de cargos y la imposición de la sanción de deportación. Este procedimiento es a todas luces irregular, en la medida que las etapas sustanciales, como la de presentar descargos, presentar y controvertir pruebas y el momento de alegaciones finales, fueron actuaciones que resultaron ignoradas en desmedro de los derechos de la persona sancionada”.

Las actuaciones administrativas acusadas son **violatorias de normas constitucionales**, entre estas, la unidad familiar y los derechos de los niños.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Resolvió:

Tutelar al migrante sancionado y su hijo colombiano los derechos fundamentales invocados, entre estos, el derecho al debido proceso y a la unidad familiar.

Dejar sin efecto el acto administrativo sancionatorio de deportación y el de negación de la solicitud de revocación directa de la deportación.

Ordenó:

A Migración Colombia dar inicio a la actuación administrativa sancionatoria “con sujeción plena a las etapas, los contenidos y los términos que da cuenta el artículo 47 y demás disposiciones pertinentes del C.P.A.C.A.”.

Al accionante acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores para regularizar su situación.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. T-500 de 2017. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. T- 1082 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Relevancia del fallo

La importancia de este fallo radica en los siguientes aspectos:

Ratifica la aplicación del derecho al debido proceso a las actuaciones administrativas y, a partir del caso concreto, se identifican las distintas maneras en las cuales Migración Colombia violó el debido proceso del accionante.

Establece que las actuaciones administrativas acusadas configuran una vía de hecho por incurrir en defectos fáctico y procedimental y que, además, son contrarias a normas constitucionales.

A diferencia de lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia T-143 de 2019, el juez de instancia le da pleno valor a la información sobre la configuración del contexto familiar del sancionado, es decir, la existencia de un hijo menor de edad, nacional colombiano, aun cuando esto sólo fue conocido por la autoridad migratoria con posterioridad al procedimiento sancionatorio.

1.2. Procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado y obtención de visados

1.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-250 de 2017
<p style="text-align: center;">Identificación de la providencia</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala tercera de revisión • Tipo de providencia: Tutela (T) • Número de providencia o radicación: T-250 de 2017 (expediente T-5.799.581) • Tipo de proceso: acción de tutela • Fecha: 26 de abril de 2017 • Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-250-17.htm
<p style="text-align: center;">Tema</p> <p>Debido proceso</p>
<p style="text-align: center;">Subtemas</p> <p>Subsidiariedad en la acción de tutela</p> <p>Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el marco del procedimiento administrativo de reconocimiento de la condición de refugiado</p> <p>Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el trámite de obtención de visa de trabajo iniciado por un extranjero</p>

Hechos

La Corte Constitucional estudió la tutela interpuesta por una pareja de nacionales venezolanos, padre y madre de dos menores de edad, también nacionales venezolanas, quienes solicitaron la protección de varios derechos fundamentales, entre estos el debido proceso, violado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE).

En este caso, la Corte evaluó si el MRE vulneró el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes al: (i) responder de manera negativa su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; (ii) aprobar a su favor una medida complementaria que les comunicó mediante correo electrónico; y (iii) responder de manera negativa su solicitud de visado de trabajo, sin exponer de forma clara las razones de la decisión.

La Corte concluye que no se violó el debido proceso en las actuaciones administrativas mediante las cuales se negó el reconocimiento de la condición de refugiado y se otorgó la medida complementaria. Por el contrario, sí se violó el derecho al debido proceso en el procedimiento de estudio de la visa de trabajo por falta de motivación suficiente, toda vez que la accionada no explicó las razones por las cuales no se podía eximir al accionante de su deber de aportar un pasaporte vigente, ni puso en su conocimiento por qué la oferta laboral que había recibido no se ajustaba a las políticas migratorias del Estado.

Procedimiento

Primera instancia: sentencia de 8 de junio de 2016 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que concedió la tutela por los derechos al debido proceso y a la dignidad humana y los derechos de los niños.

Segunda instancia: sentencia del 11 de agosto de 2016 de la Sección Segunda – Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia de primera instancia.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Subsidiariedad en la acción de tutela:

Por regla general, es improcedente la acción de tutela contra actos administrativos, por cuanto los medios de control y las medidas cautelares establecidos en la Ley 1437 de 2011 se presumen idóneos y eficaces para adelantar el control de legalidad de dichos actos.

Por regla general el recurso idóneo y efectivo para controvertir las resoluciones del MRE, mediante las cuales se resuelve una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, se cumple el requisito de subsidiariedad y la tutela es procedente cuando, como en este caso, los accionantes no cuentan con los recursos para contratar los servicios de un abogado, requeridos para iniciar la nulidad y restablecimiento del derecho.

La acción de nulidad y restablecimiento no constituye una vía judicial idónea para garantizar que la persona a quien se le ha negado la condición de refugiado, en violación de sus derechos fundamentales, no sea obligada a abandonar el territorio nacional, y más aún cuando en el país de destino su vida e integridad personal corran peligro, caso en el cual la acción de tutela será procedente.

Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el marco del procedimiento administrativo de reconocimiento de la condición de refugiado:

El debido proceso aplica no sólo en actuaciones judiciales, sino también administrativas. En este segundo escenario, este derecho puede ser definido como el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, con el propósito de cumplir fines como los siguientes: “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

El procedimiento de valoración de la solicitud de refugio es un procedimiento administrativo, el cual debe ser respetado a todas las personas y regido por el debido proceso.

A lo largo de los trámites administrativos que se adelantan para la concesión del estatuto del refugiado, el extranjero solicitante tiene derecho a que su caso sea examinado de manera objetiva por la autoridad administrativa competente predeterminada por la ley, a exponer libremente sus argumentos, a presentar y solicitar la práctica de pruebas conducentes y pertinentes, a ser notificado de las decisiones motivadas adoptadas en su contra y a interponer los recursos que le otorgue la ley, a contar con un traductor oficial, y en últimas, a que se respeten y agoten cada de las etapas que integran estos procedimientos administrativos. De igual manera, puede invocar ante la administración, y posteriormente ante el juez de tutela, los derechos fundamentales que le han sido reconocidos en los instrumentos internacionales sobre refugiados, bien entendido, a condición de que su situación se ajuste a los supuestos de hecho descritos en las normas internacionales.

El Estado tiene la facultad de definir en su ordenamiento interno el procedimiento que empleará para la recepción y análisis de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados. Dicho procedimiento debe ser diseñado de forma tal que respete las garantías mínimas del debido proceso, reconocidas en el artículo 29 de la Constitución. Debe concederse a las personas a quienes el Estado niegue el reconocimiento de la condición de refugiado el derecho a acudir ante una autoridad judicial para controvertir la decisión, en aplicación de lo señalado en el artículo 229 de la Constitución.

Al ser el derecho fundamental al debido proceso un presupuesto esencial de la legalidad de las actuaciones y procedimientos administrativos, en los cuales se vea envuelta la garantía de la protección y realización de los derechos de las personas, su efectividad no puede apreciarse como algo estrictamente formal.

Alcance del derecho fundamental al debido proceso en el trámite de obtención de visa de trabajo iniciado por un extranjero:

El debido proceso debe ser observado en todas las actuaciones judiciales y administrativas. Este derecho, con todo, no aplica de la misma forma frente a cualquier actuación del Estado.

Existen ámbitos en los que la discrecionalidad es mayor, lo cual implica menores restricciones al ejercicio de las actuaciones de las autoridades migratorias. Tal es el caso de los trámites de las solicitudes de visa.

El ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades colombianas no puede ser entendido como sinónimo de arbitrariedad. En el caso de las facultades de la División de Visas del MRE, se trata de un poder discrecional cuyo ejercicio se encuentra ligado al debido proceso en mayor o menor grado, de acuerdo con las circunstancias propias de cada caso. En el evento, por ejemplo, del otorgamiento de una visa a un ciudadano, dicha discrecionalidad es mayor, pues se trata del ejercicio soberano para decidir acerca del ingreso o no al territorio nacional. Sin embargo, esa determinación debe, de conformidad con el ordenamiento jurídico, gozar de una motivación que le sirva de causa a las autoridades para adoptarla.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Resolvió:

Revocar la sentencia de segunda instancia y en su lugar **conceder** el derecho al debido proceso administrativo.

Dejar sin efectos el procedimiento de visado de trabajo.

Ordenó:

Al MRE valorar nuevamente la solicitud de visado formulado por el accionante, la cual debe realizarse con estricta aplicación de las garantías del debido proceso.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte Constitucional. T-704 de 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Relevancia del fallo

A pesar de que la protección del derecho al debido proceso fue parcial y que la Corte no tuvo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de la familia accionante, este fallo es relevante porque:

Reitera la aplicación del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas.

Advierte que las garantías del derecho fundamental al debido proceso son aplicables a los procedimientos a cargo del MRE, relacionados con: estudio de visas, reconocimiento de la condición de refugiado y otorgamiento de medidas complementarias.

Reconoce que un acto administrativo que niega un visado y que no es suficientemente motivado, o carece de motivación, resulta violatorio del derecho fundamental al debido proceso.

Observaciones

Este caso contó con la intervención realizada por el Programa de Asistencia Legal a Víctimas del Consultorio Jurídico de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta, que asesoró a los accionantes desde el momento en que les fue negado el reconocimiento de la condición de refugiado.

1.2.2. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera, Subsección “A” Sentencia de 20 de agosto de 2020

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Tribunal Administrativo de Cundinamarca
- **Sala/Sección:** Sección primera, Subsección “A”
- **Tipo de providencia:** sentencia de segunda instancia
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 20 de agosto de 2020
- **Magistrado ponente:** Luis Manuel Lasso Lozano

Tema

Debido proceso

Subtemas

Plazo razonable como garantía del debido proceso

Hechos

En sede de tutela, en segunda instancia, el Tribunal estudia la demanda presentada por un grupo de 39 nacionales venezolanos, quienes se encontraban adelantando solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE). Los tutelantes se vieron obligados a huir de su país e ingresar a Colombia por distintas situaciones que estaban viviendo en Venezuela (secuestro, persecución, amenazas y discriminación). Los accionantes solicitan la protección de varios derechos fundamentales, entre estos al debido proceso, toda vez que no se les ha resuelto su solicitud de refugio, situación que les impide ejercer cualquier actividad económica en Colombia, en tanto titulares de salvoconducto SC2.

Procedimiento

La Sala decide la impugnación interpuesta por los accionantes y el MRE contra el fallo de tutela de 7 de julio de 2020, proferido por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., mediante el cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Plazo razonable como garantía del debido proceso:

Si bien existe un procedimiento para resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, tal como lo reconoce el MRE, no existe un término para llamar a entrevista a los solicitantes ni para la resolución de la solicitud de refugio. Esta circunstancia permite advertir la carencia de un plazo razonable, situación que desconoce el artículo 8.1. sobre “Garantías judiciales” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Resulta del caso precisar que si bien esta norma se refiere a las garantías judiciales, ésta no se limita a los recursos judiciales sino que se extiende a cualquier autoridad, incluidas las administrativas.

Sobre la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriendo la jurisprudencia de la Corte Europea sobre la materia, estableció los elementos que integran el concepto de plazo razonable, así: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

En el caso sometido a estudio, si bien el Tribunal afirma que se trata de un proceso que reviste cierta **complejidad**, el plazo entre nueve (9) meses y dos (2) años que se ha tomado la entidad para resolver las solicitudes de refugio se debe compaginar con la situación humanitaria que se pretende resolver, dadas las razones de persecución, amenaza y discriminación, en particular, que se aducen como motivo de la petición de refugio.

En cuanto a la **actividad de los interesados**, los accionantes acudieron a los medios legales existentes, esto es, han cumplido con las etapas previstas en las normas aplicables al caso. Lo anterior, con excepción de tres solicitantes quienes no respondieron los requerimientos de la entidad, razón por la cual no se les amparan los derechos fundamentales invocados.

En cuanto a la **conducta de las autoridades**, se advierte que aún se encuentra pendiente la etapa de entrevista, tal como lo reconoce el MRE en el informe rendido en el curso de la acción de tutela.

Teniendo en consideración que el proceso ha tardado más de tres (3) meses, plazo fijado para la vigencia del salvoconducto, el Tribunal estima que se ha excedido el término razonable para agotar la etapa de la entrevista, pues por ello fue que se fijó dicho lapso.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Resolvió:

Confirmar el fallo de tutela de primera instancia que había **concedido** la tutela por violación al derecho fundamental al debido proceso y había ordenado al MRE adelantar los trámites para realizar la entrevista a los accionantes, en un término máximo de 20 días hábiles.

Ordenó:

Modificar la orden sobre el término en el cual el MRE debía llamar a entrevista a los solicitantes (20 días hábiles). En su lugar, el MRE debe citar a los accionantes para entrevista dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020.

Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 21, Serie C No. 30, Serie C No. 45.

Relevancia del fallo

Este fallo es muy importante porque:

Reitera que el debido proceso es un derecho fundamental aplicable a las actuaciones administrativas, lo cual es un criterio supremamente consolidado y pacífico en la jurisprudencia constitucional colombiana, así como en la de la Corte IDH.

Retoma jurisprudencia de la Corte IDH para precisar el alcance de “término razonable” como garantía del debido proceso, aplicable a las actuaciones judiciales y administrativas. De allí, el Tribunal encuentra que la ausencia de un término razonable para decidir las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, en general, y para llamar a los solicitantes a la entrevista, en particular, desconoce el artículo 8.1. sobre “Garantías judiciales” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a su vez, es violatoria del derecho fundamental al debido proceso.

Señala que el “término razonable” para adelantar el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado debería ser, como máximo, el término de vigencia del salvoconducto (3 meses).

Emite la orden perentoria al MRE de llamar a entrevista a los solicitantes en un término máximo de 48 horas, lo que resulta siendo aún más garantista de lo que había sido la sentencia de primera instancia.

Además, este caso fue seleccionado por la Corte Constitucional para su revisión.

2. Derecho a la nacionalidad

La jurisprudencia sobre el derecho a la nacionalidad, cuyas fichas se encuentran en esta sección, reúne pronunciamientos de la Corte IDH, de la Corte Constitucional de Colombia y de los jueces de instancia de tutela del país. A través de este conjunto de sentencias se han abarcado, en particular, tres aspectos relacionados con el derecho a la nacionalidad de personas migrantes y de hijos de personas migrantes. En primer lugar, los obstáculos a los cuales se enfrentan las personas migrantes que quieren realizar el registro extemporáneo como nacionales colombianos. El segundo aspecto, trata de la forma cómo la falta de acceso a documentos de identificación y la imposibilidad de registrar el nacimiento conlleva la violación del derecho a la nacionalidad de menores de edad. Finalmente, el tercer aspecto trata de las dificultades que enfrentan los nacionales extranjeros para demostrar estar domiciliados en Colombia, con el fin de que sus hijos adquieran la nacionalidad colombiana por nacimiento.

El primer aspecto lo aborda, en especial, un conjunto de sentencias de tutela de la Corte Constitucional colombiana y trata, en particular, de los requisitos a cumplir para poder efectuar el registro extemporáneo del nacimiento de personas ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, tanto mayores como menores de edad, nacidas en el extranjero de padres colombianos. En especial, estos casos se fundamentan en la imposibilidad de presentar el registro de nacimiento apostillado que enfrentan los accionantes, todos nacionales venezolanos, lo cual se traduce, a su vez, en la negativa del acceso a la nacionalidad colombiana por derecho de sangre.

A partir de 2013, la Corte Constitucional reitera en sus sentencias la relación que existe entre el derecho a la nacionalidad y a la personalidad jurídica, para lo cual poder inscribir el nacimiento en el registro civil es fundamental. De la misma forma, sostiene que el derecho a la nacionalidad es instrumental para el goce de los demás derechos, aspecto particularmente importante cuando se trata de niños y niñas, cuyos derechos prevalecen sobre los derechos de los demás y cuyo interés superior debe considerarse en todas las actuaciones de las autoridades. Además, en todos los casos decididos por la Corte, ésta determina que es posible suplir la falta de la apostilla en los documentos presentados a través de la declaración jurada de dos testigos que hayan presenciado, asistido o tenido noticia del nacimiento, tanto de personas mayores como menores de edad. Inclusive, esta declaración podrá presentarse ante notario.

Ante la pérdida de vigencia el 14 de noviembre de 2020 de la Circular 121 de 2016 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cual establecía que era posible presentar la declaración de dos testigos hábiles con el fin de suplir la falta de la apostilla en los documentos en este tipo de casos, esta jurisprudencia representa una herramienta fundamental. Esto es así, ya que las circunstancias que dieron origen a la expedición de la Circular siguen presentes, siendo todavía imposible o muy complejo acceder a la apostilla para los nacionales venezolanos. Así lo reconoce la sentencia de tutela de instancia que se encuentra en esta sección.

El segundo aspecto de este cuerpo jurisprudencial se encuentra desarrollado en dos pronunciamientos de la Corte IDH, a saber, en la sentencia sobre el caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana de 2005 y sobre el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana de 2014. En estas decisiones, la Corte IDH entiende que impedir el acceso al registro de nacimiento de niños y niñas nacidos en el territorio estatal y a documentos de identificación, conlleva una violación de sus derechos a la nacionalidad, a la identidad, personalidad jurídica y nombre. Así mismo, la Corte afirma que los Estados tienen el deber de no adoptar regulaciones discriminatorias o con efectos discriminatorios hacia ciertos grupos respecto a su acceso a la nacionalidad y que deberán evitar adoptar regulaciones que conlleven un aumento de las personas apátridas.

Este aspecto se relaciona con un tercer grupo de sentencias en las cuales la Corte Constitucional de Colombia aborda las consecuencias que se derivan de la necesidad para los padres extranjeros de niños y niñas nacidos en el territorio nacional de demostrar estar domiciliados en el país al momento del nacimiento de sus hijos, con el fin de que estos puedan acceder a la nacionalidad colombiana por nacimiento. Estos casos son relevantes ya que sigue vigente la interpretación según la cual un extranjero sólo se considerará como domiciliado en el territorio nacional cuando sea titular de una visa como Migrante (M) o como Residente (R). En dos sentencias de 2015 y 2021, respectivamente, la Corte deja claro que la determinación de si un extranjero se encuentra domiciliado en territorio colombiano al momento del nacimiento de su hijo debe llevarse a cabo a partir de lo que el Código Civil establece respecto al domicilio, el cual admite diversos medios de prueba, más allá de la titularidad de una visa específica.

Finalmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre un vacío importante del ordenamiento jurídico colombiano: la falta de un procedimiento que permita declarar la situación de apatridia de personas menores y mayores de edad nacidas en el extranjero. Aunque éste es un vacío que la Ley 2136 de 2021 debería llenar, la Corte ordena al Ministerio de Relaciones Exteriores que determine el mecanismo idóneo para permitir el goce de los derechos fundamentales a la menor de edad que se encuentra en esta situación.

