

Bogotá D.C., 2 de marzo de 2022

Honorable Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Corte Constitucional de Colombia

Referencia: expediente T-8.292.286. Concepto técnico sobre la protección de los derechos de un niño extranjero abandonado en territorio colombiano

Asunto: acción de tutela instaurada por la señora Marisol Niño Cendales -Defensora de Familia adscrita al ICBF-, en representación del menor Jhonleiker Daniel Álvarez Guanipa, contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República

Gracy Pelacani, Carolina Moreno Velásquez y Laura Cristina Dib-Ayesta, profesoras de la Facultad de Derecho, miembros del Centro de Estudios en Migración (CEM) y de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, identificadas como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos ante su despacho el presente concepto, en atención a la solicitud realizada por medio del auto del 14 de febrero de 2022, en el cual se dispone:

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

En este concepto recordamos los estándares nacionales e internacionales sobre la protección de los derechos de los niños y niñas, tanto nacionales como extranjeros presentes en el territorio colombiano y, en especial, de su derecho a tener y crecer en familia; advertimos que la respuesta que ofrece el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV) a esa situación es insuficiente; mostramos los obstáculos a los cuales se enfrentan

las autoridades y los niños y niñas extranjeros en territorio colombiano para el restablecimiento de sus derechos, en particular los niños y niñas provenientes de Venezuela; enfatizamos que, en este caso y en casos similares, el retorno del menor de edad a su país de origen no es una solución acorde a su interés superior y es contrario al principio de no devolución; solicitamos que se verifique de forma previa a cualquier actuación si el niño necesita protección internacional y que, de ser así, se realicen las actuaciones oportunas ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. En todo caso, argumentamos que el sistema de refugio del Estado colombiano carece de un enfoque de niñez y que, en este sentido, necesita ser adecuado de forma urgente para responder a las necesidades especiales de protección de niños y niñas; solicitamos que, de verificarse la condición de apatridia del menor de edad, se procedan a realizar las actuaciones necesarias para que éste adquiriera la nacionalidad colombiana por adopción, aunque advertimos que el acceso a la nacionalidad no debe usarse de forma instrumental para poder declarar el niño en adoptabilidad. Finalmente, concluimos que el sistema de protección de los derechos de niños y niñas migrantes y refugiados del Estado colombiano necesita repensarse en aras de responder a las necesidades específicas de esta población. El Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), en su estado actual, es insuficiente y no ofrece caminos efectivos que permitan garantizar la protección integral de los derechos de niños y niñas migrantes y refugiados en Colombia.

I. Relevancia del caso y estándares nacionales e internacionales respecto a la protección de la niñez, en particular la niñez migrante y refugiada en Colombia

El caso que está bajo revisión de la Corte es de suma relevancia, en la medida en que se trata de un menor extranjero abandonado y en una situación de grave vulnerabilidad. Además, este caso pone de manifiesto una situación estructural que viven otros niños en las mismas circunstancias, ante el cual el ordenamiento jurídico no da una respuesta ni clara ni satisfactoria en términos de protección de los derechos de la niñez migrante y refugiada en Colombia. En este sentido, la Corte tiene la oportunidad de adoptar una sentencia que constituya un precedente para la protección de los derechos de la niñez migrante y refugiada abandonada, que se encuentra en una situación de desprotección y vulneración de sus derechos, en particular, el tener y crecer en familia.

La Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 44 los derechos fundamentales de los niños y las niñas, entre los cuales se encuentra el derecho a tener un nombre y nacionalidad, a tener una familia y a no ser separados de ella, al cuidado y al amor. De dicha disposición se desprende el principio del interés superior del niño. Asimismo, el Código de Infancia y Adolescencia (CIyA) consagra en su artículo 22 el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Este derecho, en el caso de un niño abandonado como en el caso concreto, requiere la adopción de medidas positivas por parte del Estado para que se haga efectiva su garantía. La Corte Constitucional ha establecido que el derecho a formar parte de un núcleo familiar, “(...) además de ser un derecho que goza de especial prelación, constituye

una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales (...)”¹.

Adicionalmente, el derecho a crecer en un entorno familiar hace parte del bloque de constitucionalidad, a través de la aplicación sistemática del artículo 93 de la Constitución². El derecho a la familia se encuentra consagrado en el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 16 del Protocolo de San Salvador. Con base en dichas obligaciones internacionales es que la propia Corte ha señalado que el derecho a la familia “tiene una dimensión prestacional que obliga al Estado a remover cualquier barrera administrativa para el goce del mismo”³.

Este caso está enraizado en un tema central, que es la dignidad humana. El derecho a la dignidad implica “la protección de las condiciones mínimas para asegurar una existencia material adecuada y plena”⁴. Tomando en cuenta que la dignidad posee una doble dimensión, como principio y derecho, la Corte Constitucional se ha referido a su protección reforzada cuando se trata de la niñez. Para esta Honorable Corte, es claro el estado de mayor vulnerabilidad en el que se encuentra un niño o una niña frente a posibles violaciones a sus derechos, lo que justifica la ampliación del ámbito de la dignidad para garantizar su “intangibilidad mental, moral y espiritual”⁵. En el presente caso, la violación del derecho a la dignidad se desprende a su vez de la vulneración de otros derechos del niño en cuestión, particularmente del derecho a la personalidad jurídica, derecho a la nacionalidad y derecho a tener y crecer en una familia.

En el caso de los niños y las niñas, la protección especial de sus derechos da lugar a que el reconocimiento de la personalidad jurídica y de los atributos de ésta primen “(...) ante las formalidades de cualquier proceso jurídico o administrativo por lo que cualquier yerro que se comete en los mismos debe estar supeditado al principio de supremacía constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”⁶. Constituye así una obligación del Estado remover aquellos obstáculos que impidan el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y las niñas, tal como es el derecho a vivir en un entorno familiar, rodeados del afecto y las condiciones necesarias para su debido desarrollo. Este obstáculo que enfrenta la niñez migrante y refugiada en Colombia que ha sido abandonada y que se encuentra en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), expone a este grupo poblacional a condiciones de gravísima vulnerabilidad.

