

PROYECTO DE LEY NÚMERO _____ 2019

“Por medio del cual se establece un régimen especial para adquirir la nacionalidad colombiana por adopción, para hijos e hijas de venezolanos en situación de inmigración irregular nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia”.

El Congreso de Colombia

DECRETA

Artículo 1°. Adiciónese un inciso al artículo 5° de la Ley 43 de 1993, así:

ARTÍCULO 5o. REQUISITOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD COLOMBIANA POR ADOPCIÓN. Sólo se podrá expedir Carta de Naturaleza o Resolución de Inscripción:

A los extranjeros a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo 96 de la Constitución Política que durante los cinco (5) años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado domiciliados en el país en forma continua y el extranjero titular de visa de residente. En el evento en que los mencionados extranjeros se encuentren casados, o sean compañeros permanentes de nacional colombiano, o tengan hijos colombianos, el término de domicilio continuo se reducirá a dos (2) años.

A los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento que durante el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud, hayan estado domiciliados en el país en forma continua, teniendo en cuenta el principio de reciprocidad mediante tratados internacionales vigentes.

Los hijos de extranjeros nacidos en el territorio colombiano a los cuales ningún Estado les reconozca la nacionalidad, la prueba de la nacionalidad es el registro civil de nacimiento sin exigencia del domicilio. Sin embargo, es necesario que los padres extranjeros acrediten a través de certificación de la misión diplomática de su país de origen que dicho país no concede la nacionalidad de los padres al niño por consanguinidad.

A los hijos e hijas de extranjeros venezolanos en situación de inmigración irregular nacidos en el territorio colombiano desde 2015 y hasta un año posterior a la promulgación de esta ley. La prueba de nacionalidad es el registro civil de nacimiento o en su defecto el certificado de nacido vivo en Colombia sin exigencia del domicilio.

PARÁGRAFO 1o. Las anteriores disposiciones se aplicarán sin perjuicio de lo que sobre el particular se establezca sobre nacionalidad en tratados internacionales en los que Colombia sea parte.

PARÁGRAFO 2o. Para efectos de este artículo entiéndase que los extranjeros están domiciliados cuando el Gobierno Nacional les expide la respectiva Visa de Residente. Por lo tanto, los términos de domicilio se contarán a partir de la expedición de la citada visa.

PARÁGRAFO 3o. De conformidad con lo señalado en el artículo 20 del Pacto de San José de Costa Rica, en la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 93 de la Constitución Política, los hijos de extranjeros nacidos en territorio colombiano a los cuales ningún Estado les reconozca la nacionalidad, serán colombianos y no se les exigirá prueba de domicilio, y a fin de acreditar que ningún otro Estado les reconoce la nacionalidad se requerirá declaración de la Misión Diplomática o consular del estado de la nacionalidad de los padres.

Artículo 2º. El Gobierno Nacional deberá reglamentar el procedimiento para adquirir la nacionalidad a través de adopción a la que hace referencia esta ley, dentro de los tres meses siguientes a su promulgación.

Artículo 3º. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA

Defensor del Pueblo

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY

“Por medio del cual se establece un régimen especial para adquirir la nacionalidad colombiana por adopción, para hijos e hijas de venezolanos en situación de inmigración irregular nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia”.

1. Introducción

Tal como lo ha expresado la Organización Internacional para las Migraciones, la migración es hoy y será definitivamente en el siglo XXI uno de los temas políticos, económicos, sociales y humanitarios más importantes en las agendas nacionales, regionales e internacionales de los países¹, a la cual no es ajena Colombia.

Nuestro país tiene 6.301 kilómetros de fronteras terrestres con los cinco países que la rodean: Brasil, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela², lo que la convierte en una ruta de tránsito de miles de personas que por distintas razones salen de su lugar de origen en búsqueda de mejores condiciones de vida, y también se ha constituido cada vez con mayor frecuencia, en un destino para lograr ese objetivo.

Particularmente, la crisis humanitaria de Venezuela, conocida y diagnosticada ampliamente, entre otros, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³, ha incrementado la migración del vecino país, generando un reto para el Estado colombiano en la adopción de medidas legislativas y administrativas que conduzcan a enfrentar esta situación, con un enfoque de derechos humanos, acorde con los estándares internacionales en la materia.