2.1. Registro extemporáneo de nacionalidad

2.1.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-212 de 2013
<p>Identificación de la providencia</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Sexta de Revisión • Tipo de providencia: Tutela (T) • Número de providencia o radicación: T-212 de 2013, Expediente T-3706408 • Tipo de proceso: acción de tutela • Fecha: 15 de abril de 2013 • Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-212-13.htm
<p>Tema</p> <p>Derecho a la nacionalidad Derecho a la personalidad jurídica</p>
<p>Subtemas</p> <p>Registro extemporáneo de nacimiento ocurrido en el extranjero por falta de la apostilla en el acta de nacimiento extranjera</p>
<p>Hechos</p> <p>Los accionantes, nacionales colombianos, acuden a diversas notarías con el fin de registrar de forma extemporánea el nacimiento de su hija, el cual ocurrió en Venezuela. Sin embargo, esto no resulta posible por la falta de la apostilla en el registro civil de nacimiento de la menor.</p> <p>El Consulado de Venezuela en Medellín les informa que la apostilla requerida solo puede realizarse en territorio venezolano. Los accionante declaran no contar con los recursos económicos para sostener este viaje y ser personas desplazadas registradas en el Registro Único de Población Desplazada. Además, la accionante y madre de la menor sostiene que su hija necesita atención en salud. Por todo ello, los accionantes interponen acción de tutela solicitando que se tutelén los derechos a la nacionalidad, a la personalidad jurídica, a la igualdad y, consecuentemente, a la salud y dignidad humana de su hija menor de edad.</p>

Procedimiento

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de única instancia, niega el amparo de los derechos fundamentales supuestamente violados, argumentando que las entidades accionadas no incurrieron en ninguna violación de los derechos fundamentales de su hija. Esto, porque actuaron de conformidad a la ley, la cual establece unos requisitos para el registro extemporáneo del nacimiento que los accionantes no cumplieron.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Derecho fundamental a la personalidad jurídica

En primer lugar, la Corte ahonda en el derecho fundamental a la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 14 constitucional. Recuerda que su reconocimiento es condición *sine qua non* para que la persona posea los atributos de la personalidad, los cuales constituyen la esencia de su personalidad jurídica. Así, reitera que la filiación es un atributo de la personalidad por estar íntimamente ligada al estado civil de la persona. En este sentido, dado el carácter fundamental de este derecho, el Estado está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para que este derecho se pueda ejercer de forma plena, eliminando todos los obstáculos para ello. Esto es imperioso, además, tratándose de menores de edad, los cuales gozan de especial protección por parte del Estado y, sobre todo, cuando estas barreras son “meros formalismos” que no contribuyen a la garantía del derecho y conllevan la desprotección de otros derechos, como puede ser el derecho a la salud.

Derecho a la nacionalidad

Respecto al derecho a la nacionalidad, la Corte reitera que la adquisición de la nacionalidad por parte de las personas nacidas en el extranjero de padres colombianos se materializa a través de su inclusión en el registro civil. La normativa vigente señala que, para los casos de registro extemporáneo de estos nacimientos, deberán presentarse documentos auténticos o, en caso de no contar con ellos, esta falta podrá suplirse con las declaraciones juramentadas de dos testigos hábiles que puedan dar fe del nacimiento.

Caso concreto

La Corte recuerda que los padres de los menores son responsables de la protección de los derechos de sus hijos, así que, en este caso, hubieran tenido que actuar para registrar el nacimiento de la menor ante el consulado colombiano en Caracas, apostillar los documentos necesarios y realizar los trámites para su afiliación al SGSSS.

En segundo lugar, con base en el marco normativo vigente, establece que el ordenamiento prevé una solución jurídica práctica, la cual permite excepcionalmente registrar los nacimientos extemporáneos a falta de documentos debidamente apostillados, a través de las declaraciones juramentadas de dos testigos hábiles que puedan dar fe del nacimiento.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte dispone tutelar los derechos fundamentales de la niña a la nacionalidad, a la personalidad jurídica, la igualdad, la dignidad humana y la salud.

Ordena a la RNEC permitir el registro por parte de la accionante de su hija como nacional colombiana, con base en las declaraciones juramentadas de dos testigos ante notario y a la empresa promotora de salud prestar los servicios que sean requeridos.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia T-501 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Relevancia del fallo

Este fallo es relevante por (i) mostrar la forma en que la violación del derecho fundamental a la nacionalidad afecta la protección de otros derechos, como el derecho fundamental a la salud de los menores de edad en este caso; (ii) por reiterar que la normativa prevé la posibilidad de suplir la falta de la apostilla en el registro civil de nacimiento extranjero con la presentación de las declaraciones de dos testigos hábiles que puedan dar fe del nacimiento.

Esta sentencia será citada en diversas ocasiones en las sentencias T-412 de 2017, T-023 de 2018, T-241 de 2018 que, aunque en un contexto diferente, abordan problemáticas similares.

Observaciones

Aclaración y salvamento de voto, Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

El magistrado aclara su voto en cuanto sostiene que el derecho violado en este caso es el derecho a la identidad y no a la nacionalidad, como sostuvo la mayoría, en cuanto las autoridades no consideraron el registro civil de nacimiento extranjero no apostillado como documento idóneo para la identificación de la menor de edad.

El magistrado salva su voto respecto a la violación del derecho a la salud de la menor, el cual no se encuentra debidamente sustentado. Además, afirma que las personas en situación de desplazamiento tienen derecho a ser afiliadas al régimen subsidiado en salud, existiendo un deber en cabeza del Estado de atender a la menor de edad. Por ello, considera que hubiera sido necesario averiguar la razón por la cual se negó la atención en salud a la menor y, eventualmente, ordenar su afiliación al sistema de salud en el régimen subsidiado.

Corte Constitucional Sentencia T-421 de 2017	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Sexta de Revisión • Tipo de providencia: Tutela (T) • Número de providencia o radicación: T-421 de 2017 • Tipo de proceso: acción de tutela • Fecha: 4 de julio de 2017 • Magistrado ponente: Iván Humberto Escruce Mayolo • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-421-17.htm 	
Tema	
Derechos fundamentales a la nacionalidad y personalidad jurídica de extranjeros	
Subtemas	
<p>Registro extemporáneo de nacionalidad por nacimiento ocurrido en el extranjero.</p> <p>Imposibilidad de apostillar documentos en Venezuela.</p>	
Hechos	
<p>El accionante es un nacional venezolano de padre colombiano que reside en Colombia. La Registraduría Distrital de Barranquilla niega la inscripción extemporánea de su nacimiento como nacional colombiano porque este no cuenta con los documentos necesarios apostillados. El actor afirma que necesita de su registro civil de nacimiento para poderse afiliar al SGSSS.</p> <p>El accionante sostiene que para apostillar los documentos es necesario que regrese a Venezuela, lo cual se le dificulta. Además, sostiene que el gobierno de Venezuela no está llevando a cabo estos procedimientos. Por ende, solicita a la Registraduría que le permita subsanar la falta de la apostilla a través de la presentación de dos (2) testigos. Este es un mecanismo excepcional establecido para suplir el requisito de la apostilla, adoptado con base en la situación que atraviesa Venezuela.</p> <p>La Registraduría afirma que el accionante no puede beneficiarse de este mecanismo excepcional, el cual únicamente se aplica a los menores de edad que no cuenten con registro civil de nacimiento venezolano debidamente apostillado.</p>	
Procedimiento	
El accionante interpone acción de tutela reclamando la vulneración de sus derechos fundamentales a la nacionalidad, personalidad jurídica, dignidad humana y salud. En sentencia de	

única instancia, el Juzgado 19 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Barranquilla declara improcedente la acción de tutela, ya que el accionante cuenta con otros medios de defensa. Afirma, además, que el accionante no ha aportado pruebas que indiquen que ha adelantado los trámites ante la Registraduría para la obtención de su registro, ni de haber aportado los documentos apostillados requeridos. Finalmente, señala que las dificultades respecto a su traslado a Venezuela para realizar la apostilla deben matizarse, por la habilitación por horas del tránsito por los pasos fronterizos hacia Venezuela.

Consideraciones (reglas y subreglas)

La idoneidad de la acción de tutela

En primer lugar, la Corte reitera que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de defensa judicial que las personas extranjeras pueden utilizar para requerir la protección inmediata de aquellos derechos fundamentales que puedan sufrir un perjuicio irremediable. Respecto al caso concreto, la Corte reconoce que el accionante se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad por ser extranjero y que el perjuicio a sus derechos podría ser irremediable de no darse solución inmediata a su situación. En este sentido, reconoce que de utilizarse el mecanismo ordinario –la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en este caso– se extendería por un tiempo largo la definición de una respuesta ante sus necesidades apremiantes.

El derecho fundamental a la nacionalidad es instrumental para el goce de otros derechos

En segundo lugar, con fundamento en instrumentos de derecho internacional y en jurisprudencia de la Corte IDH y de la CIJ, la Corte recuerda que la nacionalidad es, más allá de un vínculo político y jurídico entre un individuo y un Estado, un derecho fundamental instrumental para el goce de otros derechos. De igual forma, con base en el artículo 96 constitucional y en la Ley 43 de 1993 que lo desarrolla, afirma que la adquisición de la nacionalidad por nacimiento de personas nacidas en el extranjero ocurre a través de la inclusión de su información en el registro civil. El registro es fundamental para el reconocimiento de la personalidad jurídica y para el ejercicio de otros derechos relacionados.

Es posible suplir la falta de la apostilla con la declaración de dos testigos en este caso

Respecto a los nacimientos ocurridos en el extranjero de nacionales colombianos, las normas vigentes establecían que había que aportar registro civil de nacimiento extranjero debidamente apostillado. En su defecto, y como mecanismo excepcional, la falta de estos documentos podía subsanarse presentando dos (2) testigos que hubieran presenciado, asistido o tenido noticia del nacimiento y que dieran su declaración jurada. Fue a raíz de la sentencia T-212 de 2013 de la Corte Constitucional que la RNEC expidió una serie de circulares (no. 121 y 216 de 2016) reconociendo la posibilidad de utilizar este mecanismo excepcional a falta de documentos apostillados.

Respecto al caso concreto, afirma que requerir al accionante regresar a Venezuela para apostillar sus documentos consistiría en una carga desproporcionada, considerando además que este sostuvo que las autoridades venezolanas no estaban apostillando documentos en aquel momento. La dificultad de acceder a la apostilla para los nacionales venezolanos es igualmente reconocida por la RNEC y por un oficio de la Cancillería.

La prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal

En seguida, la Corte reitera que el derecho sustancial prevalece sobre el procesal, toda vez que la norma procesal es instrumental para la garantía del derecho sustancial, de acuerdo con el artículo 228 constitucional. En el caso concreto, esto resulta en afirmar que la RNEC incurrió en un exceso ritual manifiesto. Esto es así toda vez que ni el precedente constitucional (Sentencia T-212 de 2013) ni el Decreto de la RNEC aplicable restringen a los menores de edad la posibilidad de subsanar la falta de documentos apostillados para el registro extemporáneo del nacimiento ocurrido en el extranjero con las declaraciones de dos (2) testigos ante funcionario del registro o notario.

La atención en salud para los nacionales y extranjeros

Finalmente, sobre la necesidad de afiliarse al SGSSS del accionante, la Corte recuerda que los extranjeros, así como los nacionales, deberán ser afiliados según la modalidad que corresponda, presentando los documentos necesarios para ello. De todas formas, quienes no cuenten con capacidad de pago y/o no estén afiliados, deberán ser atendidos cuando requieran atención básica en casos de urgencia.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte resuelve revocar la sentencia de única instancia y conceder la protección de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y nacionalidad. Además, solicita que se incluya el accionante entre los nacionales venezolanos priorizados por la Comisión Intersectorial de Migración – CNIM de la Cancillería, con el fin de que logre su afiliación al SGSSS, hasta que no se resuelva su situación.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte IDH. Caso Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Corte IDH. Caso Castillo Petrucci Vs. Costa Rica. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de mayo de 1999., Serie C No. 52.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte Internacional de Justicia. Caso Nottebohm, Liechtenstein Vs. Guatemala. Sentencia 6 de abril de 1955.

Relevancia del fallo

El fallo es relevante por: (i) reconocer que el accionante se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad por ser extranjero; (ii) que requerirle regresar a Venezuela para apostillar los documentos representa una carga desproporcionada; (iii) que la RNEC ha reconocido que los nacionales venezolanos enfrentan obstáculos que pueden ser insuperables para apostillar los documentos y que, por ende, es necesario prever mecanismos excepcionales.

La relevancia de este fallo, además, se comprende considerando que la RNEC rehusó extender nuevamente la vigencia de la Circular 121 de 2016, la cual perdió vigencia en noviembre de 2020. Esto significa que, a julio del 2021, se requiere la presentación de documentos apostillados para poder realizar el registro extemporáneo de nacionalidad de hijos de nacionales colombianos nacidos en Venezuela. Esto es así, a pesar de que las dificultades relativas a la apostilla de documentos no han cesado para los nacionales venezolanos.

Observaciones

Salvamento parcial de voto, magistrado Alberto Rojas Ríos. En primer lugar, el magistrado afirma que en el presente caso hubiera tenido que reconocerse la violación del derecho al debido proceso del accionante por parte de la RNEC.

En segundo lugar, asevera que la RNEC incurrió en defecto sustantivo y no en exceso ritual manifiesto, en cuanto la vulneración del derecho no derivó de la aplicación de un requisito procedimental de forma tan estricta que llegó a perjudicar las garantías sustanciales, sino que se desconoció de plano lo previsto en las normas jurídicas aplicables.

En tercer lugar, sostiene que se han conocido casos similares al que es objeto de esta sentencia. Por ende, la Corte hubiera tenido que exhortar a la RNEC a expedir lineamientos claros y conformes a la normativa aplicable en estos casos.

Intervención. Las coordinadoras de la Clínica Jurídica Grupo de Aplicación del Derecho Internacional en Colombia de la Universidad del Rosario intervinieron en el presente caso. Argumentan que el mecanismo excepcional previsto por la RNEC que permite presentar dos (2) testigos para suplir la falta de documentos apostillados es aplicable al caso en estudio.

Corte Constitucional Sentencia T-023 de 2018

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Octava de Revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-023 de 2018
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 5 de febrero de 2018
- **Magistrado ponente:** José Fernando Reyes Cuartas
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-023-18.htm

Tema

Derecho a la nacionalidad de niños y niñas nacidos en el extranjero

<p>Subtemas</p> <p>Registro extemporáneo del nacimiento de nacionales colombianos nacidos en el extranjero.</p> <p>Prevalencia de los derechos de niños y niñas sobre los derechos de los demás.</p> <p>Fundamentalidad del registro civil para el reconocimiento de la nacionalidad.</p>
<p>Hechos</p> <p>El accionante, nacional colombiano, actúa en nombre de su hija, de dos (2) años de edad, nacida en Venezuela, la cual padece una enfermedad grave y necesita ser afiliada al SGSSS. La Registraduría Especial del Distrito de Barranquilla se negó a realizar el registro civil extemporáneo de nacimiento de la menor, toda vez que el accionante no presentó el registro civil de nacimiento venezolano de la menor debidamente apostillado. Esto, con fundamento en lo establecido por la Circular No. 052 del 29 de marzo de 2017 de la RNEC. El accionante interpone acción de tutela contra la Registraduría Especial del Distrito de Barranquilla por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la nacionalidad, personalidad jurídica, dignidad humana y salud de su hija, menor de edad.</p>
<p>Procedimiento</p> <p>El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla declaró improcedente la acción de tutela, porque la Registraduría Especial del Distrito de Barranquilla no tenía legitimación por pasiva en este caso. El Juzgado Once Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla confirmó el fallo de primera instancia, sosteniendo, además, que el juez de tutela no es competente para resolver lo solicitado. Para ello, deberá acudir al funcionario registral competente.</p>
<p>Consideraciones (reglas y subreglas)</p> <p>Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. El registro civil es fundamental para el reconocimiento de la nacionalidad.</p> <p>En primer lugar, la Corte ahonda en la prevalencia de los derechos de los menores de edad sobre los derechos de los demás y sobre el carácter fundamental del derecho a la nacionalidad, según lo establecido por el artículo 44 superior. De igual forma, recuerda que para que la nacionalidad se materialice, así como otros atributos de la personalidad, se necesita un reconocimiento por parte del Estado, para lo cual el registro civil es fundamental.</p> <p>En segundo lugar, reitera que, con base en el artículo 14 constitucional, el Estado tiene que adoptar todos los mecanismos necesarios y proveer los medios para que se pueda ejercer la personalidad jurídica, sin obstáculos injustificados. En este sentido, recuerda que la nacionalidad es un atributo de la personalidad.</p> <p>En tercer lugar, afirma que el Decreto 356 de 2017 del Ministerio de Justicia y del Derecho (art. 2.2.6.12.3.1.) establece que para el registro extemporáneo del nacimiento de personas nacidas en el extranjero, la falta del registro civil de nacimiento apostillado podrá suplirse con la presentación de dos testigos, los cuales deben “haber presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento del solicitante”. Posteriormente, recuerda que la RNEC</p>

expidió la Circular 064 de 2017 que prevé que la declaración de dos (2) testigos que den fe del nacimiento ocurrido en Venezuela suple la falta de documentos apostillados.

El derecho al debido proceso

Sucesivamente, la Corte afirma que el derecho fundamental al debido proceso se aplica a las actuaciones administrativas y, en particular, garantiza la correcta producción de los actos administrativos. Así, este derecho fundamental se considerará vulnerado cuando la autoridad pública, en ejercicio de su función administrativa, no actúa de conformidad con la ley en la adopción de sus decisiones.

En el caso concreto, la Registraduría accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la accionante, al desconocer la norma que preveía la posibilidad de suplir la falta de documentos apostillados con la presentación de dos testigos. A pesar de que la autoridad dio prueba de conocer la norma, no la aplicó al caso. Además, no consideró que tratándose de una menor de siete (7) años, el procedimiento para la inscripción hubiera podido adelantarse ante cualquier registraduría del país. Igualmente, la Corte recuerda que este procedimiento excepcional se creó a raíz de la crisis humanitaria que atraviesa Venezuela, lo cual hace irrazonable obligar a realizar el trámite de apostilla. Esto considerando que es complejo entrar y salir de Venezuela. Esta vulneración es todavía más grave en este caso, tratándose de una menor de edad que, por esta razón, no ha podido ser afiliada al SGSSS.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte resuelve revocar las decisiones de instancia y conceder el amparo de los derechos fundamentales a la nacionalidad, personalidad jurídica, debido proceso y salud de la menor. También, ordena a la Registraduría Especial de Barranquilla proceder a realizar el registro extemporáneo del nacimiento de la menor, siempre y cuando el padre pueda presentarse con dos (2) testigos que den fe del nacimiento. Insta al accionante que, tras darse la inscripción del nacimiento, adelante los trámites para afiliar su hija al SGSSS.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia T-485 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional. Sentencia T-729 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional. Sentencia C-451 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Relevancia del fallo

Esta sentencia dialoga con la sentencia T-421 de 2017 y reitera la relevancia para la garantía del derecho a la nacionalidad de la posibilidad de suplir la falta de documentos apostillados con la presentación de dos (2) testigos, en el marco del registro extemporáneo del nacimiento

de un nacional colombiano nacido en el extranjero de padres colombianos. Esta es una jurisprudencia relevante a la luz de la falta de extensión de la vigencia de la Circular 064 de 2017 de la RNEC, la cual ha dejado de ser vigente en el mes de noviembre de 2020.