En el presente caso es claro que confluyen una serie de situaciones que acentúan la

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Corte Constitucional. Sentencia SU-696 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-153 de 2000. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-044 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1055 de 2001. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-220 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁶ *Ibíd.*

vulnerabilidad en la que se encuentra el niño. Primero, aunque desconocemos el expediente del caso, del auto del 14 de febrero de 2022 de la Corte Constitucional, mediante el cual fue invitada la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes a brindar concepto técnico, se desprende que el menor de edad fue abandonado con tan solo 3 años. El Código de Infancia y Adolescencia establece en su artículo 29 que la primera infancia, entendida desde los cero hasta los seis años, “es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano”. Dada su corta edad, el niño necesariamente depende de un adulto responsable para su subsistencia. A esa acentuada situación de desprotección se suma lo que el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de la Organización de Naciones Unidas han denominado la “doble vulnerabilidad”⁷. Ello porque, en el contexto de la migración internacional, los niños pueden verse afectados por el hecho de ser niños y por ser ellos mismos migrantes y, adicionalmente, su situación de vulnerabilidad puede ser aún mayor por razones como su origen nacional, género, estatus migratorio u otra condición. Por esa razón, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha señalado que atender la condición migratoria irregular de la niñez es un medio indispensable para reducir esa vulnerabilidad⁸.

II. El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos es insuficiente para responder a las necesidades de protección del menor de edad extranjero abandonado

Quienes suscribimos este concepto técnico queremos ser enfáticas en que, si bien la situación migratoria irregular del niño incrementa notablemente su nivel de vulnerabilidad, este caso no se resuelve con la sola regularización migratoria. Esto es así porque el problema jurídico versa sobre las barreras que existen para que los niños, niñas y adolescentes (NNA) extranjeros abandonados en Colombia, independientemente de su situación migratoria, puedan ser restablecidos en el goce pleno de sus derechos, en particular, el de tener y crecer en el seno de una familia.

El Estatuto Temporal de Protección a Migrantes Venezolanos (ETPV) contempla un enfoque de niñez que, sin lugar a dudas, representa un avance significativo respecto de otras medidas de regularización migratoria en Colombia. Con base en las obligaciones internacionales asumidas por Colombia al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, la Resolución

⁷ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño. Observación General conjunta No. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No. 22 del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional. Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22 (16 de noviembre de 2017).

⁸ UNICEF. Nota técnica: La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto de movilidad humana. (2020). Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

971 de 2021 de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que implementa el ETPV, establece que los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias, así como aquellos que no cuentan con documentación alguna y los que se encuentran vinculados a un PARD, son particularmente vulnerables y que ello debe ser tenido en cuenta para su acceso al ETPV. El artículo 25 de dicha Resolución establece que sus disposiciones deberán ser interpretadas de la forma más favorable para el interés superior y la protección integral de la niñez. Este enfoque de niñez y diferencial está ausente de la política de visas en Colombia, cuya normativa aplicable es la Resolución 6045 de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores⁹ y no dispone ninguna medida especial para el acceso a visas de NNA, en particular para aquellos en una situación de vulnerabilidad especial como el caso que nos ocupa.

Con esto lo que queremos decir es que, si bien el ETPV es una medida sumamente positiva y el acceso a un Permiso por Protección Temporal (PPT) le permitiría a este niño poder acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), acceder al sistema educativo y permanecer de forma regular en Colombia, ello no resolvería el asunto de fondo. Incluso en situación migratoria regular, el niño permanecería bajo el cuidado del Estado, en particular del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), hasta la mayoría de edad, sin la posibilidad de que se reintegre a un medio familiar o de que sea dado en adopción. Por tal motivo, el problema reside en la imposibilidad de garantizar el derecho del niño a vivir en un entorno familiar. Tal y como lo ha establecido el ICBF, “(...) **todos los menores de edad venezolanos, al no ser nacionales colombianos no pueden ser declarados en adoptabilidad**”. De conformidad con el CIyA, una vez queda ejecutoriada la declaratoria de adoptabilidad, se debe realizar una anotación en el registro civil de nacimiento colombiano, documento que no posee una persona extranjera.

En esos casos, cuando no es posible la reunificación familiar, debe darse aplicación a la Resolución 11199 de diciembre de 2019 del ICBF, mediante la cual se reglamenta el mecanismo para dar el aval de ampliación del término máximo de dieciocho (18) meses de seguimiento del PARD. Lo que ello implica en la práctica es que los NNA en esas circunstancias quedan indefinidamente bajo el cuidado del Estado. Cabe destacar, además, que la internación no es una respuesta adecuada y no lo es, en particular, para la primera infancia. Según UNICEF, “los procesos de institucionalización prolongados dañan a los niños de forma severa, con efectos especialmente alarmantes en la primera infancia”, en la medida en que impactan de forma negativa “el desarrollo cognitivo, las relaciones de apego, las relaciones con los pares, el desarrollo neuroendocrino y la salud mental”¹⁰.

⁹ Pelacani, Gracy; Moreno V., Carolina; Dib-Ayesta, Laura y Tobón Ospino, Mairene, “Estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. Informes CEM. Informe 3-2021. Centro de Estudios en Migración (CEM). Agosto del 2021. Bogotá, Colombia.

¹⁰ UNICEF. El derecho a vivir en familia. (2015). UNICEF Uruguay, pág. 3.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de las medidas cautelares adoptadas a favor de niños y niñas migrantes que fueron separados de sus familias como resultado de la implementación de la “Política de Tolerancia Cero”, en los Estados Unidos en 2018¹¹, aunque en un contexto diferente, llamó la atención sobre las consecuencias que pueden derivar de la separación de los menores de edad de su núcleo familiar. En especial, puso de presente el impacto psicológico y emocional que deriva de esta separación y de la incertidumbre sobre la reunificación, sobre todo en edades donde la familia juega un rol fundamental en el desarrollo de niños y niñas¹².