Así, durante los últimos 4 años, Colombia se ha visto enfrentada a varios desafíos en materia migratoria propiciados especialmente por: (i) el cierre de la frontera por parte de Venezuela en el año 2015, que ocasionó la expulsión de más de 20 mil colombianos y colombianas desde ese país⁴; (ii) la crisis de migrantes irregulares en el municipio de Turbo en el año 2016; y (iii) la agudización del éxodo de

¹ Organización Internacional para las Migraciones. *Sobre Migración*. En: <http://www.oim.org.co/sobre-migraci%C3%B3n>

² Ministerio de Relaciones Exteriores. *Acerca de Colombia*. En: www.cancilleria.gov.co/colombia

³ “A la crítica situación de la democracia y los derechos políticos, se le suma una crisis socioeconómica caracterizada por el desabastecimiento generalizado de alimentos, medicamentos, tratamientos, material e insumos médicos. También se registran serias afectaciones al derecho a la educación y a la vivienda. Los índices de pobreza extrema en Venezuela son alarmantes, así como las serias dificultades para el goce de los DESC de la población, especialmente de los grupos en situación de exclusión y discriminación histórica” OEA. CIDH. *Situación de Derechos Humanos en Venezuela. Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país*”. Párr 29, 2017.

⁴ De acuerdo con el informe emitido por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el año 2015, fueron deportados 1.467 colombianos y colombianas, y más de 18.000 habrían huido por temor a ser expulsados por departamentos fronterizos de Norte de Santander, Arauca, La Guajira y Vichada.

personas venezolanas hacia Colombia, en los años 2017 y 2018⁵. La complejidad del fenómeno y las problemáticas derivadas del mismo en la garantía de los derechos de quienes presentan mayor grado de vulnerabilidad, como los niños y las niñas migrantes, tales como el riesgo de apatridia, la desnutrición, la falta de acceso a escuelas y a servicios de salud, entre otros, dan cuenta de la necesidad de que las autoridades nacionales actúen pronto con el fin de evitar perjuicios irremediables para esta población a la que se ha comprometido a proteger de manera reforzada⁶.

Lo anterior cobra más relevancia si se tiene en cuenta que la permanencia de las y los migrantes no es una situación transitoria y fácilmente superable, pues la salida de la crisis humanitaria en Venezuela no parece tener respuesta en el corto y mediano plazo. De acuerdo con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, para el año 2017, se encontraba un total de 184.087 personas venezolanas con la intención de radicarse en Colombia y para el año 2018 un total de 769.726⁷ también pretendían lo mismo. Adicionalmente, según el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos realizado por el Gobierno Nacional entre 6 de abril y el 8 de junio de 2018, 8.209 mujeres venezolanas en situación irregular se encontraban en gestación y 7.496 en lactancia⁸.

La Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de su misión constitucional y legal, ha venido documentado con preocupación que en una proporción importante de casos, los niños y niñas de madres y padres venezolanos con situación migratoria irregular se ven enfrentados a múltiples obstáculos para el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo que pone en riesgo incluso sus vidas.

En este contexto, la entidad ha identificado el grave riesgo de apatridia en el que se encuentran estos niños y niñas debido a que nuestro ordenamiento constitucional no contempla el *ius soli* como opción para la adquisición del derecho a la nacionalidad, sino que determinó unos criterios para su titularidad, como el hecho de contar con un domicilio en Colombia, que para el caso de estas familias que han ingresado de manera irregular al país huyendo de la crisis de Venezuela, resulta imposible de probar.

La acreditación de nacionalidad venezolana de dichos niños y niñas no representa tampoco la posibilidad de la satisfacción de sus necesidades, lo que ha desincentivado que sean registrados en los consulados del vecino país, los cuales además presentan varias barreras para que realicen el trámite correspondiente con

⁵ De acuerdo con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se estima que la concentración de personas venezolanas en el país es de 1.174.743. Esta cifra se encuentra con corte al 31 de diciembre del año 2018.

⁶ De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de las niñas y los niños prevalecen sobre todos los demás, y corresponde a la familia, la sociedad y el Estado asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos.

⁷ Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, Informe “*Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado*”, 1 de noviembre de 2018.

⁸ Informe Final Registro Administrativo de Migrantes de Venezolanos en Colombia, 2018.

ese fin. Así pues, muchos menores de edad nacidos en nuestro país no cuentan con nacionalidad, lo que deriva en la imposibilidad del acceso y garantía de sus derechos fundamentales, incrementando con ello la vulnerabilidad de esta población.