Corte Constitucional Sentencia T-241 de 2018

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Sexta de Revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-241 de 2018
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 26 de junio de 2018
- **Magistrado ponente:** Gloria Stella Ortiz Delgado
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-241-18.htm

Tema

Derecho a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de adultos y menores de edad

Subtemas

Registro extemporáneo del nacimiento ocurrido en el extranjero

Hechos

En este caso, la Corte Constitucional acumula siete expedientes, en cinco de los cuales los accionantes son mayores de edad y en dos son menores de edad. Las acciones son interpuestas por sus padres. Se trata en todos los casos de nacionales venezolanos los cuales afirman que al menos uno de sus padres es nacional colombiano.

En cinco casos, los accionantes acuden a la Registraduría Especial Distrital competente solicitando la inscripción extemporánea de su nacimiento por ser hijos de nacionales colombianos. Esta les es negada porque no cuentan con el registro civil de nacimiento extranjero apostillado. Además, la autoridad afirma que no pueden suplir la falta de la apostilla con la presentación de dos testigos. En dos casos, los accionantes no acuden a la Registraduría sino directamente a la acción de tutela, por considerar que recibirán una respuesta idéntica a la que recibieron los demás accionantes.

Los actores en su conjunto sostienen que el actuar de la Registraduría Especial Distrital estaría vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, a la personalidad jurídica, a la nacionalidad y al estado civil. Respecto a los menores de edad, se afirma que por esta situación, además, no han podido acceder a la prestación de los servicios de salud y educación.

Procedimiento

En seis de los casos, las sentencias de única instancia negaron las pretensiones de los accionantes por considerar improcedente la acción. Esto, porque los accionantes no habían agotado el procedimiento ante la Registraduría respecto a la inscripción extemporánea del nacimiento. Además, consideraron que las autoridades accionadas actuaron de conformidad con la ley. En un solo caso, el accionante impugnó el fallo adverso de primera instancia, el cual fue confirmado en segunda instancia argumentando que la autoridad accionada actuó de conformidad a la ley.

Consideraciones (reglas y subreglas)

El actuar de la RNEC en estos casos constituye un hecho notorio

En primer lugar, la Corte considera que todas las acciones cumplen con los requisitos de procedibilidad. En particular, considera que aunque dos de los accionante no han acudido a la Registraduría antes de interponer la acción de tutela, la negativa por parte de la autoridad respecto a las pretensiones de los actores puede considerarse un hecho notorio. De igual forma, respecto al caso concreto, la Corte reconoce que para los nacionales venezolanos se presenta una imposibilidad de apostillar sus documentos, debido a la situación que enfrenta su país.

Los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a la nacionalidad

En segundo lugar, la Corte reitera que el derecho fundamental a la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 14 superior y en diversos instrumentos internacionales, es el medio a través del cual se reconoce la existencia de la persona dentro del ordenamiento jurídico. Este se materializa a través de los atributos de la personalidad, siendo la nacionalidad uno de ellos, así como un derecho fundamental autónomo. El derecho fundamental a la nacionalidad se configura en tres dimensiones: derecho a adquirir la nacionalidad, a no ser privado de ella y a cambiarla. En este sentido, la Corte recuerda que, aunque los Estados tienen discrecionalidad en la definición de las formas de adquisición de su nacionalidad, esta discrecionalidad se encuentra limitada por el deber de protección integral de los derechos humanos.

Posteriormente, la Corte ahonda en el estado civil como atributo de la personalidad y como derecho fundamental, siendo el registro civil uno de sus elementos esenciales. Por ello, la negativa respecto a la inscripción de una persona en el registro civil conlleva la negación de sus atributos de la personalidad y, en consecuencia, de los demás derechos interdependientes que derivan de los atributos.

La posibilidad de presentar dos testigos a falta de documentos apostillados se aplica a los casos de estudio

Respecto al registro extemporáneo del nacimiento de personas nacidas en el extranjero, la Corte recuerda que en su jurisprudencia previa (T-202 de 2013 y T-421 de 2017) había aclarado que tanto los menores de edad, como los adultos, cuentan con la posibilidad de suplir la falta de la apostilla en el acta de nacimiento extranjero con la presentación de dos (2) testigos que den cuenta del mismo. Así, afirma que en los casos objeto de esta sentencia debe aplicarse este mecanismo excepcional, ya que su negativa implicaría la vulneración del derecho a la nacionalidad de los accionantes, los cuales no pueden cumplir con el requisito de la apostilla. Además, esta negativa conllevaría la vulneración de los derechos a la personalidad jurídica, estado civil y, en el caso de los menores de edad, del derecho a la salud y a la educación.

En el caso concreto, requerir el cumplimiento del requisito de la apostilla sería “excesivo y desproporcionado”, dado el contexto de Venezuela. Por ende, las entidades accionadas incurrieron en un exceso de la forma, lo cual implicó la violación de los derechos fundamentales antes señalados, así como del derecho fundamental al debido proceso.

Finalmente, la Corte recuerda que los derechos de niños y niñas tienen prevalencia y que el Estado está obligado a remover los obstáculos que puedan existir para el ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de formalismos que no contribuyen a la garantía del derecho. Igualmente, subraya que la garantía de los derechos a la nacionalidad, personalidad jurídica y estado civil impactan en el acceso a la salud y educación de los menores, que son, a su vez, derechos fundamentales.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

En seis de los casos conocidos por la Corte, esta revoca las sentencias de instancia y concede el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y, en consecuencia, a la personalidad jurídica, a la nacionalidad y al estado civil de los accionantes. Igualmente, ordena a la Registraduría Especial competente aceptar como prueba alternativa a la presentación del acta de nacimiento apostillado dos testigos que puedan dar fe del nacimiento, en un trámite preferente y en un término no mayor a 48 horas.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130

Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 2017, M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo

Corte Constitucional. Sentencia T-250 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo

Relevancia del fallo

Esta sentencia reconoce de forma explícita que para los nacionales venezolanos el requerimiento de la apostilla es “excesivo y desproporcionado”, atendiendo a la situación de su país. Así, es un precedente importante a la luz de la pérdida de vigencia de la Circular 064 de 2017 de la RNEC y de la imposibilidad desde noviembre de 2020 de beneficiarse de este mecanismo excepcional.

También, se trata una sentencia fundamental en cuanto reitera la relación intrínseca que existe entre el derecho a la nacionalidad, personalidad jurídica, estado civil y otros derechos fundamentales, como la salud y la educación en el caso de los menores de edad.

Observaciones

Para dar cuenta de la situación en Venezuela, la Corte cita a CIDH. Situación de Derechos Humanos en Venezuela. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209. 31 diciembre 2017.

2.1.2. Jurisprudencia de los Tribunales y juzgados de Colombia

Juzgado 56 administrativo de Bogotá D.C Sentencia 114, 21 de mayo de 2021	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Juzgado cincuenta y seis administrativo de Bogotá D.C. • Tipo de providencia: Tutela (T) • Número de providencia o radicación: sentencia No. 114 • Tipo de proceso: acción de tutela • Fecha: 21 de mayo de 2021 • Magistrado ponente: Luz Dary Ávila Dávila 	
Tema	
Registro extemporáneo de nacimiento ocurrido en el extranjero	
Subtemas	
Persona adulta que no cuenta con acta de nacimiento extranjera apostillada	
Hechos	
<p>La accionante es nacional venezolana, nacida en este país, de madre de nacionalidad colombiana. Relata haber ingresado de forma regular al territorio nacional sellando su pasaporte. Al ingresar fue víctima de hurto y perdió los documentos apostillados que traía consigo para adelantar el trámite del registro civil extemporáneo de su nacimiento.</p> <p>En noviembre del 2020, solicitó a la RNEC competente para ello, el otorgamiento de una cita para llevar a cabo los trámite de registro extemporáneo de nacimiento bajo la vigencia de la Circular 64 de 2017 de la RNEC, la cual permitía suplir la falta de documentos apostillados con la declaración de dos testigos, siendo este un mecanismo excepcional.</p> <p>Sin embargo, a falta de disponibilidad de citas no pudo realizar este trámite y en enero del 2021 solicitó nuevamente que se le permitiera inscribir de forma extemporánea su nacimiento beneficiándose del mecanismos excepcional. Su solicitud fue negada porque el mecanismo excepcional ya no se encontraba vigente y, según la RNEC, era posible acceder a la apostilla virtualmente a través de la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela.</p> <p>Ante esta negativa, la accionante interpuso acción de tutela reclamando la vulneración de su derecho fundamental a la nacionalidad.</p>	
Procedimiento	
<p>En el marco del proceso, tras admitirse la acción de tutela, la RNEC respondió a la accionante reiterando que procederá a inscribir el nacimiento extemporáneo únicamente de aquellas</p>	

personas que cumplan con los requisitos establecidos por el Decreto 356 de 2017, el cual prevé la presentación del acta de nacimiento o registro civil de nacimiento extranjero apostillado. La posibilidad de presentar las declaraciones de dos testigos para suplir este requisito estuvo vigente hasta el 14 de noviembre de 2020, por lo cual ya no es aplicable en este caso.

Consideraciones (reglas y subreglas)

El despacho considera que el derecho fundamental a la nacionalidad ha sido vulnerado por la RNEC accionada y que la actora debe poderse beneficiar del mecanismo excepcional que le permita presentar las declaraciones de dos testigos para suplir a la falta de la apostilla en su acta de nacimiento extranjera.

La jueza recuerda que la razón por la cual ya no es posible presentar dos testigos para suplir la falta de la apostilla en los documentos necesario para el registro extemporáneo del nacimiento, es el convencimiento por parte de la RNEC de la posibilidad para los nacionales venezolanos de acceder a la apostilla a través de la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela. Sin embargo, la accionante aporta prueba de que, en el caso de Colombia, el trámite de apostilla solo se podrá realizar de forma presencial en Venezuela. Además, señala que, por la situación que atraviesa Venezuela, no le es posible viajar a este país para realizar el trámite de la apostilla de forma presencial.

Así, la jueza afirma que es posible cumplir con el objetivo de la apostilla –probar la autenticidad del registro civil de nacimiento– a través de otros medios. En el caso concreto, permitiendo a la accionante presentar las declaraciones de dos testigos hábiles que puedan dar fe del nacimiento. Además, deberán aceptarse las declaraciones de los testigos ante notario y no de forma presencial ante la Registraduría, dadas las dificultades que implica venir a Colombia desde Venezuela. Este mecanismo excepcional se encuentra contemplado en el numeral 5° del artículo 2.2.6.12.3.1. del Decreto 356 de 2017.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La jueza ampara el derecho fundamental a la nacionalidad de la accionante. Ordena a la RNEC que, en el término de 48 horas a partir de la notificación del fallo, adopte las medidas necesarias para que la accionante pueda llevar a cabo el trámite relativo a su registro civil de nacimiento extemporáneo aportando las declaraciones de dos testigos ante notario, en lugar de los documentos apostillados que se requirieron.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 2017, M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo

Corte Constitucional. Sentencia T-241 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Relevancia del fallo

La relevancia de esta sentencia reside en afirmar no es válida para Colombia la motivación sobre la cual se basa la pérdida de vigencia del mecanismo excepcional previsto por la RNEC, el

cual permitía suplir la falta de documentos apostillados a través de dos (2) testigos que dieran fe del nacimiento. Esto es así porque la posibilidad de requerir la apostilla de forma virtual a través de la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela no está disponible para Colombia. De esta forma, se cae el argumento principal que sustenta la falta de extensión de la vigencia del mecanismo excepcional previsto por la Circular 064 de 2017 de la RNEC. Por ende, aquellos nacionales venezolanos que no puedan aportar el acta o registro civil de nacimiento apostillados podrían ver su derecho a la nacionalidad vulnerado.

2.2. Derecho a la nacionalidad de menores de edad hijos de personas migrantes

2.2.1. Falta de acceso a documentos de identificación y situación de apatridia

2.2.1.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130	
Identificación de la providencia	
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Interamericana de Derechos Humanos • Tipo de providencia: sentencia • Número de providencia o radicación: Serie C No. 130 • Fecha: 8 de septiembre de 2005 • Consulta aquí el texto completo: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf 	
Tema	
Vulneración del derecho a la nacionalidad y al nombre	
Subtemas	
Especial protección de niños y niñas.	
Derecho a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre.	

Hechos

En marzo de 1997, D. Yean y V. Bosico solicitaron la inscripción tardía de su nacimiento ante las autoridades dominicanas. Las menores de edad nacieron en territorio dominicano, de madres dominicanas y tienen ascendencia haitiana por parte de sus padres y abuelos. La inscripción fue rechazada porque no se presentaron todos los documentos necesarios para el trámite. Tras recurrir esta decisión, la inscripción fue nuevamente negada. A raíz de estos hechos, en 1998 se presentó una denuncia ante la CIDH y, al tiempo, una solicitud de medidas cautelares.

Las medidas cautelares se adoptaron en agosto de 1999, con el objetivo de que se dieran las garantías necesarias a evitar la expulsión de las menores del territorio dominicano y que pudieran seguir recibiendo educación sin ser discriminadas. A este respecto, el Estado dominicano sostuvo que no existían fundamentos para una eventual expulsión de las menores y que los representantes de las víctimas no habían agotado los recursos internos antes de acudir a la CIDH.

La Comisión buscó lograr una solución amistosa al caso. Aunque el Estado eventualmente concedió las actas de nacimiento a las dos niñas, no acogió ninguna otra petición de sus representantes.

Procedimiento

Presentación de la petición a la CIDH: 28 de octubre de 1998

Informe de admisibilidad de la CIDH: 22 de febrero de 2001

Informe de fondo de la CIDH: 6 de marzo de 2003

Remisión del caso a la Corte IDH: 11 de julio de 2003

Audiencia ante la Corte IDH: 14 y 15 de marzo de 2005

Consideraciones (reglas y subreglas)

Consideraciones de contexto

En primer lugar, la Corte IDH reconoce como hecho probado que la población haitiana y de ascendencia haitiana en República Dominicana es un grupo en situación de vulnerabilidad. A raíz de esta situación, es común que esta población acuda al procedimiento para el registro tardío de los nacimientos por las dificultades que se presentan para acceder a hospitales, así como por el temor de acercarse a las autoridades. Hay conocimiento de casos de deportaciones de personas pertenecientes a este grupo, independientemente de su estatus migratorio. De la misma forma, se han documentado casos en los cuales se ha dificultado o negado la expedición de las actas de nacimiento a niños dominicanos de ascendencia haitiana. Esto implica dificultades para obtener documentos oficiales y para acceder a los servicios del Estado, como salud y educación.

Especial protección de niños y niñas

La Corte IDH estima que, desde 1997, las niñas se quedaron en situación de apatridia hasta el año 2001, cuando se les otorgaron sus actas de nacimiento. En este contexto, recuerda que los niños y niñas exigen una protección especial por parte del Estado y que se debe prestar especial atención a las necesidades de las víctimas, siendo estas niñas y mujeres, es decir, un grupo en situación de vulnerabilidad.

Derecho a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre

Respecto al derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la CADH, la Corte IDH recuerda que este tiene carácter fundamental y es inderogable. Así mismo, este derecho es un prerrequisito para el goce de otros derechos. Se protege en el marco del SIDH en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad y a no ser privado de ella de forma arbitraria. En este sentido, aunque los Estados tienen discrecionalidad para determinar quienes son sus nacionales, esta competencia se encuentra restringida por el deber de respetar los derechos humanos y, en especial, por el deber de garantizar una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación, así como por su deber de reducir y evitar la apatridia. En concreto, esto deriva en el deber de no adoptar regulaciones discriminatorias o con efectos discriminatorios hacia un grupo poblacional específico y en el deber de combatir las prácticas discriminatorias. De la misma forma, deberá evitarse la adopción de legislaciones o prácticas que lleven a un aumento de las personas apátridas.

En el caso concreto, la Corte IDH considera que el Estado, al denegar la inscripción tardía del nacimiento de las menores, “actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio”. La situación de vulnerabilidad que derivó de ello menoscabó su libre desarrollo de la personalidad, así como el goce de su derecho a la personalidad jurídica y al nombre. Esto porque la situación de apatridia hace que, por definición, la persona no tenga personalidad jurídica. Esta es una situación que le niega su condición de sujeto de derecho y la hace vulnerable a violaciones de sus derechos. De igual forma, esta situación de limbo jurídico conllevó una vulneración de su derecho al nombre.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte IDH **declara** la responsabilidad internacional de la República Dominicana respecto a la violación de los derechos a la nacionalidad e igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 20 y 24 de la CADH, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento.

De igual manera, declara que el Estado violó los derechos a la personalidad jurídica y al nombre, consagrados en los artículos 3 y 18 de la CADH, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento.

Así mismo, la Corte IDH declara que el Estado dominicano violó el derecho a la integridad personal de las madres de las menores y de la hermana de V. Bosico, consagrado en el artículo 5 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Medidas de reparación

La Corte IDH **dispone** que el Estado dominicano debe: (i) publicar los hechos probados y los puntos resolutive de la sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en un plazo de seis (6) meses desde la notificación; (ii) hacer un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas de las violaciones con difusión en los medios de comunicación; (iii) adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas necesarias para regular el procedimiento y los requisitos para adquirir la nacionalidad dominicana, en caso de inscripción tardía del nacimiento. El procedimiento será sencillo, accesible y razonable y existirá un recurso efectivo en caso de denegación de la solicitud; (iv) el pago por parte del Estado de los daños inmatrimoniales y de las costas y gastos.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc.49, rev. 1, de 7 de octubre de 1999.

Corte Internacional de Justicia. Caso Nottebohm (Liechtenstein Vs. Guatemala), segunda fase. Sentencia de 6 de abril de 1955. Reports 1955.

Relevancia del fallo

La relevancia de este fallo reside en ser el primer caso en que la Corte IDH se pronuncia sobre el derecho a la nacionalidad bajo la CADH, en el marco de un caso contencioso.

Además, pone de presente la forma en que una regulación sobre la inscripción tardía de los nacimientos, la cual es discriminatoria y se aplica de manera arbitraria, puede conllevar a la apatridia y a la consiguiente violación de múltiples derechos. Esto es todavía más grave cuando se trata de menores de edad que, además, pertenecen a un grupo socialmente vulnerable, como lo son las personas haitiana o de origen haitiano en República Dominicana.

También, aunque este no es el caso de las víctimas, puede ser muy útil tener de presente que la Corte afirma que:

- a) El estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;
- b) El estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos;
- c) La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única que debe ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

Observaciones

Voto razonado, juez Cançado Trinidad. Este señala que la regulación del tema de la nacionalidad no puede considerarse como un tema reservado en absoluto a la discrecionalidad estatal, sino que esta se encuentra limitada por el DIDH. Además, señaló que la sentencia de la Corte es de particular relieve por reconocer que la violación del derecho a la nacionalidad conllevó la

violación de otros derechos relacionados con este. Sobre todo, el juez subraya la importancia de que la Corte haya reconocido estas violaciones en relación al artículo 1.1 de la CADH. Esto se ha visto reflejado en la medida de reparación en la que se requirió al Estado dominicano modificar su ordenamiento interno en aras de cumplir con las obligaciones asumidas como Estado Parte de la CADH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C. No. 282

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** sentencia
- **Número de providencia o radicación:** Serie C. No. 282
- **Fecha:** 28 de agosto de 2014
- **Consulta aquí el texto completo:**
corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

Tema

Derecho a la nacionalidad
 Derecho a la personalidad jurídica
 Derecho a la identidad
 Derecho al nombre

Subtemas

Falta de acceso a registro de nacimiento y documentos de identificación.
 Destrucción de documentos por parte de autoridades estatales.