De modo que, como se explicará en este concepto técnico, las y los niños en estas circunstancias no pueden ver garantizado su derecho a crecer en un entorno familiar. Por ende, es deber del Estado adoptar todas las medidas, legislativas o administrativas que permitan superar estas barreras y garantizar los derechos de esta población, en cumplimiento del interés superior del niño, dando una respuesta oportuna y adecuada a las necesidades de la niñez extranjera abandonada.

III. La respuesta del ordenamiento jurídico colombiano a la situación de los niños, niñas y adolescentes abandonados de nacionalidad colombiana y de nacionalidades diferentes a la colombiana

Para efectos del caso bajo análisis, conviene considerar cuál es la situación de los NNA en situación de amenaza o vulneración de sus derechos en Colombia y establecer de qué manera la nacionalidad de estos menores de edad incide en el tipo de respuestas que el marco normativo del Estado colombiano ofrece para el restablecimiento de sus derechos y los posibles obstáculos para que esto efectivamente ocurra. Para ello, en la presente sección describiremos la situación de los NNA colombianos en situación de abandono (a), las particularidades de los NNA extranjeros abandonados en territorio colombiano (b) y, finalmente, cuando estos NNA son nacionales venezolanos (c).

a) Los NNA colombianos en situación de abandono en Colombia

A la luz del diseño institucional para la protección integral de los NNA, previsto en el CIyA, la situación de abandono es una violación del derecho de protección y del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, previstos en los art. 20-1 y 22 de esta normativa, respectivamente. En tal sentido, los NNA deben ser protegidos contra “el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención”, así como “tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella”.

¹¹ Inter-American Commission on Human Rights, Resolution 64/2018. Precautionary Measure No. 731-18 Migrant Children affected by the “Zero Tolerance” Policy regarding the United States of America August 16, 2018, párr. 27 y 28.

¹² *Ibíd.*

Al advertirse la configuración de una situación que vulnera los derechos de los NNA, como precisamente ocurre en el caso bajo estudio, el CIyA prevé el “restablecimiento de derechos”, esto es, “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados” (art. 50). Bajo este esquema, las instituciones competentes, de acuerdo con la asignación de competencia dispuesta en este código, deben adoptar medidas de protección tendientes a garantizar el goce efectivo de los derechos de estas personas (art. 51). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 del CIyA, estas medidas pueden ser: (i) Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico; (ii) Retiro inmediato del NNA de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado; (iii) Ubicación inmediata en medio familiar; (iv) Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso; (v) Adopción; (vi) Cualquier otra que garantice la protección integral de los NNA; (vii) Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.

Para los efectos del análisis del presente caso, vale la pena mencionar lo relacionado con: (i) Ubicación en hogar de paso (art. 57) y (ii) Ubicación en hogar sustituto (art. 59). La ubicación en hogar de paso es la ubicación inmediata y provisional del NNA con familias que forman parte de la red de hogares de paso, cuando no aparezcan o no haya sido posible ubicar a los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención. Esta es una medida transitoria, cuya duración no podrá exceder los ocho (8) días hábiles, término en el cual la autoridad competente debe decretar otra medida de protección. Por su parte, la ubicación en hogar sustituto es la ubicación del NNA en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen. La duración de esta medida de protección es de máximo 6 meses, prorrogables por un término igual al inicial que, en todo caso, no puede exceder los 6 meses y siempre y cuando se cumpla con lo dispuesto en el artículo 59 del CIyA. Así, tanto la “ubicación en hogar de paso” como “ubicación en hogar sustituto”, son medidas transitorias y provisionales, con duración precisa y limitada, mientras se confiere una medida definitiva que restablezca el goce efectivo de los derechos amenazados o vulnerados.

Según el art. 96 del CIyA, corresponde a las y los defensores y comisarios de familia, o en ausencia de estos a las y los inspectores de policía, procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los NNA, bajo la supervisión del ICBF. El artículo 100 del CIyA prevé el PARD, conforme al cual se restablecen los derechos de los NNA que se encuentran bajo amenaza o vulneración. El PARD consta de: inicio del procedimiento mediante auto de apertura y vinculación de actores relevantes, práctica de pruebas y fallo, el cual es susceptible de recurso de reposición y homologación por parte del juez de familia. Conviene destacar el inciso 9º del mencionado artículo 100, el cual que establece que:

La definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de

derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial.

Por su parte, el artículo 103 sobre el “carácter transitorio de las medidas de restablecimiento de derechos y de la declaratoria de vulneración”, en el inciso 4º dispone que, en los procesos en los que se declare una situación de vulneración de los derechos de NNA, la autoridad administrativa hará el correspondiente seguimiento al fallo, por un término no mayor a 6 meses, luego de su ejecutoria. Concluido dicho seguimiento, la autoridad adoptará alguna de las siguientes 3 alternativas: (i) **Cierre del proceso** cuando el NNA esté ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos; (ii) **Reintegro al medio familiar** cuando el NNA se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos o (iii) **Declaratoria de adoptabilidad** cuando se ha establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos. Excepcionalmente, la autoridad administrativa podrá prorrogar el término de supervisión por un máximo de 6 meses. Además, este artículo señala que el PARD, incluido el término de seguimiento del fallo antes mencionado, tiene una duración de 18 meses. Este lapso abarca, desde el conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa, hasta la declaratoria de adoptabilidad o la conclusión del proceso por haberse evidenciado que la ubicación en medio familiar fue la medida idónea, mediante los seguimientos respectivos.