La gravedad de esta situación así como los principios que orientan al Estado colombiano, entre los que se encuentran el de no discriminación y el interés superior de los derechos de la niñez, así como la garantía del derecho a la nacionalidad, deben conducir al Estado colombiano a la adopción de todas las medidas administrativas y legislativas necesarias que conduzcan a que los niños y las niñas hijos de migrantes venezolanos en situación irregular, puedan gozar efectivamente de sus derechos y tener condiciones de vida dignas.

2. Justificación normativa

2.1. Principio de no discriminación

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido el carácter *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación, que implica la obligación de los Estados de abstenerse de realizar prácticas que excluyan sectores de la población históricamente marginados, así como la adopción de medidas dirigidas a su respeto.

Dicho principio, permite comprender la forma en que la marginación de determinados grupos sociales afecta gravemente la garantía de sus derechos e interfiere en la posibilidad de que estos accedan a bienes y servicios de la misma forma que otras personas. A partir de ello, propende porque se emprendan acciones que conduzcan a la transformación de esa realidad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, contempló por primera vez la cláusula general de no discriminación, reiterada por la mayoría de pactos y convenciones, según la cual todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Ésta estipula que todas las personas tienen los mismos derechos y libertades proclamados en la Declaración sin distinción de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. (negrilla fuera del texto original)

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, que junto con la Carta de Naciones Unidas componen la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos, también contienen disposiciones relativas a la no discriminación.

Así, el PIDCP, en sus artículos 2º, 3º, 4º y 26 establece que las y los individuos son iguales ante la ley y que los Estados parte les respetarán y garantizarán los derechos reconocidos en el Pacto sin distinción alguna. Particularmente, señala en el artículo 24 el derecho de niños y niñas a las medidas de protección por su condición de menor de edad, sin distinción alguna.

En igual dirección se encuentra el PIDESC, que en los artículos 2º, 3º y 4º contempla el compromiso de los Estados parte de garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en dicho instrumento sin discriminación alguna, así como el compromiso de estos por asegurar a toda la población “igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”. En el artículo 10 también establece que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

Es importante destacar que el Comité del PIDESC, órgano de seguimiento de este Tratado, en su Observación General No. 20 sobre No Discriminación, establece que “la no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”.

En términos similares y específicamente, respecto a la población menor de 18 años, el primer principio de la Declaración de los Derechos del Niño establece que:

“El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. **Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna, ni distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.**”(negrillas fuera del texto original)

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño replica el primer principio de la Declaración en su segundo artículo, indicando que:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.**” (negrilla fuera del texto original).

En concordancia con ello, de forma reiterada, los pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño han llamado la atención sobre la indispensable aplicación del principio de no discriminación en la implementación de la Convención. Por ejemplo, en la Observación General N° 7 relativa a la realización de los derechos

del niño y la niña en la primera infancia, este organismo, luego de dar cuenta que “los niños pequeños corren un riesgo especial de discriminación porque se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos” y que aquellos pueden también sufrir las consecuencias de la discriminación de que son objeto sus padres y madres por ejemplo, cuando aquellos son migrantes, indica que:

“Los Estados Partes tienen la responsabilidad de vigilar y combatir la discriminación, cualquiera que sea la forma que ésta adopte y dondequiera que se dé, tanto en la familia como en las comunidades, las escuelas u otras instituciones. Inquieta especialmente la posible discriminación en cuanto al acceso a servicios de calidad para niños pequeños, en particular donde los servicios de atención de la salud, educación, bienestar y de otro tipo no tienen carácter universal y se proporcionan

mediante una combinación de organizaciones públicas, privadas y de beneficencia ...”

En la misma dirección, la Observación General conjunta N°3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) 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, indica que:

“El principio de no discriminación es fundamental y se aplica en todas sus manifestaciones con respecto a los niños en el contexto de la migración internacional (...) Este principio es plenamente aplicable a cada niño y a sus padres, con independencia de cuál sea la razón para trasladarse, ya sea que el niño esté acompañado o no acompañado, en tránsito o establecido de otro modo, documentado o indocumentado o en cualquier otra situación”.