Hechos

El caso ante la Corte IDH se origina por los hechos ocurridos a cuatro núcleos familiares y dos individuos. En todos los grupos familiares hay miembros de origen o ascendencia haitiana, siendo algunos menores de edad.

Las presuntas víctimas relatan haber sido detenidas por las autoridades dominicanas y, en seguida, haber sido llevadas a la frontera y, de allí, expulsadas a Haití en violación de las garantías del debido proceso.

En algunos de estos casos, los documentos de identidad, registros de nacimientos y cédulas de las víctimas fueron destruidos o declarados nulos por presuntas falsedades documentales.

Estos acontecimientos tienen lugar en un contexto marcado por tratos discriminatorios por parte de las autoridades dominicanas y otros actores hacia la población haitiana residente en República Dominicana y hacia los nacionales dominicanos de ascendencia haitiana. Igualmente, es conocido que la población de origen o ascendencia haitiana en República Dominicana se encuentra en una situación de pobreza y vulnerabilidad. Además, la Corte IDH comprobó que, desde los años 90, se presenta un patrón de expulsiones sistemáticas de esta población del territorio dominicano en violación de las garantías del debido proceso y sin que exista alguna documentación oficial sobre estas actuaciones. En diferentes resoluciones, adoptadas entre el 2000 y 2006, la Corte adoptó medidas provisionales a favor de seis personas que se encuentran entre las víctimas de este caso.

A raíz de estas medidas provisionales, se expidieron salvoconductos a favor de los beneficiarios, los cuales permitían su regreso a República Dominicana, luego de la expulsión. Sin embargo, en los hechos del caso se relata que, a pesar de contar con el salvoconducto, varias de las víctimas decidieron no regresar a República Dominicana por temor a ser expulsadas nuevamente.

Procedimiento

Presentación de la petición a la CIDH: 12 de noviembre de 1999/Addendum: 30 de enero de 2002

Informe de admisibilidad: 13 de octubre de 2005

Informe de fondo: 29 de marzo de 2012

Remisión del caso a la Corte IDH: 12 de julio de 2012

Audiencia ante la Corte IDH: 8 y 9 de octubre de 2013

Consideraciones (reglas y subreglas)

Derecho a la nacionalidad

El derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la CADH, es el vínculo jurídico y político que relaciona una persona con un Estado y permite la adquisición y ejercicio de aquellos derechos que derivan de su pertenencia a una comunidad política. En este sentido, se trata de un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos y es de carácter inderogable.

En el marco de la CADH, este derecho se protege en su doble dimensión: como derecho a tener una nacionalidad y como derecho a no ser privado de la nacionalidad de forma arbitraria. Así, aunque los Estados establecen de forma discrecional quienes consideran como sus nacionales, esta competencia está limitada por las normas obligatorias del derecho internacional a las cuales se sometieron. En particular, los Estados tienen un deber de prevenir y reducir la apatridia y de dar a las personas una protección ante la ley efectiva y respetuosa del derecho a la igualdad y no discriminación.

En este contexto, deberá evitarse que la regulación que determina las formas de acceder a la nacionalidad resulte discriminatoria o tenga un efecto discriminatorio respecto a un grupo en particular. Igualmente, deberán evitarse aquellas prácticas o legislaciones que conlleven un aumento de las personas apátridas.

El momento en que surgen estos deberes respecto a la nacionalidad es el nacimiento. En especial, habrá que garantizar que todo niño y niña nacido en el territorio adquiera una nacionalidad, que será la del Estado de nacimiento, si de otro modo sería apátrida. Si el Estado no puede tener certeza de que el menor nacido en su territorio adquirirá la nacionalidad de los padres, debe concederle su nacionalidad.

Derecho a la identidad, a la personalidad jurídica y al nombre

El reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica, consagrado en el artículo 3 de la CADH, es el que permite el reconocimiento de la existencia de la persona por el Estado y la sociedad y el ejercicio de derechos y obligaciones. De hecho, la Corte IDH afirmó que las personas apátridas, por definición, no gozan de personalidad jurídica.

En este sentido, se ha reconocido que la nacionalidad es parte del derecho a la identidad, que permite la individualización de cada uno y, a su vez, es un medio para el ejercicio de otros derechos. Así, el derecho a la identidad no se puede ni derogar ni suspender. El derecho al nombre, consagrado en el artículo 18 de la CADH, es también un elemento fundamental de la identidad. Por esta razón, los Estados deberán establecer medidas para que, después del nacimiento, los individuos puedan ser registrados.

Las violaciones a todos los anteriores derechos son de particular gravedad cuando se trata de menores de edad, cuyo interés superior y protección especial por parte del Estado deben ser considerados en todo momento.

Caso concreto

Respecto al caso concreto, la Corte IDH se pronuncia sobre la situación de aquellas personas cuya nacionalidad dominicana quedó comprobada. A este respecto, la Corte recuerda que las autoridades destruyeron los documentos que comprobaban la identidad de algunas víctimas, no dieron la posibilidad de mostrar los documentos de identidad a otras o no comprobaron la identidad de las personas antes de las expulsiones. Actuando de esta forma, las autoridades violaron el derecho a la identidad de las víctimas y, en un caso particular, no actuaron de conformidad con el interés superior del niño. Esto afectó el goce de otros derechos y originó un trato discriminatorio y peyorativo basado en la ascendencia haitiana de las víctimas.

Respecto a los niños y niñas que no accedieron a ningún documento que permitiera identificarlos y comprobar su nacionalidad, la Corte afirma que el Estado no ha probado que existieran argumentos suficientes para justificar esta omisión.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte IDH

Declara: que el Estado dominicano violó los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la identidad en relación con los artículos 1.1 y 19 de la CADH. Así mismo, respecto a quienes eran menores de edad, omitió considerar el interés superior del niño.

Dispone: respecto a las víctimas cuya documentación personal ha sido desconocida como medida de restitución, que el Estado dominicano, en un término de seis meses y de forma gratuita, adopte todas las medidas necesarias para que estas personas cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana.

Respecto a una víctima contra la cual se han iniciado investigaciones administrativas y, luego, actuaciones judiciales concernientes la autenticidad de sus documentos, por la sola razón de haber demandado el Estado ante el SIDH, dispone que el Estado dominicano deberá dejar sin efectos tales actuaciones. Si estas actuaciones siguieran su curso, sus efectos serían nulos respecto a las víctimas y al cumplimiento del fallo.

Respecto a una víctima que ha sido expulsada y tiene hijos dominicanos, la Corte IDH dispone que el Estado deberá adoptar medidas, en un plazo de seis meses, para que esta pueda residir o permanecer en el territorio nacional de forma regular. Esto, con el fin de preservar el núcleo familiar y proteger el derecho a la familia.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 8 de septiembre 2005, Serie C No. 130, 156.

Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 17 sobre el art. 24 PIDCP (derechos del niño).

Relevancia del fallo

La relevancia de este fallo reside en la reiteración de los deberes del Estado respecto al acceso a documentación y a la posibilidad de registrar, aunque de forma tardía, los nacimientos de los menores de edad nacionales dominicanos de ascendencia haitiana. Como ya lo había hecho en el caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, la Corte reitera que “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única que debe ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”. Ahora bien, el fallo cobra todavía más importancia a la luz del contexto de discriminación y vulnerabilidad en que suele encontrarse esta población en República Dominicana.

Observaciones

En esta sentencia se señala que una persona fue víctima de represalias por parte del Estado, por haberlo demandado ante el SIDH. A este respecto, la Corte recuerda que, de acuerdo con el artículo 53 del Reglamento de la Corte, “[l]os Estados no podrán enjuiciar a las presuntas víctimas, a los testigos y a los peritos, a sus representantes o asesores legales ni ejercer represalias contra ellos o sus familiares, a causa de sus declaraciones, dictámenes rendidos o su defensa legal ante la Corte”.

2.2.2. Adquisición de la nacionalidad por nacimiento e interpretación restrictiva del requisito del domicilio

2.2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-075 de 2015	
Identificación de la providencia	
	<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Constitucional • Sala/Sección: Sala Cuarta de Revisión • Tipo de providencia: Tutela (T) • Número de providencia o radicación: T-075 de 2015 • Tipo de proceso: acción de tutela • Fecha: 20 de febrero de 2015 • Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo • Consulta aquí el texto completo: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-075-15.htm
Tema	
	Derecho a la nacionalidad
Subtemas	
	<p>Interpretación del domicilio a fines de la adquisición de la nacionalidad colombiana.</p> <p>Tipo de visa que permite demostrar domicilio en el territorio nacional.</p> <p>Requisitos para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento por parte de hijos de extranjeros.</p>
Hechos	
	<p>A un menor de edad, nacido en territorio colombiano de padres extranjeros, se le negó la expedición del pasaporte colombiano. Se argumentó que en la solicitud de pasaporte sus padres no acreditaron estar domiciliados en Colombia al momento del nacimiento del menor, a través de la presentación de una visa vigente tipo R (Residente). Así, no cumplieron con los requisitos establecidos en las normas que regulan la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento en el territorio y la expedición de pasaportes.</p>

Procedimiento

El accionante interpuso acción de tutela como agente oficioso de su hijo menor de edad reclamando la vulneración de su derecho a la nacionalidad. En única instancia, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barranquilla negó la pretensión del accionante, por considerar que el actor no había probado estar domiciliado en Colombia al momento del nacimiento de su hijo. No se presentó apelación.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Derecho a la nacionalidad

En primer lugar, la Corte recuerda que el artículo 25 de la DUDH y el artículo 20 de la CADH consagran el derecho a la nacionalidad. A nivel nacional, el artículo 44 constitucional reconoce, entre los derechos de los niños, el de tener una nacionalidad. De igual manera, el Código de Infancia y Adolescencia, en el artículo 25, reconoce la nacionalidad como uno de los elementos del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes.

En segundo lugar, se recuerda que la Constitución establece en el artículo 96 quienes serán nacionales colombianos por nacimiento o por adopción. Estos requisitos son desarrollados por la Ley 43 de 1993, cuerpo normativo de referencia en materia de adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana. Así, en el artículo 1º de la mencionada ley, se especifica que serán nacionales colombianos por nacimiento aquellos menores que nazcan en territorio colombiano cuando uno de sus padres se encuentre domiciliado en este al momento del nacimiento.

La interpretación del requisito del domicilio

El artículo 2 de la Ley 43 de 1993 es claro en establecer que el domicilio se entenderá como la “residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio”, así como lo establecen las normas del Código Civil en los artículos 76, 79 y 80.

En este sentido, la Corte afirma que el estudio del tema del domicilio en relación con el cumplimiento de los requisitos para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento deberá desarrollarse “bajo los parámetros establecidos en el Código Civil”. Además, añade que se admiten diversos medios de prueba del ánimo de permanencia en el país, siendo este uno de los dos elementos que conforman el domicilio junto a la residencia.

Caso concreto

En relación con la pretensión del accionante, se deja claro que solo el niño o niña que pruebe ser nacional colombiano podrá solicitar la expedición del pasaporte.

A la luz de este análisis, para la Corte, la normativa que regula los requisitos para la expedición de pasaportes a los menores de edad es incompatible con el artículo 96 constitucional. Por ello, se debe inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la disposición que establece que solo mediante la presentación de una visa como residente por parte de los padres quedará acreditada la condición de nacional colombiano de los menores nacidos en el territorio nacional, siendo esta contraria al derecho fundamental a la identidad y nacionalidad. En este

caso, la Corte considera que el requisito del domicilio por parte del padre del menor quedó acreditado y que, por ende, el menor nacido en el territorio nacional es nacional colombiano por nacimiento.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Sala revoca la sentencia de única instancia, concede el amparo del derecho fundamental a la nacionalidad y ordena la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad del parágrafo 2º del artículo 13 del Decreto 1514 de 2012 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, insta al Ministerio de Relaciones Exteriores que socialice la interpretación dada en dos oficios remitidos a la Corte donde acoge la interpretación constitucional del parágrafo 2º del artículo 13 del Decreto 1514 de 2012.

Relevancia del fallo

Este fallo es relevante por (i) afirmar que las normas del Código Civil sobre domicilio deben considerarse en la interpretación de las disposiciones sobre la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento; (ii) que se admiten diferentes medios de prueba del ánimo de permanencia en el territorio, más allá de la titularidad de un cierto tipo de visa; (iii) que una interpretación del requisito del domicilio como equivalente a la titularidad de un cierto tipo de visa es contraria a la Constitución. En este sentido, es un fallo relevante toda vez que se quiera argumentar que la actual interpretación de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Circular 168 de 2017), la cual establece que solo los extranjeros titulares de visa tipo R o M son domiciliados en el territorio, es contraria a Constitución. Recuérdese que esta interpretación de la RNEC genera un riesgo de apatridia para aquellos menores que nazcan en Colombia de padres extranjeros en situación migratoria irregular, titulares de salvoconducto o de una visa tipo V-visitante, toda vez que no puedan adquirir la nacionalidad de sus padres.

Observaciones

Salvamento de voto, magistrada Gloria Stella Ortíz Delgado. La magistrada se aparta de la argumentación y del fallo, ya que considera que la normativa sobre visas (Decreto 834 de 2013) es clara en afirmar que el tipo de visa entregado al extranjero depende de su ánimo de permanencia en Colombia. Quienes reciben una visa temporal (hoy en día visa tipo M-Migrante) no tienen el ánimo de establecerse en el país y, por ende, no se entienden domiciliados en el territorio. En este sentido, es facultad soberana del Estado, en desarrollo de su política migratoria, exigir la visa como residente (Tipo R) a los padres del menor que nazca en el territorio nacional para que este sea nacional colombiano por nacimiento, siendo este un requisito razonable, proporcional y, finalmente, acorde a la Constitución.

Corte Constitucional Sentencia T-006 de 2020

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Séptima de Revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-006 de 2020
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 17 de enero de 2020
- **Magistrado ponente:** Cristina Pardo Schlesinger
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-006-20.htm

Tema

Derecho fundamental a la nacionalidad de menores de edad en riesgo de apatridia

Subtemas

Menores de edad de padres venezolanos que no cumplen con el requisito del domicilio para que sus hijos sean nacionales colombianos por nacimiento.

La interpretación del domicilio de extranjeros bajo la normativa aplicable.

Hechos

La Corte Constitucional acumula dos expedientes “por presentar unidad de materia” y decide sobre los mismos en una única sentencia.

Primer expediente

En junio de 2018, la hija del primer accionante nació en territorio colombiano. Tras la inclusión de la nota “no válido para demostrar la nacionalidad” en el registro civil de nacimiento de la menor, el padre se acercó a la RNEC competente para solicitar que se reconociera la nacionalidad colombiana a su hija. Su solicitud fue negada, ya que el accionante no demostró que se encontraba domiciliado en territorio colombiano al momento del nacimiento, con base en lo establecido en la Circular 168 de 2017 de la RNEC. El actor, que es titular de PEP, manifiesta que la menor se encuentra en riesgo de apatridia, ya que él tampoco cumple con los requisitos exigidos por la normativa venezolana, con el fin de que su hija adquiriera la nacionalidad de este país por derecho de sangre.

La RNEC contestó a la acción de tutela reiterando la negativa y especificando que el PEP no es documento idóneo para acreditar domicilio en territorio colombiano. Por esta razón, el accionante interpuso acción de tutela en representación de su hija, por considerar que la RNEC violó los derechos fundamentales a la nacionalidad y personalidad jurídica de la menor.

Segundo expediente

En el segundo caso, el hijo de los accionantes, nacionales venezolanos, nace en territorio colombiano en el mes de abril del 2018. Tras realizar la inscripción de su nacimiento en el registro civil, estos recibieron una copia del registro civil que no indicaba si era o no válido para demostrar nacionalidad. Por ello, a través de un derecho de petición a la RNEC, solicitaron que se reconociera la nacionalidad colombiana por nacimiento a su hijo, añadiendo la anotación respectiva en su registro civil. Sin embargo, no recibieron respuesta a su petición. Por esta razón, interpusieron acción de tutela en representación de su hijo menor de edad, solicitando el amparo de su derecho fundamental de petición.

Procedimiento

Respecto al primer caso, el Juzgado 63 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá declaró la acción improcedente, en el entendido que la entidad accionada actuó de conformidad a la ley.

Respecto al segundo caso, el Juzgado 7º de Familia de Oralidad de Medellín negó el amparo del derecho a la nacionalidad, por considerar que la RNEC actuó de conformidad a la ley. Sin embargo, amparó el derecho fundamental de petición, ante la falta de una respuesta clara y precisa por parte de la entidad accionada. Luego de la apelación de los accionantes, la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la sentencia de primera instancia.

Consideraciones (reglas y subreglas)

El derecho a la nacionalidad y su conexidad con otros derechos

Luego de establecer que ambas acciones de tutela superan el análisis de procedibilidad, la Corte reconstruye los fundamentos normativos del derecho a la nacionalidad. Para ello, reitera que se trata de un derecho fundamental, establecido en el art. 44 superior y el art. 25 del Código de Infancia y Adolescencia, que consagra este derecho como un elemento de la identidad de los menores de edad. Además, recuerda que es un derecho de particular importancia por su conexidad con otros derechos y que existe un deber en cabeza del Estado de remover cualquier obstáculo administrativo que pueda impedir su reconocimiento.

Las obligaciones internacionales del Estado colombiano respecto al derecho a la nacionalidad

Así, la Corte recuerda los tratados internacionales y la jurisprudencia que determinan las obligaciones internacionales del Estado colombiano respecto a la protección del derecho a la nacionalidad y los pronunciamientos a considerar en la interpretación del alcance de este derecho para los menores de edad que se encuentran en riesgo de ser apátridas.

El marco normativo aplicable

En seguida, reitera las formas en las cuales se adquiere la nacionalidad colombiana según el art. 96 constitucional y la Ley 43 de 1993 que lo desarrolla, distinguiendo entre la adquisición por nacimiento y por adopción. De esta manera, recuerda que para el caso de los niños nacidos en Colombia que no son reconocidos como nacionales por ningún país, se prevé un

procedimiento para la eventual declaración de su situación de apatridia y la adquisición de la nacionalidad colombiana por adopción. Así mismo, considera la Resolución 8470 de 2019 de la RNEC y de la Ley 1997 de 2019, cuyo objetivo es exceptuar del cumplimiento del requisito del domicilio a los padres venezolanos de niños nacidos en Colombia.

La Registraduría violó los derechos fundamentales de los menores por no considerar el riesgo de apatridia

Respecto al caso concreto, la Corte considera que la RNEC vulneró los derechos fundamentales a la nacionalidad y personalidad jurídica de los menores de edad, porque no consideró el riesgo de apatridia en que se encontraban. Según el Alto tribunal, las autoridades hubieran tenido que hacer una lectura ajustada a Constitución y a las obligaciones internacionales del Estado colombiano y, por ello, inaplicar por excepción de inconstitucionalidad cualquier norma que obstaculizara el reconocimiento de la nacionalidad y personalidad jurídica de los menores.