De lo anteriormente descrito se desprende que, al cierre del PARD, el NNA nacional colombiano cuyos derechos se hayan visto amenazados deberá regresar a su entorno familiar cuando las condiciones así lo admitan o será susceptible de adopción. Las medidas que se adoptan durante el procedimiento son siempre temporales y limitadas en el tiempo, con el único propósito de preservar los derechos del menor de edad de manera transitoria, mientras se toma la decisión definitiva sobre el entorno en el cual el NNA tendrá su desarrollo y ejercerá de manera plena sus derechos.

b) Los NNA extranjeros en situación de abandono en Colombia:

De acuerdo con el CIyA, el PARD se aplica en iguales términos a los NNA presentes en territorio colombiano, tanto si son nacionales como si son extranjeros. Así lo indica el artículo 4 sobre ámbito de aplicación, al establecer que: “El presente código se aplica a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana” (énfasis añadido). Ello quiere decir que lo descrito en la sección anterior se replica, en términos generales, tratándose de NNA nacionales de otro país cuando sus derechos están siendo amenazados, de acuerdo con las reglas previstas en el CIyA. Así, las autoridades colombianas deben indagar sobre el entorno familiar del NNA para determinar la viabilidad de su reintegro, de acuerdo con el numeral 35 del artículo 41 sobre “Obligaciones del Estado”. Si la familia es efectivamente hallada y

se concluye la idoneidad de este entorno para el retorno del menor de edad, así se dispondrá. Por oposición, si el medio familiar no es garante de derechos o no es posible encontrar a la familia, el NNA extranjero no puede ser declarado en situación de adoptabilidad, como sí ocurre con los NNA colombianos, según se describió en el acápite anterior.

Por ello, cuando se trata del restablecimiento de los derechos de los NNA extranjeros en Colombia, las relaciones consulares adquieren una notable relevancia, pues son el canal a través del cual las autoridades administrativas colombianas pueden rastrear los lazos familiares del NNA cuyos derechos están bajo amenaza o vulneración en Colombia y agotar el procedimiento necesario para el reintegro en el medio familiar.

El ICBF cuenta con una ruta para el restablecimiento de derechos de NNA extranjeros en Colombia y, en particular, para establecer la existencia del medio familiar del NNA cuyos derechos están siendo amenazados y si éste es garante de derechos para su reintegración. Aunque esta ruta está orientada a responder a las necesidades de protección de los NNA nacionales venezolanos en Colombia, también orienta sobre cómo proceder en caso de que el NNA que requiere el restablecimiento de sus derechos es extranjero, cualquiera sea su nacionalidad, según se describirá en la sección subsiguiente.

c) Los NNA nacionales venezolanos abandonados en Colombia:

El Memorando del ICBF de 28 de diciembre de 2018 sobre “Directrices para la atención de niños, niñas y adolescentes provenientes de Venezuela, con especial consideración frente aquellos que no están acompañados”, (Memorando, en adelante), establece la ruta que las autoridades administrativas deben seguir para encontrar el medio familiar del NNA nacional venezolano y determinar si éste es garante de derechos, en cuyo caso se dispondrá el reintegro familiar. El Memorando prevé 4 escenarios: (i) Familia del NNA en Colombia; (ii) Familia colombiana del NNA venezolano que se encuentra en otro país; (iii) Familia de nacionalidad no colombiana en Venezuela y (iv) No se encuentra al núcleo familiar o éste no es garante de derechos.

En el primer escenario, las autoridades colombianas pueden acudir a los distintos canales de información, tanto públicos como privados en Colombia, que permitan establecer la existencia del núcleo familiar del NNA venezolano, evaluar si éste es garante de derechos y determinar su reintegración, de ser el caso. Estos medios pueden ser: cajas de compensación familiar, empresas prestadoras de servicios públicos, empresas prestadoras de salud, entre otras. En el segundo escenario, esto es, cuando se tiene conocimiento de la existencia de familia colombiana en territorio extranjero, incluido Venezuela, las autoridades colombianas elaborarán un exhorto al consulado colombiano en el otro país en el que se encuentran los familiares colombianos del NNA venezolano (o de cualquiera otra nacionalidad), mediante el cual solicitarán la realización de una visita, con el fin de verificar si el medio familiar es garante de derechos y proceder a la reintegración. En el tercer escenario, esto es, cuando la familia del NNA se encuentra en Venezuela (o en otro país) y estos no son nacionales

colombianos, el ICBF solicitará a la entidad homóloga o que haga sus veces en Venezuela (o en el otro país) que efectúe la búsqueda de la familia y determine si ésta es garante de derechos para proceder a la eventual reunificación familiar, preservando siempre el interés superior del NNA y sin trasgredir el principio de no devolución.

Ahora, en el evento de no encontrar el medio familiar del NNA o determinar a través de la autoridad homóloga del ICBF en Venezuela (o del país del que se trate) que éste no es garante de derechos, la autoridad colombiana deberá determinar si la remisión al sistema de protección familiar venezolano (o del país del que se trate) es la mejor alternativa. Como bien lo advierte el Memorando bajo análisis, existe una barrera *de facto* que impide la declaratoria de adoptabilidad para los NNA nacionales venezolanos (y extranjeros en general) en Colombia, pues al no ser colombianos, estos no cuentan con registro civil de nacimiento colombiano en el que se pueda hacer la correspondiente anotación. Esto quiere decir, entonces, que para los NNA venezolanos (y extranjeros en general) presentes en Colombia, cuyos derechos están bajo amenaza y deben ser restablecidos, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una respuesta clara y definitiva que garantice sus derechos, en cuanto a la ubicación en entorno familiar. Esto es así pues, por una parte, el PARD permite la adopción de medidas temporales y transitorias, de cara a establecer un entorno familiar en el cual pueda permanecer el NNA, sea el suyo propio o uno mediante adopción. Por otra, pueden ser muchos los casos en los cuales no es posible identificar el medio familiar del NNA extranjero o, en caso de existir, el entorno familiar no es garante de los derechos del NNA. En ambos casos, para este NNA extranjero tampoco es posible abrir el camino de la adopción, pues no son nacionales colombianos. Frente a este adverso escenario, el Memorando en cuestión sugiere la aplicación de una excepción de inconstitucionalidad, sin mayor justificación.