También señala que:

“Los Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño tienen el deber de garantizar que los principios y disposiciones que figuran en ella queden plenamente reflejados y surtan pleno efecto jurídico en la legislación, las políticas y las prácticas nacionales pertinentes (art. 4). En todas las medidas concernientes a los niños, los Estados deben guiarse por los principios dominantes de la no discriminación (art. 2); el interés superior del niño (art. 3); el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6); y el derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten y a que sea tenida debidamente en cuenta (art. 12).”

Lo mismo ocurre en el marco de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, cuyas convenciones, protocolos y declaraciones han reconocido como punto de partida y fundamento propio, el respeto de los derechos y libertades de las poblaciones, así como la garantía de su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición social.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-21 de 2014, referida a los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, indicó que cuando se trata de la protección de la infancia y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los Estados deben orientarse por los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño señalados anteriormente, a los cuales corresponde inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral .

En concordancia con esto, en el ordenamiento jurídico interno, la Corte Constitucional ha destacado que la igualdad constituye uno de los pilares del Estado Social de Derecho el cual cumple un triple papel por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental, y ha precisado que el sentido material del derecho a la igualdad se dirige a superar los obstáculos enfrentados por los grupos tradicionalmente discriminados o que se encuentran en debilidad manifiesta, lo que justifica, entre otras, la obligación del Estado y de la ciudadanía en general de adoptar acciones afirmativas en favor de esas poblaciones y que se encuentre proscrita cualquier manifestación de marginación en su contra. En particular, ha llamado la atención sobre la garantía de este derecho a los niños y las niñas, por ser una de las poblaciones que tiene mayores dificultades para la exigencia de sus derechos.

De esta manera, fundamentado entre otras, por consideraciones relacionadas con el principio de no discriminación, el Alto Tribunal ha proferido innumerables fallos que buscan la protección de los derechos de personas históricamente marginadas y excluidas, protegiendo su derecho a la igualdad y adoptando múltiples medidas para su garantía, como en las sentencias SU-677 y T-421 de 2017, en las que se ha ocupado de problemáticas de personas migrantes de Venezuela que demandan la protección de sus derechos, otorgando razón a sus pretensiones.

2.2. Principio del interés superior del niño y la niña

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 3.1 que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Dicha cláusula, derivada de la protección prevalente a las personas menores de 18 años contemplada en la mayoría de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, comporta la mayor importancia en cuanto permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de la Convención, reconociendo el carácter integral de los derechos de la infancia, siendo objeto de reflexión por parte de los máximos tribunales de protección de los derechos humanos tanto nacionales como internacionales.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño destacó en su Observación General N° 14 relativa al derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración primordial, que uno de los deberes que implica dicha cláusula para los Estados es:

“La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión”.

En ese sentido, el mismo organismo, en la Observación General conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) 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, señaló que:

“Los Estados partes deben velar porque el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración, la planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración y la adopción de decisiones sobre casos individuales, entre otras situaciones al conceder o denegar las solicitudes de entrada o residencia en un país, en las decisiones relativas a la aplicación de las leyes de migración y las restricciones de acceso a los derechos sociales por parte de los niños o sus padres o tutores, y las decisiones referentes a la unidad familiar y la guarda de los hijos; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad”. (negrilla fuera del texto original)

En igual dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[c]uando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”. Además, ha indicado que “[l]a prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.

Adicionalmente, en su Opinión Consultiva 21 de 2014 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, la Corte señala que el interés superior del niño y la niña debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que esta persona menor de 18 años pueda gozar de todos sus derechos y así, permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.

En el caso colombiano, en consonancia con las normas internacionales, dicho principio ha sido recogido en el artículo 44 de la Constitución Nacional que dispone que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los de los demás, lo cual

también está contenido en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

Sobre su interpretación, la Corte Constitucional ha indicado en su jurisprudencia que:

“Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, ... sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños y niñas, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

Por lo tanto, para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas -las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados -, como (ii) jurídicas -los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil -.

De esa manera, las personas menores de 18 años son titulares del reconocido respeto a su caracterización jurídica como sujetos de especial protección. El interés superior tiene un contenido de naturaleza “real y relacional”, de donde se deriva la obligación del Estado de protección y garantía de sus derechos, independientemente de su procedencia.

Al respecto en fallo T-408 de 1995, el Alto Tribunal Constitucional precisó que el interés del menor de 18 años “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”. Allí mismo se aclaró que “...El sentido mismo del verbo ‘prevalecer implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los

derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor.”