Los padres de los menores están domiciliados en Colombia según lo previsto por el Código Civil

Además, la Sala reconoce que ante “una situación inminente de riesgo de apatridia”, como la que se presentó en los casos bajo examen, lo previsto por la Circular 168 de 2017 de la RNEC, que requiere la titularidad de una visa específica para poder acreditar domicilio en el territorio, es inaplicable. En este sentido, sostiene que ambos accionantes acreditan domicilio en territorio colombiano en los términos del Código Civil, cumpliendo con los requisitos para demostrar residencia y ánimo de permanencia. Inclusive si esto no hubiera sido así, la Corte afirma que las autoridades hubieran tenido que adelantar el procedimiento que permite adquirir la nacionalidad colombiana por adopción a los niños que ningún Estado reconozca como su nacional. Esto, además, sin exigirse la certificación de la misión diplomática del país de nacionalidad de los padres, ya que en los casos en examen resulta claro que es “materialmente imposible” acceder a esta nacionalidad por las circunstancias en la que se encuentra Venezuela.

Para la Corte, la vulneración de los derechos fundamentales de los menores de edad no derivó de un vacío en la normativa nacional, sino de la falta de aplicación del principio de interés superior de los niños y niñas, por omitir considerar el riesgo de apatridia en que se encontraban y, finalmente, por inaplicar el principio de supremacía constitucional. Finalmente, la Corte afirma que esta no hubiera tenido que tratarse como una solicitud de naturalización ordinaria por parte de la Registraduría, dado el riesgo de apátrida en que se encontraban los menores de edad.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte ampara los derechos fundamentales a la nacionalidad y personalidad jurídica de los menores de edad. Ordena revocar las sentencias de instancia que negaron el amparo de estos derechos. Finalmente, ordena a la RNEC que, en un término de tres (3) días hábiles a partir de la notificación de esta sentencia, añada la anotación “válido para demostrar para el reconocimiento de la nacionalidad” en el registro civil de nacimiento de ambos menores.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C. No. 282.

Corte IDH. Opinión consultiva 21/14, Derechos y garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014.

Corte Constitucional. Sentencia T-075 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Relevancia del fallo

Este fallo es de extrema relevancia por las siguientes razones:

(i) La Corte reconoce que en los dos casos examinados se tenía certeza que para estos menores de edad era imposible acceder a la nacionalidad de sus padres por derecho de sangre. Esto, por los requisitos impuestos por la normativa venezolana, imposibles de cumplir y a falta de servicios consulares de Venezuela en Colombia.

(ii) La Sala sostiene que los accionantes han demostrado estar domiciliados en Colombia en los términos previstos por el Código Civil, a pesar de que no cuenten con las visas que requiere la Circular 168 de 2017 de la RNEC para tal fin.

(iii) Además, la Corte afirma que es un deber de las autoridades públicas tener en cuenta la razón de la salida de los accionantes de su país de origen, así como las reales posibilidades para los menores de acceder a la nacionalidad de sus padres.

(iv) Finalmente, estima que ante una situación de riesgo inminente de apátrida exigir un tipo de visa específico para demostrar domicilio a los accionantes es inconstitucional.

Siendo indudable la relevancia de este fallo, es pertinente señalar que la Corte no se pronuncia sobre la interpretación del domicilio contenida en la Circular 168 de 2017, la cual equivale a la titularidad de una visa tipo Migrante (M) o Residente (R). Podría argumentarse que esta Circular restringe la interpretación del domicilio de forma no compatible con el Código Civil y, sobre todo, la Constitución.

Es fundamental considerar, además, que ambos casos ocurren antes de que se adoptaran la Resolución 8470 de 2019 de la RNEC y la Ley 1997 de 2019, que eximen a los padres de nacionalidad venezolana de niños nacidos en Colombia de la necesidad de demostrar domicilio en el territorio para que sus hijos adquieran la nacionalidad colombiana por nacimiento. Es importante recordar que ambas medidas perderán vigencia en agosto y septiembre de 2021, respectivamente, salvo que sea extendida su vigencia.

Igualmente, es oportuno tener en cuenta que, con la sentencia C-119 de 2021, la Corte estimó que la palabra “venezolanos” contenida en el artículo 1 de la Ley 1997 de 2019 es constitucional.

Observaciones

Respuestas a requerimientos

El Ministerio de Relaciones Exteriores, en respuesta a un requerimiento de la Sala, señala que tiene conocimiento de los obstáculos insuperables a los que se pueden enfrentar los nacionales venezolanos para que sus hijos accedan a la nacionalidad venezolana por derecho de sangre, ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos normativos. A este elemento se añaden la falta de servicios consulares de Venezuela en Colombia, lo cual hace imposible inscribir a los menores de edad en el registro consular venezolano, el cierre de la frontera colombo-venezolana y la falta de vocación de retorno de estos nacionales. Todo ello hace inviable pensar en un posible retorno a su país para llevar a cabo el registro de los menores. De igual manera, se encuentran en la imposibilidad de cumplir con el requisito del domicilio requerido por la normativa colombiana sobre nacionalidad, por encontrarse en situación migratoria irregular o por no ser titulares de los visados necesarios. Ante el riesgo de apatridia que esta situación genera, el MRE anuncia estar trabajando en una medida “urgente, temporal y excepcional” para asegurar el acceso a la nacionalidad de los menores en esta situación.

Intervenciones

En el marco de esta acción de tutela intervienen múltiples actores. La intervención del ACNUR es de particular importancia. En especial, tras poner de presente que las personas en situación migratoria irregular, los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado y los titulares de PEP no cumplen con el requisito del domicilio, tal y como lo establece la Circular Única de Registro Civil e Identificación, señala que considera que esta es una interpretación restrictiva por parte de la RNEC y que “no es compatible con la formulación en el Código Civil de Colombia, ni con la interpretación del Tribunal Constitucional y aumenta el riesgo de apatridia”.

Además, el ACNUR señala que es necesario considerar la situación de particular vulnerabilidad de aquellos padres solicitantes de refugio, los cuales, por temor fundado, pueden no querer acercarse a las autoridades de su país para registrar el nacimiento de su hijo.

Corte Constitucional Sentencia T-079 de 2021

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Séptima de Revisión de Tutelas
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-079 de 2021
- **Tipo de proceso:** acción de Tutela
- **Fecha:** 26 de marzo de 2021
- **Magistrado ponente:** Cristina Pardo Schlesinger
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-079-21.htm

Tema
Derecho a la nacionalidad
Subtemas
Acreditación del requisito del domicilio por padre de menor nacida en el territorio a fines de adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento.
Hechos
<p>El accionante es padre de una menor de edad nacida en territorio colombiano el 15 de enero de 2013. Cuando el accionante solicita la expedición del pasaporte colombiano de su hija al MRE, esta solicitud le viene negada porque el registro civil de la menor no cuenta con la anotación “válido para demostrar nacionalidad”. La RNEC, consultada sobre el tema, aclara que es necesario que el extranjero demuestre estar domiciliado en el territorio nacional al momento del nacimiento de su hija para que esta adquiera la nacionalidad colombiana y que, por consecuencia, su registro civil lleve la respectiva anotación. La demostración del domicilio para los extranjeros ocurre a través de la titularidad de tipos específicos de visas.</p> <p>Sucesivamente, el accionante acude a una notaría solicitando que se incluya la anotación “válido para demostrar nacionalidad” en el registro civil de su hija. Ante tal petición, la notaría solicita al MRE que certifique que la visa de la cual el accionante era titular en el momento en que nació su hija era válida para demostrar domicilio en el país. A esta petición el MRE respondió de forma negativa, ya que ninguno de los padres contaba con visa de residente al momento del nacimiento, siendo este el documento necesario para demostrar domicilio en el territorio según la normativa vigente en el momento de los hechos.</p> <p>A raíz de esta negativa, el accionante interpuso acción de tutela solicitando la protección de los derechos fundamentales a la identidad y nacionalidad de su hija, la inclusión de la anotación “valido para demostrar nacionalidad” en el registro civil y la expedición de su pasaporte. Así mismo, el accionante solicita la protección de su derecho de petición ante la respuesta recibida por la notaría consultada.</p>
Procedimiento
<p>El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá se pronuncia en primera instancia negando el amparo de los derechos fundamentales. Argumenta que la anotación en el registro civil de la menor no se realizó ya que el MRE no certificó que la visa de la cual era titular el accionante fuera idónea para demostrar su domicilio en Colombia.</p> <p>El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia respecto a la no vulneración de los derechos a la identidad y nacionalidad de la menor, considerando la acción de tutela improcedente. Por el otro lado, tuteló el derecho de petición del accionante y ordenó a la RNEC y al MRE informar al accionante de los trámites, requisitos y documentación para la adquisición de la nacionalidad en un término de 4,8 horas.</p>

Consideraciones (reglas y subreglas)

Derecho a la nacionalidad de menores de edad

En primer lugar, la Corte Constitucional reitera su jurisprudencia sobre el derecho a la nacionalidad de los menores de edad, recordando que el artículo 44 constitucional considera el derecho a la nacionalidad como un derecho fundamental de los niños y que el Código de Infancia y la Adolescencia, a su vez, considera la nacionalidad como parte del derecho a tener una identidad.

Además, reitera su jurisprudencia con el fin de recordar que el derecho a la nacionalidad es instrumental para el goce de otros derechos y que este derecho se protege en tres dimensiones: derecho a adquirir una nacionalidad, a cambiarla y a no ser privado de ella. Finalmente, recuerda que, respecto a los menores de edad, el Estado tiene un deber de diligencia y protección a raíz del cual debe remover los obstáculos para el reconocimiento de la nacionalidad.

Marco normativo colombiano sobre acceso a la nacionalidad

En segundo lugar, la Corte reconstruye el marco normativo en la materia, recordando la forma en que en el artículo 96 constitucional y los artículos 1 y 2 de la Ley 43 de 1993 se regula la adquisición de la nacionalidad por nacimiento. En particular, resalta que el artículo 2 de la Ley 43 de 1993 hace referencia a las normas del Código Civil para establecer cuando se considerará que el extranjero está domiciliado en Colombia. Para ello, recuerda la regulación de este concepto en los artículos 76, 79 y 80 del Código Civil. Con fundamento en la sentencia T-075 de 2015, además, reitera que esta corporación había afirmado que en temas relacionados con la nacionalidad, habrá que considerar el concepto de domicilio así como definido en el Código Civil. También, sostiene que en esta misma sentencia se afirmó que se admiten diversos medios de prueba del domicilio. Requerir un tipo específico de visa al extranjero para demostrar domicilio en el territorio va en contravía de la norma superior y vulnera el derecho fundamental a la nacionalidad e identidad.

Caso concreto

Respecto al caso concreto, la Corte afirma que aunque es posible “operacionalizar” el concepto de domicilio a través de ciertos tipos de visas, esto no puede conllevar a un desconocimiento de la ley por parte de las autoridades públicas. En este caso, el concepto de domicilio se encuentra definido en el Código Civil, norma que deberá utilizarse en este caso para determinar si el accionante podía considerarse como domiciliado en el territorio al momento del nacimiento de su hija. Para la Corte, la visa de la cual el accionante era titular permite demostrar su residencia y ánimo de permanencia en Colombia en los términos del Código Civil. Por ende, concluye que los derechos a la nacionalidad e identidad de la menor fueron violados por el desconocimiento de la ley por parte de las autoridades públicas.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte Constitucional resuelve revocar las sentencias de instancia y conceder el amparo de los derechos fundamentales a la nacionalidad e identidad de la menor de edad. También, ordena a la notaría incluir la anotación “válido para demostrar nacionalidad” en el registro civil de la menor y que el MRE expida su pasaporte. Así mismo, ordena a la RNEC y MRE que

expidan actos administrativos en los cuales informen a los funcionarios que deberán aplicar no solo lo establecido en el Decreto 4000 de 2004 sino también en las normas del Código Civil, las cuales admiten diversos medios de prueba del domicilio, más allá de la titularidad de un tipo específico de visa.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. SU-696 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional. T-075 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. T-006 de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Relevancia del fallo

La relevancia de este fallo reside en la reiteración de la prevalencia de las disposiciones del Código Civil sobre el concepto de domicilio y la formas de demostrarlo sobre las disposiciones de las autoridades públicas – de la RNEC, en particular – que lo restringen a la titularidad de unos tipos de visa en específico.

La dificultad de cumplir con el requisito del domicilio por parte de extranjeros es uno de los obstáculos más relevantes para la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento por parte de sus hijos nacidos en el territorio. Esta sentencia es relevante, por ende, también en aquellas situaciones donde pueda materializarse un riesgo de apatridia de los menores nacidos en Colombia de padres extranjeros que encuentran dificultades o están en la imposibilidad de registrar a sus hijos como nacionales de su país.

2.3. Situación de apatridia de menores nacidos en el extranjero

2.3.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-155 de 2021

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala Quinta de Revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-155 de 2021
- **Tipo de proceso:** acción de tutela
- **Fecha:** 26 de mayo de 2021
- **Magistrado ponente:** Paola Andrea Meneses Mosquera
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-155-21.htm

Tema
Derecho a la nacionalidad y personalidad jurídica de menor de edad nacida en el extranjero sin identificación
Subtemas
Falta de un procedimiento que permita reconocer la situación de apatridia de personas nacidas en el extranjero que no cuentan con un documento de identificación y prueba de su nacionalidad.
Hechos
<p>Una menor de edad nacida en Venezuela llega a Colombia con su madre, encontrándose en situación migratoria irregular. La menor cuenta únicamente con el certificado de nacido vivo no apostillado. Se tiene conocimiento que en Venezuela se iniciaron los trámites para el registro de su nacimiento, pero se desconoce si este ha tenido éxito.</p> <p>Luego de la apertura de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos (PARD), la menor fue entregada a su abuela. Esta solicitó a la RNEC competente que procediera a expedir un registro civil de nacimiento a la menor que permitiera su identificación y acceso a la nacionalidad, dado que la menor se encuentra en riesgo de apatridia. Además, afirmó que le resulta imposible regresar a Venezuela por las condiciones de este país.</p> <p>La RNEC explicó que no era posible atender la solicitud, ya que la menor no cumple con los requisitos para poder inscribir su nacimiento, considerando que es hija de nacionales extranjeros nacida en un país extranjero. Ante la negativa de la RNEC, la accionante interpuso acción de tutela en representación de la menor de edad, reclamando la vulneración de los derechos fundamentales a la nacionalidad, la personalidad jurídica y la identidad.</p>
Procedimiento
El Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Colombia (Atlántico) declaró la acción de tutela improcedente, ya que consideró que existían otros mecanismos idóneos para dar respuesta a las pretensiones de la accionante. Tras la impugnación de la sentencia de primera instancia por parte de la accionante, el Juzgado 15 Civil del Circuito de Barranquilla (Atlántico) confirmó la sentencia de primera instancia. Para ello, sostuvo que la acción de tutela era improcedente ya que la accionante no cumplía con los requisitos para la inscripción de su nacimiento en el registro civil.
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>El derecho a la nacionalidad y los límites a la discrecionalidad del Estado en esta materia</p> <p>En primer lugar, la Corte recuerda que la nacionalidad es un derecho fundamental cuyo goce es instrumental para el acceso y garantía de otros derechos y que este se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la personalidad jurídica. En este sentido, el registro civil de nacimiento es fundamental para que la persona pueda acreditar la</p>

nacionalidad colombiana. Además, recuerda que aunque cada Estado establece los requisitos para la adquisición de su nacionalidad, su discrecionalidad se encuentra limitada por el deber de proteger de forma integral los derechos humanos y de respetar los compromisos adquiridos en virtud de instrumentos internacionales.

El deber de protección del Estado respecto a los menores de edad

En segundo lugar, la Corte afirma que existe un deber de garantizar la nacionalidad de los menores nacidos en territorio colombiano, con base en la normativa, tanto nacional como internacional. Respecto a los menores nacidos en el extranjero de padres extranjeros y que no adquieren la nacionalidad colombiana por nacimiento o la nacionalidad colombiana por adopción, existe igualmente un deber de protección en cabeza del Estado, la familia y la sociedad en aras de garantizarles sus derechos, entre ellos, el derecho a la nacionalidad. En especial, habrá que dar inicio a un procedimiento que permita verificar si el menor goza de una nacionalidad, si tiene una posibilidad real de acceder a una nacionalidad o si, de lo contrario, corresponde reconocer su condición de apátrida y, en su caso, proceder a su naturalización.

La determinación de la apatridia de personas nacidas en el extranjero

Ahora bien, el Estado colombiano no cuenta todavía con un procedimiento que permita reconocer la situación de apatridia de personas que se encuentran en la situación de la accionante. Sin embargo, la recién aprobada Ley 2136 de 2021 otorga al Ministerio de Relaciones Exteriores la facultad de establecer este mecanismo (artículos 65 y 66). Para la Corte, sin embargo, la actual falta de este mecanismo no puede ser una excusa para que el Estado no actúe en aras de garantizar el derecho a la nacionalidad a una persona, especialmente cuando esta sea menor de edad.

Medidas a adoptar en ausencia de un mecanismo para la determinación de la apatridia de personas nacidas en el extranjero

Así que, mientras que este procedimiento se adopta, deberá acudirse a los mecanismos existentes para “a) verificar o gestionar el reconocimiento formal de la nacionalidad de un individuo por parte de otro Estado, b) determinar con certeza la condición de apátrida del sujeto y c) de ser así, determinar el mecanismo más apropiado para que a la persona se le permita el goce de sus derechos fundamentales, incluido su derecho a la nacionalidad, considerando la posibilidad de facilitar su naturalización”. Esto en el respeto del interés superior del niño, del principio de no discriminación y prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, cuando esta impida la materialización del derecho.

Finalmente, la Corte sostiene que el recién adoptado Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos puede ser un mecanismo para garantizar, por lo menos, el derecho a la identidad de la menor. Esto es así, ya que se permite la inscripción en el Registro Único para Migrantes Venezolanos (RUMV) y la obtención de un PPT a menores de edad sin algún documento de identificación.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

La Corte considera que la RNEC a la que se acudió no vulneró los derechos a la nacionalidad y personalidad jurídica de la accionante, por no preverse en la legislación nacional ningún procedimiento para incluir en el registro civil el nacimiento de una menor nacida en el extranjero de padres extranjeros.

Aun así, ante la necesidad de garantizar los derechos de la menor de edad, la Corte ordena al Ministerio de Relaciones Exteriores que en un término de cinco (5) días inicie un trámite administrativo para: verificar si la menor ha sido registrada en Venezuela; determine si es pertinente solicitar a Venezuela que registre a la menor de edad; determine si la menor se encuentra en situación de apatridia y, de ser así, la declare; valore cuál es el procedimiento para garantizarle el derecho a la nacionalidad y personalidad jurídica; y, en su caso, facilite el proceso de naturalización. El procedimiento deberá realizarse en un término máximo de cuatro (4) meses. Además, se ordena al ICBF que asista a la accionante durante el trámite administrativo y que la oriente con el fin de que su nieta acceda al ETPV.