Nótese que, para efectos del rastreo e identificación de la familia del NNA en Venezuela (o cualquier otro país) y la evaluación de las idoneidades sobre si es garante de derechos o no, es indispensable la existencia de relaciones entre las autoridades de ambos países que faciliten este flujo de información a través de sus consulados. La ruptura de relaciones diplomáticas y consulares entre Venezuela y Colombia, desde el 2019, impide que ello ocurra. Así, desde el punto de vista práctico, no solo es muy difícil encontrar estas familias en Venezuela o en país tercero, sino también evaluar con rigor y certeza las condiciones de si ese medio familiar es garante de derechos, preservando el interés superior del NNA y que su eventual retorno no resulte violatorio del principio de no devolución. Es por ello que la situación de violación de los derechos de los NNA nacionales venezolanos no acompañados en Colombia y que, como en este caso, se encuentren en situación de abandono, los deja en una especie de sin salida. Esto es así, pues a pesar de que se constate la violación de sus derechos y la necesidad de su restablecimiento, es muy difícil proporcionar su ubicación en entorno familiar, dadas las barreras para identificar y evaluar el núcleo familiar del NNA y por la imposibilidad para andar el camino de la adopción al no ser nacionales colombianos.

En relación con la adoptabilidad de NNA extranjeros, conviene tener en consideración la

Observación General no. 6 de 2005 del Comité de los Derechos del Niño, que en su párrafo 91 advierte que la adopción de menores de edad no acompañados o separados no debe ser una decisión precipitada y “(...) solo debe contemplarse una vez que se ha verificado que el menor es adoptable”.

En la práctica, ello quiere decir en particular que han resultado infructuosas las tentativas de localización y reunión de la familia o que los padres han dado su consentimiento a la adopción. El consentimiento de los padres, así como el de otras personas, instituciones y autoridades que requiere la adopción, debe ser libre e informado. Ello supone en particular que el consentimiento no se ha obtenido mediante pago o contraprestación de ningún género ni ha sido retirado.

En especial, allí se advierte que la adopción no debe considerarse si: (i) Existe la posibilidad de localizar a la familia y la reunión con ésta responde al interés superior del menor; (ii) Resulta contraria a los deseos expresamente manifestados por el NNA o sus padres o (iii) Existe la posibilidad de repatriación voluntaria en un futuro próximo en condiciones de seguridad y dignidad. En la misma línea está la Nota sobre niñez refugiada del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), de 9 de julio de 1987¹³, la cual, al referirse a la niñez refugiada no acompañada, recalca que no se debe contemplar la adopción del menor de edad, hasta tanto su situación familiar no se haya determinado de forma satisfactoria, teniendo en cuenta la ruptura severa que la adopción implica frente al vínculo con la familia biológica.

La rigurosidad de los anteriores requisitos tiene sentido al considerar los efectos jurídicos de la adopción, los cuales en el caso colombiano, de acuerdo con el artículo 64 del CIyA, suponen que: (i) Adoptante y adoptivo adquieren los derechos y obligaciones de padre/madre e hijo/a; (ii) Se establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante; (iii) El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes y (iv) El adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad.

Valga la pena mencionar que la situación que experimentan los NNA nacionales venezolanos cuyos derechos están bajo amenaza, también se replica en el caso de los NNA de otras nacionalidades con las cuales Colombia no tiene relaciones consulares y frente a los cuales el Estado colombiano no ha previsto ningún tipo de respuesta especial. Para estos NNA no venezolanos no habría ni siquiera mecanismos de regularización migratoria accesibles, como sí los hay hoy para los NNA venezolanos a través del ETPV. Esta ausencia de alternativas para los NNA extranjeros, que no son nacionales venezolanos, exagera aún más su situación de vulnerabilidad.

¹³ Documento disponible en inglés aquí: <https://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68ccc18/note-refugee-children.html>

IV. El niño no puede ser regresado a Venezuela, donde su vida, libertad e integridad corren peligro, con fundamento en el principio de no devolución

A la luz de los elementos de análisis aportados en las secciones anteriores de este concepto, es claro que el retorno a Venezuela debe excluirse de manera categórica de las soluciones que se contemplen para dar respuesta a la vulneración de derechos del menor de edad abandonado en territorio colombiano. Esto es así, en cuanto el principio de no devolución prohíbe regresar una persona a un país donde su vida, libertad e integridad estén en riesgo o donde pueda ser sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Así quedó plasmado en el artículo 4 numeral 11 de la Ley 2136 de 2021, que enlista los principios de la Política Migratoria Integral del Estado colombiano y en el artículo 2.2.3.1.6.20. del Decreto 1067 de 2015, con fundamento en las obligaciones internacionales contraídas por Colombia.

A este respecto es oportuno recordar que el principio de no devolución es una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y que Colombia es Estado parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que contempla el principio de no devolución en su artículo 33. También, Colombia es parte de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, que establece el principio de no devolución en su artículo 3. Igualmente, este mismo principio está plasmado en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce a cualquier persona extranjera, independientemente de su estatus migratorio y de que se trate de una persona refugiada o solicitante de refugio, la protección contra la no devolución a su país de origen o país tercero “donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”¹⁴.

Así mismo, Colombia es Estado signatario de la Declaración de Cartagena de 1984, que extiende el concepto de persona refugiada a aquellas que “han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. A pesar de que este último instrumento del Derecho Internacional no es *per se* jurídicamente vinculante, tanto en la Ley 2136 de 2021 (art. 62) como en el Decreto 1067 de 2015 (art. 2.2.3.1.1.1.) se contempla el concepto ampliado de persona refugiada en estos términos.

Ahora bien, en el caso de niños y niñas el principio de no devolución se aplica independientemente de consideraciones relativas a su necesidad de protección internacional, en razón de la vulnerabilidad acentuada de los menores de edad en situación de movilidad

¹⁴ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, *supra*, párr. 135. Véase también, 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, párrs. 214-219.

humana. Es decir, el retorno al país de origen será una posibilidad por contemplar de forma excepcional y solamente cuando esta responda al interés superior del niño, principio guía en cualquier decisión que lo atañe. Respecto al caso concreto, la imposibilidad de declarar el menor de edad en adoptabilidad y de dar por concluido el PARD en los tiempos determinados por el CIyA no es razón suficiente para considerar el retorno a Venezuela como una medida que responda a su interés superior, aún más cuando no hay hallazgo de familiares o de autoridades que asuman el cuidado del menor de edad a su regreso.