De tal manera, el principio de prevalencia del interés superior del menor de 18 años impone a las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos del niño y la niña.

Recientemente, el Alto Tribunal indicó sobre este asunto que:

“En conclusión, si al resolver un caso concreto pueden resultar afectados los derechos de un niño, niña y adolescente, al emitir la decisión se debe apelar al principio de primacía de su interés superior. Cuando no sea claro cómo se satisface dicho interés, se deben presentar las consideraciones fácticas y jurídicas necesarias con base en los criterios jurisprudenciales establecidos, bajo la comprensión del margen de discrecionalidad de los funcionarios administrativos y judiciales que adelantan la labor de protección de niños, niñas y adolescentes.”⁹

En concordancia con lo señalado previamente, en 2017, al estudiar el caso de una mujer venezolana que migró irregularmente al país y que requería atención médica para su parto, la cual fue negada inicialmente por el hospital al que acudió, determinó que no solamente se habían vulnerado los derechos fundamentales de la mujer, sino también los derechos a la vida digna y la integridad física de la niña recién nacida. Sobre este asunto puntualizó que:

“Además, no sólo se debe tener en cuenta que es una menor de edad, sino que es una recién nacida que se encuentra en una situación de vulnerabilidad más alta, por lo que requiere una mayor atención en temas de salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y del Estado, tal y como se establece en el artículo 50 de la Constitución Política (...).”

2.3. El derecho a la nacionalidad de niños y niñas

El ordenamiento jurídico nacional y las disposiciones de carácter internacional ratificadas por Colombia reconocen el derecho a la nacionalidad como un derecho inherente a la persona humana y marcan el derrotero ético y político que debe seguir el Estado colombiano para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los niños y niñas residentes en el territorio de su jurisdicción, con el fin de, entre otras, adelantar las acciones pertinentes para prevenir la apátrida.

Así pues, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 15 dispone que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y nadie será privado arbitrariamente de ella ni del derecho a cambiarla. Igualmente, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁰, en el artículo 15, establece que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, y en el artículo 24 preceptúa: “2. Todo niño será

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-677 de 2017.

¹⁰ Aprobada por Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

inscrita inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”

A su vez, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XIX establece que “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969¹¹, prescribe el derecho de toda persona a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra (artículo 20).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las *Niñas Yean y Bosico*, entendió que la vulneración del derecho a la nacionalidad y de los derechos del niño acarrea “igualmente la lesión de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre, y a la igualdad ante la ley, bajo la Convención Americana (párrs. 174-175, 179-180 y 186-187)”. Específicamente, al respecto señaló que “el status migratorio de una persona no se transmite a sus hijos” y que “el status migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado”.

Asimismo, en línea con la Opinión Consultiva no. 18 relativa a *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), la Corte señala que:

“(…) el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no-discriminación es independiente del status migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. De acuerdo con lo señalado, (...) la Corte considera que:

- a) el status 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 transmite a sus hijos, y
- c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para 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” (Subrayado fuera del texto)

En la misma dirección, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹² indica que “(...) los Estados partes se

¹¹ Aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

¹² Aprobada por Colombia mediante Ley 22 de 1981.

comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) iii) el derecho a una nacionalidad (...)

Al respecto, específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989¹³, dispone que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niña o niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

En el artículo 7o, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece:

“1. El niño será inscrito inmediatamente de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultará de otro modo apátrida.” (Subrayado fuera de texto)

Igualmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución 68/141 del 18 de diciembre de 2013, observa que:

“(…) la falta de registro civil y de la documentación conexas vuelve a las personas vulnerables a la apatridia y a los riesgos en materia de protección relacionados con esta, reconoce que la inscripción de los nacimientos permite que quede registrada oficialmente la identidad jurídica de los niños y es esencial para prevenir y reducir la apatridia, y acoge con beneplácito el compromiso asumido por los Estados de asegurar el registro del nacimiento de todos los niños (...)

La apatridia se refiere a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹⁴, y teniendo en cuenta la grave violación de derechos humanos que implica, a nivel internacional se encuentra regulada principalmente en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, que entró en vigor el 6 de junio de 1960, y la Convención para reducir los casos de Apatridia de 1961, que entró en vigor el 13 de diciembre de 1975.