Finalmente, no se encuentra ninguna vulneración de los derechos a la salud y educación de la menor de edad. Aunque se reconoce que la falta de documentos de identificación puede obstaculizar el acceso a estos derechos, no se presentan hechos a partir de los cuales se puede evidenciar una amenaza o vulneración de los mismos.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Opinión Consultiva 21/14, 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional. Sentencia T-241 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís

Corte Constitucional. Sentencia T-023 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Relevancia del fallo

Este fallo es de extrema relevancia toda vez que evidencia un vacío en el ordenamiento jurídico colombiano que afecta el reconocimiento y goce del derecho a la nacionalidad y derechos relacionados de las personas apátridas. Se trata, en este caso, de aquellas personas que no cuentan con documentación alguna que les permita acreditar su nacionalidad y que han nacido en el extranjero de padres extranjeros. Las consecuencias de ello son todavía más graves cuando se trata de menores de edad.

Además, este pronunciamiento pone de relieve una situación que se presenta de forma reiterada respecto a la población venezolana, que presenta una dificultad, cuando no imposibilidad, de acceder a documentos oficiales, tal y como ha sido puesto de presente en numerosas ocasiones por organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil. Será de extremo interés dar seguimiento al cumplimiento de este fallo, en aras de analizar el mecanismo que desarrollará el Ministerio de Relaciones Exteriores en cumplimiento de las órdenes de la Corte.

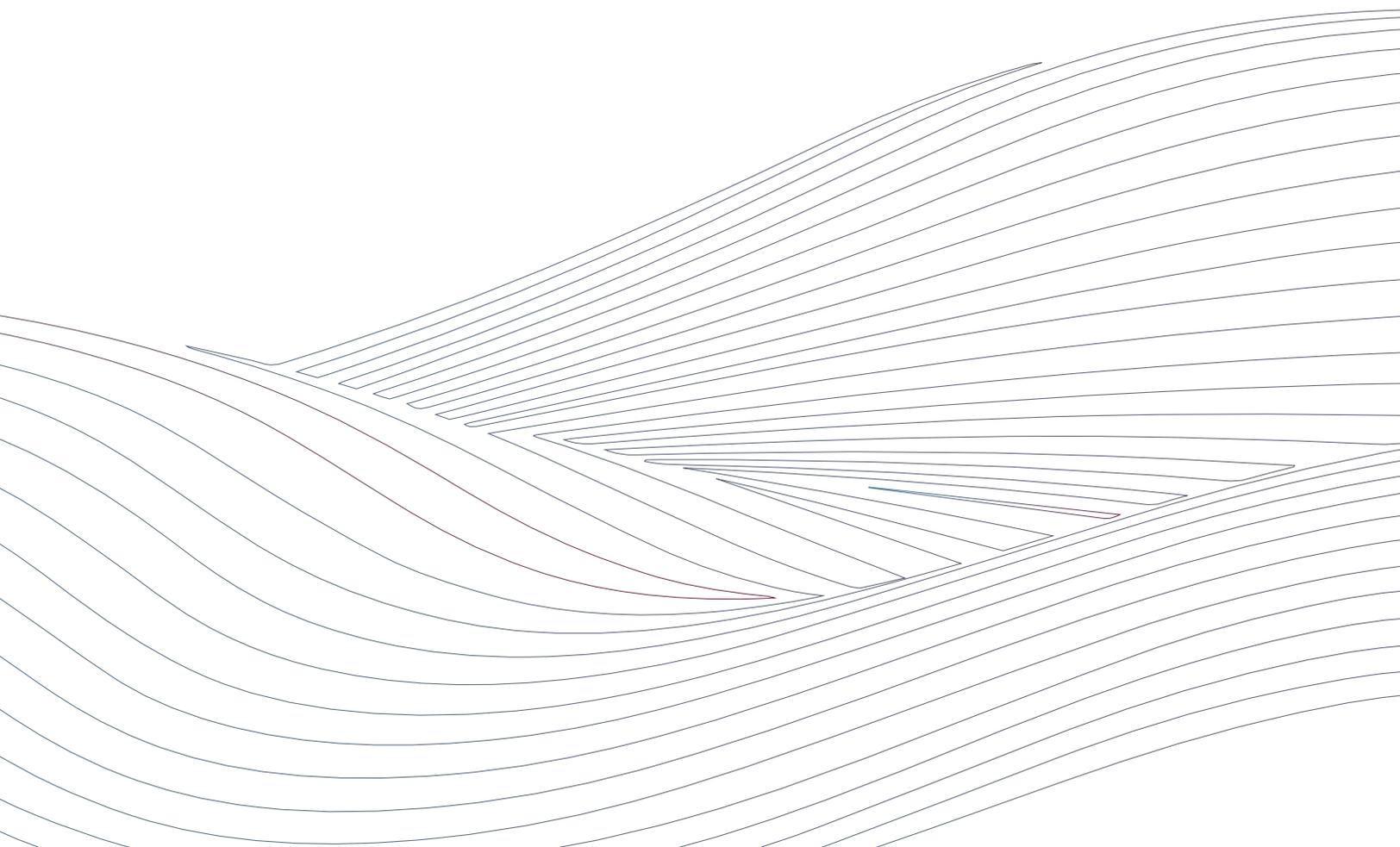
Observaciones

Intervención

Nodo Costa Caribe del Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional y Víctimas del Conflicto Armado, Corporación Opción Legal.

PARTE III

VIOLACIONES A
LOS DERECHOS
HUMANOS ASOCIADAS
A LA CRIMINALIDAD
ORGANIZADA



1. Trata de personas

En esta sección se encuentran los pronunciamientos judiciales sobre trata de personas, proferidos por la Corte IDH, la Corte Constitucional de Colombia y juez de instancia de tutela. A pesar de que las sentencias en materia de trata de personas han sido escasas, este conjunto de pronunciamientos provee elementos muy importantes para el litigio de futuros casos que permitan proteger los derechos de las personas víctimas de este delito, así como promover la respuesta oportuna y adecuada de las autoridades en estos casos, especialmente en el contexto de migración que enfrenta Colombia.

En cuanto al Sistema Interamericano, se incorporan dos sentencias que, si bien no versan específicamente sobre trata de personas migrantes ni refugiadas, son muy relevantes. En una, la Corte IDH establece el alcance de los conceptos de esclavitud, servidumbre, trata de esclavos y mujeres y trabajo forzoso, todos prohibidos por la CADH. En otra, la Corte IDH estudia la trata de personas con fines de adopción y la venta de niñas y niños como una modalidad de trata de personas, en el marco del artículo 6 de la CADH. Por último, este acápite abarca también una Opinión Consultiva sobre los “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, en la que se hacen algunas consideraciones sobre los niños y las niñas víctimas de trata con necesidad de protección internacional.

Al cierre de la elaboración de esta bitácora jurisprudencial, la Corte Constitucional profirió la primera sentencia, como juez de tutela, sobre un caso de trata de personas transnacional en el que una mujer refugiada venezolana, víctima de este delito, solicitaba la protección de sus derechos fundamentales. Este es un fallo tremendamente significativo porque reiteró que el acceso a las medidas de protección para las víctimas de trata -mediatas e inmediatas- no debe estar supeditado a la calificación del delito como uno de trata de personas ni al estado del proceso penal. En esta oportunidad, además de emitir órdenes orientadas a la protección de la tutelante, víctima de trata de personas, la Corte también incluyó un conjunto de órdenes más estructurales, orientado a fortalecer la acción de las autoridades de cara a un abordaje de la trata de personas desde un enfoque de derechos humanos y no penal o criminal. Otra cuestión para destacar de esta importante providencia es que la Corte señaló que

las personas migrantes venezolanas están especialmente expuestas a ser víctimas de trata de personas. Ello se debe a que padecen unas condiciones de pobreza extrema, abandono estatal y condiciones de irregularidad migratoria.

Finalmente, se incorpora el análisis de la sentencia de tutela de segunda instancia del caso decidido por la Corte Constitucional antes mencionado. En esta oportunidad, el fallo de segunda instancia reitera que el acceso a las medidas mediatas para las personas víctimas del delito de trata no puede estar supeditado a la denuncia de los hechos ni a la calificación que la Fiscalía haga del delito como uno de trata de personas.

1.1. Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

<p>Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC - 21/14, 19 de agosto de 2014, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional</p>
Identificación de la providencia
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Interamericana de Derechos Humanos • Tipo de providencia: Opinión Consultiva • Número de providencia o radicación: OC - 21/14 • Fecha: 19 de agosto de 2014 • Consulta aquí el texto completo: www.acnur.org/5b6ca2644.pdf
Tema
<p>Debido proceso</p> <p>Trata de personas</p>
Subtemas
<p>Garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños</p> <p>Detención migratoria de niños y niñas</p> <p>Obligaciones de los Estados frente a los niños y niñas con necesidad de protección internacional</p> <p>Niños y niñas víctimas de trata con necesidad de protección internacional</p>

Principio de no devolución

Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios

Antecedentes

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, conjuntamente, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante, con el fin de que se precise el alcance de las obligaciones de los Estados frente a las medidas que puedan ser adoptadas contra los niñas y niños, debido a su situación migratoria o a la de sus padres, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Garantías del debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños:

Al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta, en forma transversal, los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención y VII de la Declaración.

Cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado.

La protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración implica que la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto.

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, las garantías que deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, son: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que

la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Detención migratoria de niños y niñas:

A la luz del derecho a la libertad personal reconocido en los artículos 7 de la Convención y XXV de la Declaración, el término “detención” es empleado por la Corte IDH en un sentido amplio equivalente al de privación de libertad. La particularidad que permite individualizar una medida como privativa de libertad, más allá de la denominación específica que reciba a nivel local, es el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no puede o no tiene la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado.

La Corte es de la opinión que la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención como a la Declaración.

La privación de libertad resulta improcedente cuando las niñas y los niños se encuentran no acompañados o separados de su familia, pues bajo esta óptica el Estado se encuentra obligado a promover en forma prioritaria las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña o del niño, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad.

Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio. Los Estados tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país; en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia; o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

La Corte reafirma que la libertad es la regla mientras se resuelve la situación migratoria o se procede a la repatriación voluntaria y segura del niño o niña, y las medidas a adoptar no deben concebirse en sí como alternativas a la detención. Dichas medidas deben tener como principal objetivo la protección integral de derechos del menor, de acuerdo a una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior.

Debe prevalecer la aplicación del sistema de protección de la infancia con sus servicios asociados sobre las instituciones que ejercen el control migratorio. Se deben priorizar soluciones basadas en la familia o la comunidad, antes que la institucionalización.

La Corte es de la opinión que las niñas y los niños migrantes y, en particular aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior. A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un

conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.

La Corte recuerda que ya se ha pronunciado con respecto a la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los sitios para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin.

Los Estados tienen obligaciones frente a los centros de acogida, sean estos de carácter estatal o privado, las cuales se basan en: (i) principio de separación y derecho a la unidad familiar; (ii) priorización de sitios de alojamiento abierto (no de privación de libertad) y (iii) condiciones materiales y régimen adecuados que asegure la protección integral de derechos.

Las niñas y los niños, especialmente cuando son extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de extrema vulnerabilidad. Esta presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación.

Las garantías del debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias son: (i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con él y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

Obligaciones de los Estados frente a los niños y niñas con necesidad de protección internacional:

Esta Corte ha considerado que, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsibles que aseguren a la persona solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado, incluyendo las niñas y los niños, su derecho a ser oído con las debidas garantías de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias.

Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieran de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial.

Las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben dirigir de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños.

Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.

Los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, las cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: (i) que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; (ii) que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación; (iii) que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; (iv) que reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; (v) que provea de un intérprete en caso de ser necesario; (vi) que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas; (vii) que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y las obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento.

Niños y niñas víctimas de trata con necesidad de protección internacional:

En los procedimientos de migración y asilo, es preciso evaluar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de **trata**, encontrarse separado o no acompañado. En cuanto a las niñas y niños víctimas o víctimas potenciales de **trata**, quienes se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, los Estados tienen el deber de protegerles contra un nuevo riesgo de victimización y prestarles asistencia jurídica y médica, intentando, en la medida de lo posible, proteger la privacidad e identidad de la víctima. Para ello, los Estados, en la medida de lo posible, deben cumplir con el suministro de: a) un alojamiento adecuado; b) asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) asistencia médica, psicológica y material; y d) oportunidades de educación y/o capacitación.

Debido a la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas de este delito, los Estados deben facilitar la obtención de un permiso para permanecer en su territorio, sobre todo en aquellos casos en los que su interés superior así lo aconseja o a los efectos de continuar con la investigación penal del perpetrador del delito.

Principio de no devolución:

La Corte considera que la flagrante violación de las garantías mínimas de debido proceso puede acarrear la violación del principio de no devolución.

La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que “[e]l retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior, por lo que se encuentra prohibido cuando produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del [niño o niña] y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución”.

La prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos, encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a sus derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

Una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y considerando el régimen establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

Para garantizar de forma efectiva el derecho comprendido en los artículos 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a las niñas y niños un acceso efectivo a los mismos que permita considerar su situación específica. La Corte considera que dicha obligación conlleva: (i) no obstaculizar el ingreso al país; (ii) si se identifican riesgos y necesidades, dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso; (iii) tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; (iv) contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; (v) realizar un registro y entrevista procurando no causar mayor trauma o re-victimización; (vi) disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; (vii) emitir un documento de identidad para evitar la devolución; (viii) estudiar el caso con consideración de flexibilidad en cuanto a la prueba; (ix) asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (x) en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior y (xi) buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo a la determinación del interés superior de la niña o del niño.

Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios:

El artículo 17 de la Convención, así como el artículo VI de la Declaración, articulan el derecho de protección a la familia, reconociendo que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de

la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia.

La Corte también ha precisado que el artículo 11.2 de la Convención, el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia, también denominada “vida familiar”, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia.

El derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería, excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior.

Es posible identificar que surgen dos intereses conflictivos en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos y (b) el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. No obstante, las exigencias del bienestar general no deben en forma alguna ser interpretadas de manera tal que habiliten cualquier viso de arbitrariedad en detrimento de los derechos. A fin de sopesar los intereses en conflicto, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.

En cuanto al requisito de idoneidad, la medida debe perseguir un fin legítimo, es decir, una finalidad acorde con la Convención. Debido a la naturaleza de los derechos que pueden resultar afectados, no puede atender cualquier finalidad, sino que debe satisfacer un interés público imperativo.

La medida debe ser necesaria en el sentido que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar. Para ello, evidentemente, los Estados deben contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria.

La medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial.

Dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.

La ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.

La Corte es de la opinión que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Es de la **OPINIÓN** de la Corte, entre otras:

Que los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio.

Que los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad.

Que las garantías de debido proceso que deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños son: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y el plazo razonable de duración del proceso.

Que los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar.

Que en situaciones de restricción de libertad personal que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente se corresponda a una privación de libertad, los Estados deben respetar las garantías que se tornan operativas ante dichas situaciones.

Que los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución

o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos.

Que de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

Que cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Opinión Consultiva OC - 18/03, 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Corte IDH. Caso Vélez Llor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Relevancia del fallo

Esta OC es muy relevante en materia de los derechos de la niñez migrante y/o con necesidad de protección internacional, toda vez que permite a los Estados contar con una guía interpretativa útil para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y el refugio y así evitar eventuales vulneraciones de sus derechos humanos.

Observaciones

En esta oportunidad se recibieron 42 escritos de observaciones presentados por cinco Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescentes, cuatro organismos internacionales y 31 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas.

Hubo una activa participación en la audiencia pública por parte de nueve Estados Miembros de la OEA, la Comisión Interamericana, tres organismos internacionales y 14 instituciones e individuos miembros de diversas organizaciones, sociedad civil en general e instituciones académicas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **Tipo de providencia:** sentencia
- **Número de providencia o radicación:** Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil
- **Fecha:** 20 de octubre de 2016
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.refworld.org/es/type,CASELAW,,BRA,592f0b9a4,0.html

Tema

Trata de personas

Subtemas

Prohibición de la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas
 Obligación de los Estados de garantizar el derecho reconocido en el artículo 6 de la Convención Americana

Hechos

La Corte estudia la situación de esclavitud a la que estaban sometidos los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, en la que se reclutaban jóvenes iletrados en situación de pobreza, bajo promesas de trabajo bien remunerado. Al llegar al sitio, los trabajadores se daban cuenta de que lo prometido no era cierto: les retenían sus documentos de identificación; les cobraban por la comida y la dormida; trabajaban largas jornadas, con poco descanso y bajo amenazas y malos tratos; vivían en condiciones de hacinamiento e insalubres; la comida que consumían era de baja calidad y descontada de sus salarios, entre otras. Muchos de los trabajadores no recibían remuneración alguna, debido a que no lograban cumplir con las altas metas de trabajo que les eran fijadas. Incluso, quedaban en deuda con la Hacienda, ya que el salario era muy bajo y por todo lo que les descontaban de sus ingresos (comida, dormida, medicamentos, utensilios). Los trabajadores no podían abandonar el lugar debido a las deudas contraídas con la Hacienda y porque vivían bajo constante amenaza y temor.

Procedimiento

Presentación de la petición: 12 de noviembre de 1998

Informe de admisibilidad y fondo (169/11): 3 de noviembre de 2011

Remisión del caso a la Corte IDH: 4 de marzo de 2015

Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 18 y 19 de febrero de 2016

Consideraciones (reglas y subreglas)

Prohibición de la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas:

La prohibición absoluta y universal de la **esclavitud** está consolidada en el derecho internacional.

La Corte observa que el concepto de esclavitud ya no se limita a la propiedad sobre la persona. Los dos elementos fundamentales para definir una situación como esclavitud son: i) el estado o condición de un individuo y ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima.

Para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad” se deberá evaluar con base en los siguientes elementos: a) la restricción o control de la autonomía individual; b) la pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; c) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; d) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; e) el uso de violencia física o psicológica; f) la posición de vulnerabilidad de la víctima; g) la detención o cautiverio y i) la explotación.

En cuanto a la interpretación de la **servidumbre, la trata de esclavos y de mujeres y el trabajo forzoso**, a la luz del artículo 6 de la Convención Americana, la Corte IDH considera que la servidumbre es una forma análoga de esclavitud y debe recibir la misma protección y conlleva las mismas obligaciones que la esclavitud tradicional.

La Corte coincide con la definición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre “servidumbre”, y considera que esa expresión del artículo 6.1 de Convención debe ser interpretada como “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”.

El elemento que vincula las prohibiciones de trata de esclavos y de mujeres es el mismo. Es el control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación. Ambas formas de trata comparten los siguientes elementos comunes: i) control de movimiento o del ambiente físico de la persona; ii) control psicológico; iii) adopción de medidas para impedir la fuga y iv) trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución.

La expresión “**trata de esclavos y de mujeres**” del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “**trata de personas**”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la

Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona.

La prohibición de “la trata de esclavos y la trata de mujeres” contenida en el artículo 6.1 de la Convención Americana se refiere a: (i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; (ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; (iii) con cualquier fin de explotación.

Obligación de los Estados de garantizar el derecho reconocido en el artículo 6 de la Convención Americana:

El Estado de prevenir e investigar posibles situaciones de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso. Entre otras medidas, los Estados tienen la obligación de: i) iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que personas sujetas a su jurisdicción se encuentren sometidas a uno de los supuestos previstos en el artículo 6.1 y 6.2 de la Convención; ii) eliminar toda legislación que legalice o tolere la esclavitud y la servidumbre; iii) tipificar penalmente dichas figuras, con sanciones severas; iv) realizar inspecciones u otras medidas de detección de dichas prácticas y v) adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas.

Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de servidumbre, esclavitud, trata de personas y trabajo forzoso. En particular, los Estados deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Decide: desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado relativas a la inadmisibilidad del sometimiento del caso a la Corte.

Declara: el Estado es responsable por la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, establecido en el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras.

Dispone: el Estado debe reiniciar las investigaciones y/o procesos penales que correspondan por los hechos del presente caso para, en un plazo razonable, identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables; adoptar las medidas necesarias para garantizar que la prescripción no sea aplicada al delito de derecho internacional de esclavitud y sus formas análogas; pagar las cantidades por indemnizaciones por daño inmaterial, entre otras.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema
<p>TEDH. Caso Rantsev Vs. Chipre y Rusia.</p> <p>Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.</p> <p>Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.</p>
Relevancia del fallo
<p>Aunque no es una sentencia sobre personas migrantes ni refugiadas como tal, este fallo es importante toda vez que es el primer caso contencioso ante la Corte IDH, sustancialmente relacionado con el inciso 1 (esclavitud, servidumbre y trata de esclavos y mujeres) y 2 (trabajo forzoso) del artículo 6 de la Convención Americana.</p> <p>La Corte recogió el desarrollo de las materias vinculadas a los incisos 1 y 2 del artículo 6 de la Convención en el derecho internacional, con el fin de dar contenido a los conceptos de esclavitud, servidumbre, trata de esclavos y mujeres y trabajo forzoso, todos prohibidos por la Convención Americana.</p>
Observaciones
<p>La Corte IDH recibió siete <i>amici curiae</i>, presentadas por: 1) la Clínica de Derechos Humanos de Amazonia, Universidad Federal de Pará; 2) el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 3) la International Trade Union Confederation; 4) la Universidad del Norte de Colombia; 5) la organización Human Rights in Practice; 6) Tara Melish, profesora Asociada de la State University of New York y 7) el Business and Human Rights Project de la University of Essex.</p>
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351
Identificación de la providencia
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Corte Interamericana de Derechos Humanos • Tipo de providencia: sentencia • Número de providencia o radicación: Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala • Fecha: 9 de marzo de 2018 • Consulta aquí el texto completo: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf
Tema
<p>Trata de personas</p>

Subtemas
<p>Trata de personas con fines de adopción y la venta de niñas y niños en el marco del artículo 6 de la Convención</p> <p>Obligación de los Estados frente a la trata de personas</p>
Hechos
<p>La Corte IDH decide el caso de la adopción de dos menores de edad guatemaltecos, hermanos entre sí, quienes fueron dados en adopción a una familia extranjera mediante un procedimiento extrajudicial ante un notario público, precedido de un procedimiento administrativo irregular. Los niños fueron declarados en abandono, institucionalizados y posteriormente dados en adopción internacional, cada uno a una familia estadounidense distinta. La adopción de estos dos hermanos ocurre en medio de un contexto de serias y múltiples irregularidades en los procesos de adopción de niñas y niños guatemaltecos, favorecido por una debilidad institucional de los órganos de control y una normativa flexible e inadecuada que facilitó la formación de redes y estructuras de delincuencia organizada dedicadas al “lucrativo” negocio de las adopciones internacionales.</p>
Procedimiento
<p>Presentación de la petición: 1 de agosto de 2006</p> <p>Informe de admisibilidad (8/13): 19 de marzo de 2013</p> <p>Informe de fondo (72/15): 28 de octubre de 2015</p> <p>Remisión del caso a la Corte IDH: 12 de febrero de 2016</p> <p>Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 22 de mayo de 2017</p>
Consideraciones (reglas y subreglas)
<p>Trata de personas:</p> <p>La expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”.</p> <p>La prohibición contenida en el artículo 6.1 de la Convención, [trata de personas] se refiere a: (i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; (ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; (iii) con cualquier fin de explotación.</p> <p>El delito de trata de personas se puede cometer “con cualquier fin de explotación”. El elemento de finalidad no está limitado a un fin específico de explotación, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, sino que podría también comprender otras formas de explotación.</p>

Trata de personas con fines de adopción y la venta de niñas y niños en el marco del artículo 6 de la Convención:

La adopción ilegal ha sido considerada una forma de explotación, de forma tal que la trata de personas con fines de adopción no requiere para su configuración una explotación posterior del niño o niña, distinta a la propia adopción.

La adopción ilegal puede constituir una de las finalidades de explotación de la trata de personas. Una adopción ilegal por sí misma no constituye el delito de trata de personas, pero cuando los actos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas se cometen con el fin de facilitar o llevar a cabo una adopción ilegal se está ante un supuesto de trata de persona con fines de adopción. En este supuesto el traficante desarrolla estas conductas con el propósito de explotar a la propia niña o niño por medio de su cosificación para una adopción ilegal.

Para que se configure el delito de trata de personas en este contexto, no es necesario que la adopción ilegal sirva como medio para una explotación posterior del niño o niña adoptado, como el trabajo forzoso o la explotación sexual, pues la explotación viene dada por la propia comercialización del niño o niña bajo condiciones abusivas o medios fraudulentos e injustos, sea antes, durante o después del procedimiento de adopción.

[En el presente caso] no hay pruebas suficientes para establecer que las adopciones irregulares de los dos menores de edad constituyeron trata de personas. No ha sido demostrado que los hermanos dados en adopción hubieran sido captados, transportados, trasladados, acogidos o recibidos con el exclusivo fin de lograr su adopción ilegal. Tampoco se ha demostrado que alguno de los intervinientes en los procesos de abandono o de adopción [autoridades públicas o particulares] hubiera obtenido beneficios económicos o alguna otra forma de retribución indebida.

Obligación de los Estados frente a la trata de personas:

Respecto a la trata de personas, los Estados deben adoptar medidas integrales, así como contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.

Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas idóneas para impedir toda venta y trata de niñas y niños, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la venta y trata de niñas y niños, cualquiera sea su forma o fin, así como la obligación de investigar su posible infracción.

Decisión (parte resolutive y órdenes)

Decide: desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado relativas a la inadmisibilidad del sometimiento del caso a la Corte.

Declara: el Estado es responsable de: la violación de la prohibición de discriminación en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos a la vida familiar y a la protección de la familia; de la falta de investigación de las irregularidades cometidas en el proceso de separación de la familia Ramírez y las posteriores adopciones internacionales, en violación del derecho a acceso a la justicia, entre otras.

Dispone: el Estado debe iniciar y conducir eficazmente las investigaciones penales, administrativas y disciplinarias que correspondan por los hechos de este caso y determinar y sancionar a los responsables; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; realizar un documental sobre los hechos del presente caso; adoptar las medidas necesarias para crear e implementar un programa nacional efectivo para garantizar una adecuada supervisión, fiscalización y control de la institucionalización de niñas y niños, entre otras.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie. C No. 242.

Relevancia del fallo

Aunque no es una sentencia sobre personas migrantes ni refugiadas como tal, este fallo es importante toda vez que estudia la trata de personas con fines de adopción y la venta de niñas y niños como una modalidad de trata de personas, en el marco del artículo 6 de la Convención.

A pesar de que no quedó demostrada la configuración de la trata en este caso, esta sentencia ha contribuido a la conceptualización y tipología de trata de personas.

Observaciones

Se presentó un *amicus curiae* por parte de Clinic on Policy Advocacy in Latin America de New York University.

En este caso la Corte decide, declare y dispone por unanimidad.

1.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional Sentencia T-236 de 2021

Identificación de la providencia

- **Corporación:** Corte Constitucional
- **Sala/Sección:** Sala doce de revisión
- **Tipo de providencia:** Tutela (T)
- **Número de providencia o radicación:** T-236 de 2021 (expediente T-7.733.840)
- **Fecha:** 23 de julio de 2021
- **Magistrado ponente:** Antonio José Lizarazo Ocampo
- **Consulta aquí el texto completo:**
www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-236-21.htm#_ftn64

Tema
Trata de personas
Subtemas
<p>Delito de trata de personas desde una perspectiva de derechos fundamentales y humanos</p> <p>Labor de las autoridades frente al delito de trata de personas</p> <p>Compromisos estatales para prevenir el delito de trata de personas</p> <p>Condiciones para la implementación del programa de asistencia a las víctimas del delito de trata de personas</p> <p>Migración venezolana y sus particulares riesgos frente a la trata de personas</p>
Hechos
<p>La Corte Constitucional seleccionó el caso de una mujer migrante proveniente de Venezuela, víctima de trata de personas transnacional con fines de explotación sexual. La accionante interpuso una tutela en contra de la Fiscalía, la Gobernación del Departamento, la Secretaría de Gobierno del Departamento y la Secretaría de Gobierno Municipal, por considerar violados sus derechos fundamentales al acceso a la justicia, integridad y seguridad personal, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana.</p> <p>La accionante emigró hacia Colombia junto con su familia bajo una engañosa promesa laboral. Al llegar a Colombia, le manifestaron que había venido para prostituirse. Tras ser acosada sexualmente ella y su hija menor de 7 años, la accionante logró huir y acudir a una agencia de cooperación internacional que le brindó apoyo para instaurar una denuncia penal por el delito de trata de personas. Sin embargo, la Fiscalía determinó que los hechos tipificaban el delito de inducción a la prostitución y no el de trata de personas. Con base en dicha tipificación, las autoridades negaron las medidas de asistencia inmediata y mediata que prevé la normativa en materia de trata de personas.</p> <p>La Corte estudia si la Fiscalía violó el derecho de la accionante al acceso a la justicia, al haber tipificado el delito como inducción a la prostitución y no como trata de personas. Además, determina si las demás entidades accionadas violaron los derechos de la tutelante a la integridad y seguridad personal, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana, al denegar las medidas de protección y asistencia previstas en la ley con base en la tipificación penal hecha por la Fiscalía.</p>
Procedimiento
<p>Primera instancia: sentencia de 18 de julio de 2019, del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento (censurado), que negó la acción de tutela.</p> <p>Segunda instancia: sentencia de 25 de octubre de 2019, del Tribunal Superior del Distrito Judicial (censurado), Sala Penal, que revocó el fallo impugnado y amparó el derecho al debido proceso.</p>

Consideraciones (reglas y subreglas)

El delito de trata de personas desde una perspectiva de derechos fundamentales y humanos:

La trata de personas es un delito que vulnera los derechos humanos de la víctima, a quien se le debe brindar especial atención y protección, desprovista de barreras administrativas y judiciales que terminen posponiendo su cuidado a escenarios en los que se hagan nugatorias o poco efectivas las medidas estatales, en detrimento de su dignidad humana.

Las víctimas del delito de trata de personas sufren la afectación de innumerables derechos, lo que las impacta física, psicológica y socialmente. Es necesario brindar a las víctimas una protección integral que no se limite a permitirles escapar de sus captores y que los mismos sean condenados penalmente. También se les debe facilitar enfrentar el impacto y las secuelas de la vulneración de cara a su recuperación y reinserción a la sociedad.

La amplia afectación y la multiplicidad de fenómenos que rodean la conducta, hacen que la protección deba iniciar incluso antes de que la Fiscalía pueda tener conocimiento de la comisión del respectivo delito, sin estar sujeta a los resultados del proceso penal que se adelante, con una perspectiva que integre un enfoque de derechos humanos alejado de tratamientos discriminatorios que impidan a las víctimas recibir una atención integral.

Labor de las autoridades frente al delito de trata de personas:

Las autoridades están en la obligación de proteger y asistir a las víctimas de trata de personas y no imponer barreras, límites o exigencias que, en lugar de garantizar los objetivos del Estado, generan mayores vulneraciones que impiden a las víctimas su recuperación e inclusión social, revictimizándolas.

Las obligaciones de protección y de asistencia de las autoridades se derivan de la Carta Política y de lo dispuesto en el Protocolo de Palermo (art. 2, literal b), de la Ley 985 de 2005 (art. 1 y 2, numerales 1 y 2), del Decreto 1069 de 2014 (art. 1) y del objetivo general del Anexo Técnico 2 del Decreto 1818 de 2020. Para el cumplimiento de dichas obligaciones, las autoridades deben coordinarse y colaborar entre ellas de manera armónica y articular su trabajo con otros Estados.

Compromisos estatales para prevenir el delito de trata de personas:

El Estado colombiano adquirió unos compromisos internacionales, principalmente, en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños -Protocolo de Palermo-, aprobado mediante la Ley 800 de 2003. Con el propósito de cumplir esos compromisos, el legislador expidió la Ley 985 de 2005, “por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”, que incluye medidas de prevención, protección y asistencia, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos y el fortalecimiento del Estado para lograrlo. Con la Ley 985 de 2005 se procuró, entre otras, (i) adoptar medidas de prevención y un componente de protección y asistencia a las víctimas y posibles víctimas, de modo que (ii) se les garanticen sus derechos humanos y se (iii) fortalezca la acción del Estado contra ese delito.

Según el artículo 7 de la Ley 985 de 2005, a las víctimas —directas e indirectas— del delito de trata se les debe garantizar protección y asistencia, con un enfoque que se encamine a otorgarles medidas que garanticen el aseguramiento de su recuperación física, psicológica y social,

con fundamento en la protección de sus derechos fundamentales. Dicho programa de protección y asistencia contiene medidas inmediatas y mediatas. Las medidas inmediatas incluyen: (i) retorno de las víctimas a su lugar de origen si estas lo solicitan; (ii) seguridad; (iii) alojamiento adecuado; (iv) asistencia médica y psicológica; (v) asistencia material; (vi) suministro de información y asesoría jurídica respecto a los derechos y procedimientos legales a seguir. Por su parte, las medidas mediatas se encaminan a garantizar el acceso a la oferta institucional para lograr el restablecimiento de los derechos de la víctima, a través de: (i) capacitación y ayuda en la búsqueda de oportunidades de empleo y (ii) acompañamiento jurídico durante todo el proceso legal para exigir la reparación de los daños que han sufrido las víctimas.

Las entidades competentes para ejecutar el programa de asistencia y protección a las víctimas son: (i) a nivel nacional: Ministerios de Relaciones Exteriores, Interior, Salud y Protección Social y Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Policía Nacional–Interpol, Fiscalía General de la Nación, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, Defensoría del Pueblo, Registraduría Nacional del Estado Civil, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) e Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (ICETEX); (ii) a nivel territorial: departamentos, distritos, municipios y sus entidades descentralizadas; también se establecieron funciones a los órganos de control como lo son la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

Condiciones para la implementación del programa de asistencia a las víctimas del delito de trata de personas:

La asistencia inmediata y mediata deberá prestarse sin necesidad de denuncia, pues basta con la recepción de la información proveniente de cualquier fuente, siempre que constituya un indicio del que se infieran fines de explotación. En Sentencia C-470 de 2016 se estableció que las medidas de asistencia –inmediatas y mediatas– para las víctimas del delito de trata de personas, en tanto mecanismo de protección integral, deben ser garantizadas sin supeditarlas a la presentación de la denuncia, al éxito de la investigación o al avance del proceso penal.

El delito de trata de personas es de investigación oficiosa, de manera que el Estado no puede trasladarle esa carga a la víctima y, menos aún, impedirle acceder a los programas de protección y asistencia que debe garantizar, pues “constituye una medida desproporcionada, innecesaria y lesiva de los derechos fundamentales”.

Para garantizar la investigación penal no es indispensable ni necesaria la denuncia de la víctima, pues existen medios alternativos para reemplazarla, que hacen posible el conocimiento de los hechos delictivos por parte de la Fiscalía General de la Nación. Ello, por cuanto la exigencia de denunciar penalmente supone riesgos significativos para la víctima, debido a las constantes amenazas y eventuales retaliaciones a las que se vería sometida. Exigir la denuncia previa supone el favorecimiento de la perspectiva penal y, en los casos de trata de personas, la que prevalece es la perspectiva de derechos fundamentales.

La migración venezolana y sus particulares riesgos frente a la trata de personas:

La población migrante de Venezuela está expuesta a un riesgo mayor de ser víctima del delito de trata, pues padece unas condiciones de pobreza extrema, abandono estatal y condiciones migratorias irregulares que la expone a padecer situaciones de explotación, lo que no puede determinarse por el índice de casos denunciados debido a las barreras que impiden identificarlo y ponerlo en conocimiento de las autoridades.

El caso concreto:

(i) El Comité Municipal vulneró los derechos a la integridad personal, a la seguridad, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana de la actora y de su núcleo familiar, toda vez que: supeditó la inclusión de la accionante en el programa de asistencia y protección a víctimas de la trata de personas a la actuación penal y a la supuesta irregularidad de la situación migratoria de las víctimas. Lo anterior, omitiendo que, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, la presentación o no de la denuncia y el plan metodológico que la Fiscalía defina para adelantar la investigación no pueden servir de fundamento para negar la inclusión en dicho programa. Además, impuso una exigencia no prevista en el marco normativo para que una persona sea incluida en el programa de protección y asistencia, pues sometió el reconocimiento a la adecuación típica de la conducta investigada por la Fiscalía. En el presente caso, dicho Comité desconoció que es víctima del delito de trata de personas, quien haya sido —captada, trasladada, acogida o recibida— con fines de explotación, con independencia de que se identifique, procese o condene al autor del delito. Además, impidió la activación del programa de protección y asistencia para el cual basta la mera recepción de la información proveniente de cualquier fuente, que constituya indicio de los fines de explotación. Haber supeditado la protección y asistencia al trámite judicial y a la regularización migratoria, desconoce el enfoque de derechos humanos que se impone al momento de enfrentar situaciones que podrían configurar el delito de trata de personas.

(ii) El Ministerio del Interior vulneró los derechos a la integridad personal, a la seguridad, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana de la accionante y su familia porque, una vez recibió el “formato reporte de caso” que le remitió la Cruz Roja, se limitó a remitirlo al Comité Municipal. Con este proceder, el Ministerio desconoció su obligación de coordinar y articular con el respectivo comité departamental, distrital o municipal para dar inicio al programa de protección y asistencia inmediata, a pesar de los constantes llamados que hizo la Defensoría del Pueblo frente al caso.

(iii) La Policía Nacional vulneró el derecho a la integridad personal, a la seguridad y a la dignidad humana de la víctima y su familia, toda vez que omitió cumplir sus funciones de investigación y persecución de los delitos que directa o indirectamente se relacionen con el de trata de personas, en aras de evitar un obrar pasivo, omisivo o comprensivo del delito. La Corte llama la atención sobre la falta de interés de los agentes de policía ante quienes la víctima expuso la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba.

(iv) En cuanto a la Fiscalía, la Corte le ordena verificar si en la investigación adelantada por los hechos expuestos en la denuncia por la accionante, debe variar la adecuación típica que hizo inicialmente.

Decisión (parte resolutive y órdenes)**Resolvió:**

Confirmar parcialmente la sentencia de segunda instancia, en cuanto al suministro de las medidas de protección que le fueron otorgadas a la actora, las cuales deberán mantenerse.

Amparar los derechos fundamentales a la integridad personal, a la seguridad, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana de la señora LCVO y de su familia.

Ordenó:

Al **Comité Municipal de trata** que: (i) dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, incluya a la señora LCVO y a su familia en el programa de protección y asistencia fijada en el Decreto 1069 de 2014 e inicie los trámites para suministrarles todas las medidas en el previstas. (ii) En adelante, se abstenga de dar prevalencia a la investigación penal sobre el enfoque de derechos humanos, de modo que siempre que haya indicios de que la conducta podría ser constitutiva de trata de personas, active el programa de protección y asistencia a las víctimas.