Así lo ha explicitado el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General no. 6 (2005) sobre menores de edad no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, afirmando que cuando “haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor”¹⁵ este no podrá ser devuelto a su país de origen u a otro país. Además, “[L]a evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios”¹⁶ (subrayado añadido). Así, en aras de garantizar el derecho al desarrollo del niño, entendido en sentido holístico, el Comité identifica aquellas circunstancias a considerar en el marco de una decisión en que se evalúe si el retorno del menor de edad es acorde a su interés superior¹⁷. Finalmente, el Comité es claro en afirmar que consideraciones basadas en la política migratoria del Estado de acogida que no respondan al interés superior del menor de edad son a todas luces razones insuficientes para justificar su retorno¹⁸.

En el caso de la República Bolivariana de Venezuela abundan los pronunciamientos internacionales y los informes de organizaciones no gubernamentales que dan cuenta del deterioro grave y prolongado de la situación en este país y de la desprotección de los derechos de los menores de edad, en particular¹⁹. La encuesta ENCOVI 2021, en su séptima edición, realizada por la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela) indica que, en 2021, el 77% de la población venezolana vivía por debajo de la línea de pobreza extrema y que el

¹⁵ Comité de los Derechos del Niño en la Observación general no. 6 (2005), párr. 27.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño en la Observación general no. 6 (2005), párrs. 84-85.

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño en la Observación general no. 6 (2005), párr. 86.

¹⁹ CIDH. Audiencia temática, 163° Período extraordinario de sesiones: Impacto de la crisis política y económica sobre la niñez en Venezuela, 5 de julio de 2017. CIDH, Situación de Derechos Humanos en Venezuela, informe de 31 de diciembre de 2017, OEA/Ser.L./V/II, párrafos 434-449. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>, párrs. 437-438. CIDH. Comunicado No. 106/20: CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos, 8 de mayo de 2020.

Además, la CIDH ha adoptado una serie de medidas cautelares respecto de la República Bolivariana de Venezuela orientadas a la protección de la niñez, entre las que destacan: Resolución 8/2018, MC-1039-17. Niños y niñas pacientes del área de Nefrología del Hospital José Manuel de los Ríos respecto de Venezuela, 21 de febrero de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2018/8-18MC1039-17-VE.pdf>; MC No. 1039-17, Niños y niñas pacientes del área de Nefrología del Hospital José Manuel de los Ríos respecto de Venezuela (Ampliación), 21 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2019/43-19mc1039-17-ve-ampliacion.pdf>

94% de la población se encontraba en situación de pobreza. Además, la misma encuesta muestra el impacto que las condiciones de vida en Venezuela han tenido especialmente en los niños y niñas en aspectos tales como su acceso a alimentación adecuada y suficiente, a la educación en todos los niveles, a la atención en salud acorde a su fase de crecimiento, entre otros²⁰.

Por su lado, los informes del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos señalan una progresiva falta de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, debido al deterioro en el acceso a servicios básicos por parte de la población, como el acceso a agua potable de forma constante, a energía, a servicios de salud, a medicamentos, a alimentos, a educación, entre otros, los cuales afectan de forma particular a niños y niñas. Esta situación aumenta los riesgos de desnutrición, muerte infantil por causas evitables, rezago y abandono escolar, explotación infantil y trabajo forzado de niños y niñas, entre otros²¹.

A la luz de estos elementos, es menester que la Corte Constitucional determine que el retorno de un menor de edad a un país que se encuentra en una situación de emergencia humanitaria compleja es contrario a su interés superior y a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano. De la misma forma, se solicita que la Corte subraye de forma enfática que la aplicación de este principio debe ser independiente de cualquier consideración relativa a la política migratoria del Estado colombiano.

V. De forma preliminar, es necesario considerar si el menor de edad necesita protección internacional y, de ser así, deben llevarse a cabo las actuaciones oportunas por parte del ICBF y del Ministerio de Relaciones Exteriores

Un ulterior elemento por considerar en este caso es la imperiosa necesidad de evaluar si el menor de edad necesita protección internacional, de forma previa a la toma de cualquier decisión sobre su situación. En este sentido, se solicita a la Corte Constitucional ordenar al ICBF que realice tal evaluación de forma previa. De identificarse una necesidad de protección internacional, deberán iniciarse los trámites oportunos para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado del niño ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o para que se otorguen medidas complementarias de protección, en el caso en que el menor no reúna los requisitos establecidos en el art. 62 de la Ley 2136 de 2021 para ser reconocido como refugiado, pero aun así necesite protección internacional. En este sentido, y de conformidad con lo establecido por el Decreto 1067 de 2015 (art. 2.2.3.1.6.5.), en el caso de solicitudes de niños, niñas y adolescentes, el ICBF será puesto en conocimiento del

²⁰ Universidad Católica Andrés Bello, Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI) 2021, <https://www.proyectoencovi.com/encovi-2021>.

²¹ UN. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Situation of human rights and technical assistance in the Bolivarian Republic of Venezuela, A/HRC/48/19, 10 September 2021.

caso y podrá designar un funcionario que vele por los derechos del menor de edad y lo represente durante el trámite de reconocimiento de la condición de refugiado, cuando el niño o la niña se encuentra no acompañado en el territorio nacional. Además, se velará por la protección del interés superior del niño, niña o adolescente durante el trámite de reconocimiento.

Es oportuno notar que las disposiciones del Decreto 1067 de 2015 sobre el trato de niños y niñas en el marco de un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado no encuentran desarrollo ulterior en el marco normativo. De hecho, la recién adoptada Ley 2136 de 2021 reenvía, sin aportar cambios, al Decreto 1067 de 2015 a este respecto. Ahora bien, el sistema de refugio que resulta de este marco normativo carece de un enfoque de niñez y, por ello, no responde a las necesidades de protección internacional de NNA en situación de movilidad humana. Como es sabido, este sistema sufre de una serie de limitantes que la creciente llegada de personas provenientes de Venezuela, en particular, pero no exclusivamente, ha puesto en evidencia de forma inequívoca. En este sentido, se trata de un sistema que no salvaguarda los derechos de los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado por dejarlos a la espera indefinida de una decisión sobre su solicitud por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, ante la falta de una norma jurídica que establezca un tiempo máximo de duración del trámite, en detrimento de su derecho al debido proceso.