La Convención de 1954 contiene disposiciones para la regularización y mejorar la condición de los apátridas, y la Convención de 1961, tiene el objetivo de prevenir la apatridia al nacimiento, exigiendo a los Estados conceder la nacionalidad a las niñas y los niños nacidos en su territorio. Mediante la Ley 1588 del 19 de noviembre de 2012, Colombia aprobó las convenciones mencionadas.

¹³ Aprobada por Colombia mediante Ley 12 de 1991.

¹⁴ ONU, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 6 de junio de 1960.

Sobre esta grave violación a los derechos humanos, la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la “Conclusión sobre la Identificación, Prevención y Educación de la Apatridia y la Protección de los Apátridas” expresó su preocupación por “(...) las condiciones graves y precarias que enfrentan muchos apátridas, que pueden abarcar la carencia de identidad jurídica y la denegación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de resultados de no tener acceso a la educación; libertad de circulación limitada; situaciones de detención prolongada; imposibilidad de buscar empleo; falta de acceso a la propiedad; falta de acceso a la atención médica básica (...)”.

Frente a la prevención de la apatridia, este organismo “Insta a los Estados a que faciliten la inscripción de los nacimientos y la emisión de certificados de nacimiento u otros documentos apropiados como medio de proporcionar una identidad a los niños y a que, cuando proceda y sea pertinente, lo hagan con la asistencia del ACNUR, el UNICEF y el UNFPA (...)”.

Así mismo, la Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) 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 indica:

“(...) a fin de hacer efectivos los derechos de todos los niños en el contexto de la migración internacional, los elementos siguientes deben formar parte de las políticas y prácticas que se elaboren y apliquen: a) políticas amplias, interinstitucionales, entre las autoridades encargadas del bienestar y la protección infantil y otros órganos decisivos, en particular con respecto a la protección social, la salud, la educación, la justicia, la migración y las cuestiones de género, y entre las administraciones regionales, nacionales y locales; b) recursos suficientes, incluidos recursos presupuestarios, con miras a asegurar la aplicación efectiva de las políticas y programas; y c) una capacitación continua y periódica de los funcionarios encargados de la protección infantil, la migración y cuestiones conexas acerca de los derechos de los niños, los migrantes y los refugiados y acerca de la apatridia, incluida la discriminación interseccional

(...)

El principio de no discriminación es fundamental y se aplica en todas sus manifestaciones con respecto a los niños en el contexto de la migración internacional. Todos los niños que participan en la migración internacional o se ven afectados por ella tienen derecho al disfrute de sus derechos, con independencia de su edad, género, identidad de género u orientación sexual, origen étnico o nacional, discapacidad, religión, situación económica, situación de residencia o en materia de documentación, apatridia, raza, color, estado civil o situación familiar, estado de salud u otras condiciones sociales, actividades, opiniones expresadas o creencias, o los de sus padres, tutores o familiares. Este principio es plenamente aplicable a cada niño y a sus padres, con independencia de cuál sea la razón para trasladarse, ya sea que el niño esté acompañado o no acompañado, en tránsito o establecido de otro modo, documentado o indocumentado o en cualquier otra situación.”

(Subrayado fuera de texto)

En relación con la inscripción de los nacimientos y la nacionalidad menciona:

“La falta de inscripción de los nacimientos puede tener repercusiones negativas en el disfrute de los derechos de los niños, como el matrimonio infantil, la trata de niños, los reclutamientos forzosos y el trabajo infantil. Las inscripciones de los nacimientos también pueden contribuir a lograr la condena de quienes hayan maltratado a un niño. Los niños no inscritos en un registro corren especial riesgo de convertirse en apátridas cuando han nacido de padres que se encuentran en una situación migratoria irregular, debido a los obstáculos existentes para adquirir la nacionalidad en el país de origen de los padres y también de poder inscribirse en el registro y recibir la nacionalidad en su lugar de nacimiento¹⁵. (El subrayado es nuestro)

Aunque los Estados no están obligados a conceder su nacionalidad a todos los niños nacidos en su territorio, se les exige que adopten todas las medidas apropiadas, tanto a nivel nacional como en cooperación con otros Estados, para que todos los niños tengan una nacionalidad al nacer. Una medida fundamental es la concesión de la nacionalidad a un niño nacido en el territorio del Estado, en el momento de nacer o lo antes posible después del nacimiento, si de otro modo el niño fuera apátrida. (Subrayado fuera de texto)