Al **Comité Interinstitucional de trata** que: (i) realice seguimiento a la ejecución de la Estrategia Nacional para la Lucha Contra la Trata de Personas (Decreto 1818 de 2020). (ii) Dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo, diseñe un protocolo con la ruta que debe surtir para la identificación de las víctimas del delito de trata de personas y lo socialice con los Comités Municipales, Distritales y Departamentales de Lucha contra la Trata de Personas del país en los términos indicados en esta providencia. (iii) Dicho protocolo deberá incluir propuestas para brindar protección a las víctimas en un contexto de migración masiva.

Al **Ministerio del Interior** que, dentro de las (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia: (i) realice un seguimiento al Comité Municipal para que garantice la atención, asistencia y protección de la accionante y su familia. (ii) Dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo, organice y desarrolle capacitaciones dirigidas a los servidores públicos con funciones relacionadas con la lucha contra la trata de personas para actualizarlos frente a: la normativa vigente; la Estrategia Nacional; la prevención, el combate, la judicialización de la trata de personas; la protección identificación con enfoque de derechos humanos; ayuda y asistencia a las víctimas; los compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos de las víctimas y las formas en que opera el crimen organizado nacional y transnacional relacionado con la trata de personas y las herramientas existentes para combatirlo.

A la **Fiscalía** que, dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de este fallo, verifique la investigación adelantada por los hechos expuestos en la denuncia de la accionante, a efectos de establecer la posible comisión de los delitos trata de personas y actos sexuales abusivos.

A **Migración Colombia**, que mantenga vigentes los salvoconductos de la actora y su familia, hasta tanto se resuelva su solicitud de asilo.

A la **Procuraduría General de la Nación** hacer seguimiento a la actuación de los funcionarios que tienen obligaciones de asistencia a las víctimas del delito de trata de personas y vigilar el cumplimiento de este fallo.

Exhortó:

Al **Ministro de Defensa**, a la **Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales** y a la **Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer**, para que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo, diseñen un programa de capacitación sobre la investigación y persecución del delito de trata y los delitos directa o indirectamente relacionados con dicho tipo penal, dirigido a los funcionarios y agentes de la

Policía Nacional que prestan sus servicios en el Área Metropolitana de C, sin perjuicio de hacerlo extensivo a las demás entidades con funciones en la atención a las víctimas del delito de trata de personas.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. Sentencia C- 470 de 2016. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Relevancia del fallo

Esta sentencia es supremamente importante por varias razones:

Es el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional, como juez de tutela, sobre un caso de trata transnacional en el que la accionante, víctima de este delito, es una mujer proveniente de Venezuela, cuyos hechos ocurrieron en el contexto de migración venezolana hacia Colombia.

Se hace un análisis extenso sobre el delito de trata, las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano en la materia; el marco normativo interno para el cumplimiento de dichos compromisos y las autoridades -nacionales y territoriales- a su cargo.

Se reitera que la trata de personas debe abordarse desde un enfoque de derechos humanos, con perspectiva de género e interseccionalidad.

Se ponen de relieve las implicaciones que el actual contexto migratorio colombiano tiene para la ocurrencia, investigación y sanción del delito de trata de personas.

Emitió órdenes orientadas a las protección de los derechos de la mujer víctima de trata demandante, pero también otras que buscan fortalecer la acción de las autoridades para la protección de los derechos de las víctimas de trata de personas. Al respecto se destaca el diseño del protocolo con la ruta que debe surtir para la identificación de las víctimas del delito de trata de personas, el cual debe incluir una propuestas para brindar protección a las víctimas en un contexto de migración masiva.

Observaciones

Este proceso contó con amplia participación de la sociedad civil: Women's Link Worldwide, que representó los intereses de la demandante; Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), Programa de Protección Internacional de la Universidad de Antioquia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad UNAB, Grupo de Acciones Públicas ICESI, Organización Sin Fronteras, Universidad Católica Andrés Bello, Alianza Colombiana de Organizaciones de la Sociedad Civil Contra La Trata De Personas y la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes.

También intervinieron las siguientes autoridades: Defensoría del Pueblo, Fiscalía General de la Nación -Tercera CAIVAS, Policía Nacional de Colombia, Alcaldía Municipal (accionada), Migración Colombia.

1.3. Jurisprudencia de los tribunales y juzgados de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial (censurado), Sala Penal Sentencia de 25 de octubre de 2019
Identificación de la providencia
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Tribunal Superior de Distrito Judicial (censurado) • Sala/Sección: Sala Penal • Tipo de providencia: sentencia de segunda instancia • Tipo de proceso: tutela • Fecha: 25 de octubre de 2019 • Magistrado ponente: Luis Giovanni Sánchez Córdoba
Tema
Trata de personas
Subtemas
Acceso de las víctimas de trata a las medidas mediatas
Hechos
<p>En sede de tutela, en segunda instancia, el Tribunal estudia la tutela interpuesta por una mujer migrante proveniente de Venezuela, víctima de trata de personas transnacional con fines de explotación sexual. La accionante interpuso una tutela en contra de la Fiscalía, la Gobernación del Departamento, la Secretaría de Gobierno del Departamento y la Secretaría de Gobierno Municipal, por considerar violados sus derechos fundamentales al acceso a la justicia, integridad y seguridad personal, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana.</p> <p>La accionante emigró hacia Colombia junto con su familia bajo una engañosa promesa laboral. Al llegar a Colombia, le manifestaron que había venido para prostituirse. Tras ser acosada sexualmente, ella y su hija menor de 7 años lograron huir y acudir a una agencia de cooperación internacional que le brindó apoyo para instaurar una denuncia penal por el delito de trata de personas. Sin embargo, la Fiscalía determinó que los hechos tipificaban el delito de inducción a la prostitución y no el de trata de personas. Con base en dicha tipificación, las autoridades negaron las medidas de asistencia inmediata y mediata que prevé la normativa en materia de trata de personas.</p> <p>El Tribunal aborda dos cuestiones principalmente. Por una parte, si puede en sede de tutela ordenar a favor de la tutelante el suministro de asistencia conforme lo establecido en la Ley 985 de 2005 como presunta víctima del delito de trata de personas. Por otra, si puede ordenar a la Fiscalía General de la Nación adelantar una investigación bajo cierto tipo penal y no por el que dicho ente lo considere adecuado al momento de recibir la denuncia</p>

Procedimiento

La Sala decide la impugnación interpuesta contra la sentencia de primera instancia de 18 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento (censurado), mediante la cual se negaron las pretensiones de la tutela.

Consideraciones (reglas y subreglas)

Acceso de las víctimas de trata a las medidas mediatas:

De acuerdo con el precedente constitucional de la Sentencia C-470 de 2016, no se puede supeditar el acceso de la víctima del delito de trata de personas a las medidas mediatas a la presentación de la denuncia penal.

Mediante Sentencia C-470 de 2016, la Corte Constitucional declaró inexecutable el parágrafo 1º del artículo 7 de la Ley 985 de 2005, “Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”. Este parágrafo supeditaba el acceso de la víctima de trata, a la asistencia mediata, a la presentación de la denuncia del delito. En dicha Sentencia, la Corte Constitucional encuentra que:

“Si bien la finalidad de denunciar es imperiosa y es adecuada para lograr el propósito constitucional de perseguir los hechos que revistan característica de delito en virtud de lo contemplado en el artículo 250 de la Constitución Política y de ese modo, lograr la protección de los derechos de las víctimas, como por ejemplo la reparación, la verdad y la justicia, para la Corte el efecto de la norma demandada es contrario, al hacer depender la condición de víctima de la calificación penal de la conducta y al privar de la protección a la víctima que no denuncie. Al respecto, la Corte señala que se causaría un grave detrimento de los derechos fundamentales de las presuntas víctimas, ya que quedan subordinados a la persecución del delito y de sus autores, y ello no puede ocurrir a costa del sacrificio de principios de vital trascendencia como lo es la dignidad humana”.

En consideración del precedente constitucional, el Tribunal encuentra que, en el presente caso, “no puede quedar relegada la señora y su núcleo familiar de obtener del Estado Colombiano la asistencia que requiere al considerarse presunta víctima del delito de trata de personas, en tanto que como ya lo dijo la Corte la denuncia del hecho no constituye requisito previo para ello”.

A partir de los hechos del caso, bien se podría configurar el delito de trata de persona, toda vez que se evidencia posible captación, traslado, acogimiento o recepción, los cuales fueron detallados por la accionante. No obstante, dicho análisis corresponde al “(...) persecutor de la acción penal, máxime cuando éste tiene el carácter de delito transnacional y de lo narrado en la denuncia, ésta tiene condición de migrante y aduce haber ingresado al país por pasos fronterizos ilegales”.

“Corresponde entonces a la Fiscalía General de la Nación adelantar las labores de investigación para esclarecer lo allí narrado y no quedarse inerte en la actividad judicial frente a situaciones como la planteada, máxime cuando para la Sala es evidente que no existe elemento adicional al dicho de la accionante que indique la posible veracidad de lo ocurrido”.

Modificación del tipo penal por parte del juez de tutela:

A pesar de que la Fiscalía calificó la conducta como inducción a la prostitución, y no como trata de personas, esta calificación no es definitiva, sino que es una presunta hipótesis del punitivo cometido por el denunciado. No es un calificativo determinante para concluir que los hechos se adecuaron a tal tipo sin admitir modificación y/o ajuste alguno. “Es por ello, que en cuanto a dicho planteamiento la Sala no podrá intervenir, máxime cuando la investigación adelantada (...) se encuentra activa”.

Decisión (parte resolutive y órdenes)**Resolvió:**

Revocar el fallo de primera instancia y en su lugar amparar el derecho fundamental al debido proceso invocado por la accionante.

Ordenó:

A la Fiscalía que de inmediato **suministre** medidas de protección de manera transitoria en favor de la accionante, cuya duración será hasta tanto adelante las labores propias de investigación y verifique si de los hechos narrados en la denuncia se extrae algún elemento indicativo de presunta victimización del delito de trata de personas, para que de ese modo defina ya sea el levantamiento o la permanencia de las medidas adoptadas.

De los resultados propios de los actos de verificación que efectúe la Fiscalía, deberá informar al Comité Interinstitucional de Lucha contra la Trata de Personas Municipal y Departamental, para su conocimiento, fines y trámites administrativos pertinentes.

Exhortar a la demandante para que en aras de impartir celeridad a la investigación penal adelantada y colaborar con la justicia (...) acceda al pedimento del ente persecutor de la acción penal en el sentido de comparecer a ampliar la denuncia formulada.

Jurisprudencia citada relacionada con el tema

Corte Constitucional. C-470 de 2016. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Relevancia del fallo

Este fallo es importante porque:

El Tribunal recoge los argumentos de la Sentencia C-470 de 2016, mediante la cual se declaró inexecutable el parágrafo 1º del artículo 7 de la Ley 985 de 2005, el cual supeditaba el acceso a la asistencia mediata, a la presentación de la denuncia del delito. El Tribunal retoma este precedente constitucional para desestimar el argumento del juez de primera instancia, el cual había negado la tutela porque la víctima no había acudido a los llamados realizados por la Fiscalía para ampliar su denuncia. Además, este caso fue seleccionado por la Corte Constitucional para revisión, lo cual concluyó con la expedición de la Sentencia T-236 de 2021.

Referencias

- ACNUR y OIM. Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes.
- ACNUR. Brasil se convierte en el país con el mayor número de refugiados venezolanos reconocidos en América Latina, 31 de enero de 2020, www.acnur.org/noticias/press/2020/1/5e34af654/brasil-se-convierte-en-el-pais-con-el-mayor-numero-de-refugiados-venezolanos.html.
- Defensoría del Pueblo. Alerta Temprana no. 0005 de 2021, 2 de marzo de 2021.
- Defensoría del Pueblo. Alerta Temprana no. 035 de 2020, 5 de agosto de 2020.
- El Espectador. “Más de 14.000 migrantes represados en Necoclí generan nueva emergencia humanitaria”, 7 de septiembre de 2021, www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/mas-de-14000-migrantes-represados-en-necocli-generan-nueva-emergencia-humanitaria/.
- Migración Colombia. Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Enero de 2021, 3 de marzo de 2021, www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-enero-de-2021.
- Moreno, Carolina y Gracy Pelacani. “El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional”. En Fajardo, Alejandro y Vargas, Alexandra (eds.). (2021). *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*. CODS-IDRC, bit.ly/3y68nOG.

Normativa

- Decreto 216/2021, Ministerio de Relaciones Exteriores
- Resolución 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

Conectando Caminos
por los Derechos

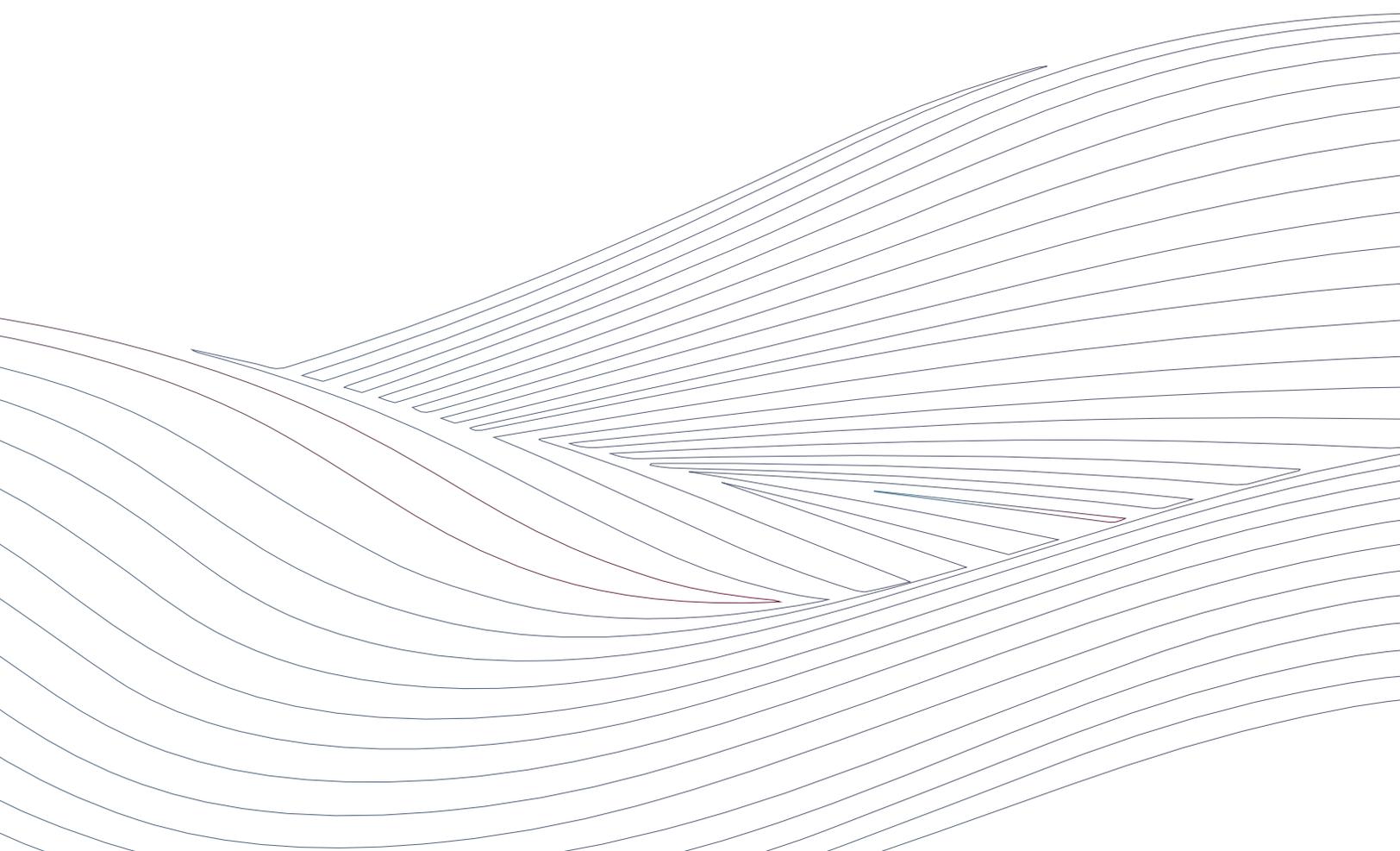


BITÁCORA JURISPRUDENCIAL DE LA MIGRACIÓN

Para la defensa de los derechos humanos de la
población migrante y refugiada en Colombia

NOVIEMBRE, 2021

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del
30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica:
Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años:
Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.



La **Bitácora Jurisprudencial de la Migración** recoge y analiza los pronunciamientos sobre los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia y una selección de decisiones adoptadas por jueces de instancia del Estado colombiano, actuando como jueces de tutela, sobre la protección de estos derechos. Está compuesta por 52 fichas de análisis jurisprudencial y pretende ser una herramienta útil, accesible y de fácil consulta para organizaciones de la sociedad civil, líderes y lideresas, academia, centros de pensamiento, consultorios y clínicas jurídicas, jueces, funcionarios públicos y, en general, personas que, en Colombia y en América Latina, trabajan para defender los derechos de la población migrante y refugiada.

La bitácora organiza los pronunciamientos seleccionados para el análisis en tres categorías: (i) las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales de la población migrante y refugiada. Al interior de ésta se abordan los pronunciamientos sobre los derechos laborales, el derecho a la salud y a la seguridad social de las personas migrantes y refugiadas; (ii) las violaciones a los derechos humanos asociadas a la condición migratoria, en el marco de la cual se consideran las decisiones sobre el derecho al debido proceso y nacionalidad; (iii) las violaciones a los derechos humanos asociadas a la criminalidad organizada, que aborda los pronunciamientos sobre la trata de personas y las violaciones relacionadas de los derechos de las personas migrantes y refugiadas.

El análisis realizado para la construcción de la bitácora permite, además, identificar los avances más relevantes en la protección de los derechos de esta población y tomar conciencia de los vacíos que todavía permanecen en este cuerpo jurisprudencial. Así, por un lado, llama la atención el importante conjunto de sentencias de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la salud de personas migrantes y refugiadas y su reiteración por parte de las sentencias de instancia de tutela analizadas. También, es relevante el conjunto de decisiones sobre el derecho a la nacionalidad de personas nacidas en el extranjero de padres colombianos, las cuales necesitan registrar de forma extemporánea su nacimiento. De la misma forma, es necesario subrayar que casi la totalidad de los pronunciamientos analizados sobre violaciones al derecho al debido proceso reconocen la vulneración de este derecho y ratifican las garantías del mismo a favor de las personas migrantes y refugiadas. En este contexto, el único pronunciamiento sobre trata de personas migrantes resalta por las órdenes emitidas, no solo a favor de la mujer víctima de este delito, sino también las de orden estructural que involucran a distintas autoridades del Estado. Por otro lado, salta a la vista la falta de cualquier decisión sobre personas migrantes y refugiadas víctimas de reclutamiento forzado o de desaparición forzada.

La bitácora se construyó a partir del convencimiento de que el conocimiento del cuerpo jurisprudencial sobre los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas es fundamental y necesario para avanzar en la protección y garantía de sus derechos.