En el caso de los niños y niñas con necesidad de protección internacional, el sistema de refugio no prevé que sus solicitudes reciban un trato preferencial en su trámite por parte de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (CONARE), obligándolos a tiempos de espera indefinidos, así como ocurre con la población adulta. Además, la normativa vigente deja a la discrecionalidad de la CONARE el otorgamiento de medidas complementarias, cuando no se reconozca la condición de refugiado, “a efectos de una posible regularización en el país por otra vía distinta al refugio o la salida definitiva del país”²².

La falta de un enfoque de niñez en la regulación del procedimiento de la condición de refugiado impide salvaguardar el interés superior del menor de edad durante el trámite y es contrario a la necesidad de establecer “procedimientos justos y eficientes destinados a determinar si la persona solicitante reúne los criterios para ejercer dicho derecho y solicitar el estatuto de refugiado”, con el fin de que el derecho a buscar y recibir asilo previsto en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tenga un efecto útil²³. En este mismo sentido, el ACNUR identifica en sus directrices sobre la determinación de la condición de refugiado con enfoque de niñez que las solicitudes de niños y niñas deben tramitarse de forma prioritaria y, en particular, esto “significa, reducción de los períodos de

²² Art. 2.2.3.1.6.21, Decreto 1067 de 2015.

²³ Corte IDH, OC-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, párr. 244.

espera en cada una de las etapas del procedimiento de asilo, incluyendo lo que se refiere a la emisión de la decisión de la solicitud”²⁴.

De la misma forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señala en la Opinión Consultiva 21/14 que, en el marco del examen de la solicitud de un menor de edad, resulta imprescindible la realización de una entrevista para garantizar el derecho del niño a ser oído durante el procedimiento. En especial, la Corte IDH pone de manifiesto que “la práctica de otorgar una atención prioritaria para la entrevista a niñas y niños no acompañados, luego a los separados, después de estos a los acompañados de un solo progenitor y, finalmente, a los que vienen como parte, a fin de atender oportunamente y determinar la urgencia de la necesidad de protección”, es la que asegura el respeto de las obligaciones contenidas en los artículos 19 de la CADH y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Sobre todo, la Corte IDH recuerda que “los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades (...). Por tal motivo, debe existir la menor demora posible en el reconocimiento de la condición de refugiado a las niñas y niños”²⁵.

En conclusión, resulta evidente la falta de un enfoque de niñez en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, lo cual resulta en la desprotección de los menores de edad que necesitan protección internacional por parte del Estado colombiano. Respecto al caso concreto, es fundamental que esta Corte ordene a quienes hayan asumido la representación del niño en el marco de este proceso, que verifiquen si el menor de edad necesita protección internacional y que, en caso afirmativo, realicen el debido procedimiento ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este caso, además, representa una ocasión para que la Corte Constitucional señale que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado del Estado colombiano no es acorde a los estándares internacionales para la protección de niños y niñas y que, por ende, necesita ser adecuado de forma urgente para garantizar de forma plena y efectiva la protección de sus derechos.

VI. Si el menor de edad abandonado en territorio colombiano no cuenta con documentos que permitan establecer de forma inequívoca que el niño accedió a la nacionalidad venezolana, debe reconocerse su condición de persona apátrida y, por ende, la nacionalidad colombiana por adopción

A partir de los escasos elementos compartidos por el auto de la Corte por medio del cual se

²⁴ ACNUR, Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/09/08, 22 de diciembre de 2009, párr. 66.

²⁵ Corte IDH, OC-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, párr. 256.

solicita este concepto técnico, no es posible determinar si los funcionarios del ICBF cuentan con documentos que permitan determinar de forma inequívoca que el niño accedió a la nacionalidad venezolana. A este respecto se recuerda a la Corte que suele identificarse como persona apátrida *de iure* a aquella que no accedió a la nacionalidad de forma automática o a partir de una decisión individual conforme a la normativa aplicable en un Estado determinado²⁶. Las personas que no pueden establecer su nacionalidad o que no gozan de una nacionalidad efectiva suelen identificarse como apátridas *de facto*. A pesar de que esta última categoría no está definida en el derecho internacional, el Acta Final de la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia contiene una recomendación no vinculante en estos términos: “Recomienda que los apátridas de hecho sean tratados en la medida de lo posible como apátridas de derecho a fin de que puedan adquirir una nacionalidad efectiva”²⁷.

Jaqueline Bhabha, reconocida estudiosa de la situación de los niños y niñas en situación de movilidad humana de la Universidad de Harvard en Estados Unidos, identifica a aquellos niños que se encuentran en situación migratoria irregular en el Estado de acogida como apátridas *de facto*. Mientras que, aquellos niños que no pueden probar que adquirieron una nacionalidad, usualmente por la falta de documentos que constituyan prueba de ello, se consideran como *effectively stateless* (efectivamente apátridas)²⁸. Independientemente de la categoría en que se enmarque el niño o la niña, este no puede beneficiarse de la protección que deriva del hecho de ser nacional de un Estado. Además, los obstáculos materiales a los cuales deben enfrentarse los menores de edad en las tres categorías señaladas (apátridas *de iure*, *de facto* y *effectively stateless*), en términos de acceso a derechos y servicios, son del todo asimilables. Finalmente, se identifica que existe una clara relación entre la situación migratoria irregular, sea esta la de los padres del niño o del niño, y la posible condición de apatridia, sea esta *de iure* o *de facto*²⁹.

A la luz de estos elementos, se recuerda que la Ley 2136 de 2021 (art. 65) ha llenado la laguna que presentaba el ordenamiento jurídico colombiano, el cual no contemplaba la posibilidad de que menores de edad nacidos en el extranjero fueran reconocidos como personas apátridas y pudieran acceder a la nacionalidad colombiana por adopción³⁰. A pesar de que todavía no se ha adoptado la reglamentación respectiva por parte del Ministerio de

²⁶ Organización de los Estados Americanos, Informe del Comité jurídico Interamericano. Guía sobre la protección de personas apátridas, OEA/Ser. Q CJI/doc.488/15 rev.1, 7 de agosto de 2015, párr. 19.