Deben revocarse las leyes sobre la nacionalidad que discriminen en lo que respecta a la transmisión o adquisición de la nacionalidad por razones prohibidas, entre otras en relación con la raza, el origen étnico, la religión, el género, la discapacidad y la situación migratoria del niño y/o sus padres. Además, todas las leyes sobre la nacionalidad deben aplicarse sin ningún tipo de discriminación, por ejemplo, con respecto a la situación de residencia y a las exigencias de duración de esta, a fin de que se respete, proteja y haga efectivo el derecho de todos los niños a una nacionalidad. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como se observa, los Estados se encuentran en la obligación de reforzar las medidas para conceder la nacionalidad a los niños y niñas nacidos en su territorio, en situaciones en las que de otro modo serían apátridas..

En relación con este asunto, la Constitución Política de Colombia en el Artículo 44 dispone que:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento

¹⁵ Según el artículo 1º de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el término apátrida designa a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”

y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Subrayado fuera de texto).

La Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual se aplica a “todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional (...)”, establece en su artículo 25 que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conforme a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia.”

En concordancia con las normas constitucionales, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha establecido la especial protección de los derechos fundamentales de las y los extranjeros que se encuentran en casos de extrema urgencia, como ocurre con la situación de migración irregular masiva de población venezolana. Al respecto, específicamente ha indicado que “se debe brindar el acceso a ciertos servicios públicos a los extranjeros, de manera que se permita el goce de sus derechos fundamentales en el territorio colombiano, asegurando el mínimo vital, atenciones básicas y las necesidades más elementales, especialmente en casos de extrema urgencia¹⁶.

3. Propuesta normativa

El artículo 96 de la Constitución Política establece que la nacionalidad colombiana se adquiere por nacimiento o por adopción. Así, por nacimiento serán nacionales (i) las y los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos o hijas de extranjeros, su padre o madre estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento; (ii) los hijos o hijas de padre o madre colombianos, que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaran en la República.

Por otra parte, por adopción podrán ser nacionales colombianos: (i) las y los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción; (ii) las y los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieran, y; (iii) las y los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia T 421 de 2017.

Teniendo en cuenta que como se observa, el constituyente no optó por el *ius soli* como opción para la adquisición del derecho a la nacionalidad, sino que estableció unos criterios para su titularidad, se considera que es viable modificar la Ley 43 de 1993, mediante la cual se establece las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana cuando esta se obtiene por adopción. Lo anterior, con el fin de incluir un inciso que contemple la posibilidad de que se otorgue la nacionalidad por adopción a los hijos e hijas de extranjeros venezolanos en situación de inmigración irregular nacidos en el territorio colombiano, sin que aquéllos deban probar el domicilio en los términos que lo estipula el Código Civil, sino con el registro civil de nacimiento, o en su defecto, con el certificado de nacido vivo en Colombia.

Ello en la misma vía de lo ya establecido por el inciso tercero de dicha norma que prevé la flexibilización de la prueba del domicilio para el caso de los hijos e hijas de extranjeros nacidos en territorio colombiano a los cuales ningún Estado les reconozca la nacionalidad, estableciendo que para dicho efecto, la prueba de nacionalidad será el registro civil de nacimiento, sin exigir el domicilio.

Para la Defensoría del Pueblo es importante delimitar temporalmente la propuesta que presenta con el fin de no dejar por fuera de su amparo a ninguna mujer que se encuentre en estado de gestación y ya esté en Colombia, pero sin que la norma represente un incentivo para que más personas migren al país con la expectativa de mejorar sus condiciones de vida y la de sus futuros hijos o hijas, pues no se cuenta con condiciones adecuadas para satisfacer dicha expectativa. Además, sugiere que ella debería partir desde el año que se ha identificado el agravamiento de la crisis migratoria desde Venezuela, es decir desde 2015.

En consecuencia, la propuesta legislativa incluye un inciso en el artículo 5° de la Ley 143 de 1993 que contempla la posibilidad de que se otorgue la nacionalidad por adopción a los hijos e hijas de extranjeros venezolanos en situación de inmigración irregular nacidos en el territorio colombiano, sin que aquéllos deban probar el domicilio en los términos que lo estipula el Código Civil, sino con el registro civil de nacimiento, o en su defecto, con el certificado de nacido vivo en Colombia.