²⁷ Véase también el Acta Final de la Conferencia de 1954 el cual contiene una recomendación respecto a la protección de los apátridas de facto: “Todo Estado Contratante que reconozca como válidas las razones por las que una persona haya renunciado a la protección del Estado del que es nacional, considere con ánimo favorable la posibilidad de conceder a dicha persona el trato que la Convención concede a los apátridas”.

²⁸ Jacqueline Bhabha, *Children Without a State, A Global Human Rights Challenge*, MIT Press, 2011, pág. 2.

²⁹ *Ibíd.*, págs. 5-13.

³⁰ El Estado Colombiano es parte de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y de la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961 de Naciones Unidas. Ley 1588 de 2012, Diario Oficial No. 48.619 de 19 de noviembre de 2012.

Relaciones Exteriores, la Ley 2136 de 2021 en su artículo 65, párrafo, establece que:

[E]n aplicación del principio del interés superior, los niños, niñas y adolescentes nacidos en el exterior podrán solicitar el reconocimiento de la condición de persona apátrida ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Una vez este Ministerio reconozca tal condición, les otorgará la nacionalidad colombiana por adopción mediante acto administrativo. Este acto se comunicará a la Registraduría Nacional del Estado Civil para (sic) la expedición del respectivo documento de identificación colombiano a favor del niño, niña y adolescente. Durante el procedimiento se garantizará la identificación y permanencia temporal en el territorio nacional del niño, niña y adolescentes.

Esta misma Corte, en la sentencia T-155 de 2021³¹ sobre el caso de una menor de edad nacida en Venezuela, la cual únicamente contaba con un certificado de nacido vivo sin apostillar, reconoció que la niña podía encontrarse en situación de apatridia y que “la inexistencia de un procedimiento formalmente establecido no puede servir como excusa para que el Estado no realice todas las gestiones necesarias para materializar efectivamente el derecho a la nacionalidad de una persona, especialmente, tratándose de un menor”. En este sentido, la Sala indicaba que, en respeto del principio de interés superior del niño, de no discriminación y de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, se debía

acudir a los mecanismos legales y de cooperación internacional actualmente 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 naturalización³².

A la luz de estos elementos y, en relación con el caso concreto, es menester dejar sentado que el otorgamiento de la nacionalidad ocurre para remediar la condición de apatridia del menor de edad, en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano respecto a la reducción de los casos de apatridia, en particular. Sin embargo, esta no debe utilizarse de forma instrumental para superar el obstáculo que se presenta ante la imposibilidad de declarar en adoptabilidad los menores de edad extranjeros. Aunque esta sería una consecuencia posible tras la adquisición de la nacionalidad, no debe ser la razón que justifica la nacionalización del niño en este caso.

Consideraciones conclusivas

En respuesta a la solicitud de concepto técnico de la Corte Constitucional respecto al caso de un menor de edad extranjero abandonado en Colombia, en este concepto hemos argumentado que:

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2021, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, párr. 145.

³² *Ibíd.*

- La situación de vulnerabilidad acentuada de los niños y niñas migrantes y refugiados por su condición de menores de edad y por ser niños y niñas afectados por la migración.
- El ordenamiento jurídico colombiano no responde de forma efectiva a la vulneración del derecho a tener y crecer en familia de estos niños y niñas.
- El ETPV es una herramienta útil pero insuficiente para responder a esta situación. Esto es así porque no resolvería el problema de fondo.
- Ante la ausencia de relaciones consulares con Venezuela y los obstáculos que derivan de ello para hallar los familiares del niño abandonado en Colombia, así como la imposibilidad de declararlo en adoptabilidad, el derecho del menor de edad a tener y crecer en un entorno familiar no puede ser restablecido.
- Es necesario considerar la medida de la adopción con extrema cautela, ante las consecuencias que esta implica para las relaciones paterno-filiales entre el niño y sus padres.
- El retorno del menor de edad a su país de origen debe excluirse. En este caso, se trataría de una medida contraria a su interés superior y violatoria del principio de no devolución.
- De forma preliminar a cualquier otra actuación en este caso, debería determinarse si el niño necesita protección internacional. De ser así, deben llevarse a cabo las actuaciones pertinentes para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado del niño o, en su defecto, el otorgamiento de medidas de protección complementaria.
- El sistema de refugio del Estado colombiano no cuenta con un enfoque de niñez y que, por lo tanto, debe ser adecuado de forma urgente para responder a las necesidades específicas de protección de esta población.
- Si no es posible establecer de forma inequívoca que el niño adquirió la nacionalidad venezolana a su nacimiento, debe reconocerse su condición de persona apátrida y, por ende, su acceso a la nacionalidad colombiana por adopción.

Con base en lo anterior, sugerimos a la Honorable Corte Constitucional que emita las siguientes órdenes:

1. A la Defensora de Familia que representa el accionante en este caso, o a quien haga sus veces, verificar, de forma preliminar, si el niño necesita protección internacional y, de ser así, dar inicio a los trámites ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para su reconocimiento como refugiado.
2. Al Ministerio de Relaciones Exteriores, adecuar el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado a las necesidades especiales de protección de NNA y al interés superior del niño.
3. Al Ministerio de Relaciones Exteriores, en caso de quedar probada la imposibilidad de verificar de forma inequívoca que el niño accedió a la nacionalidad venezolana,

reconocer la condición de apatridia del menor de edad y que, por ende, este acceda a la nacionalidad colombiana por adopción.

4. Al Congreso de la República, con el apoyo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, someter a una revisión estructural el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, ya que este no responde a la situación de los NNA migrantes y refugiados, cuando no resulta posible su reintegro en el medio familiar ni declararlos en adoptabilidad.

Firmantes:



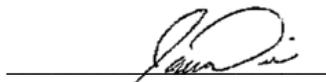
Carolina Moreno Velásquez

C.C.: 43.867.114



Gracy Pelacani

C.E.: 856.378



Laura Cristina Dib Ayesta

C.E.: 876.495