

Bogotá, 28 de febrero de 2022

**Honorable magistrado:**

Jorge Enrique Ibáñez Najar  
Corte Constitucional de Colombia

**Referencia:** Expediente T-8.292.286

**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

César Mauricio Vallejo Serna, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 9729594, docente investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Fabián Camilo Páez Pinzón, consultor especializado en el tema de niñez y adolescencia migrante en Colombia, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 80756665 y Nohora Niño Vega, Investigadora del CONACYT- El Colegio de Sonora, identificada con Cédula de Ciudadanía N° 52696116, nos permitimos intervenir en el proceso de la referencia en nombre del Observatorio de Migraciones de la Universidad Externado<sup>1</sup>, con la finalidad de solicitarle a la Corte Constitucional que en el estudio del presente caso tenga en cuenta las siguientes consideraciones:

**1. La declaratoria de adoptabilidad debe ser una medida excepcional**

Si bien la declaratoria de adoptabilidad puede llegar a ser una medida necesaria para la protección y restablecimiento de los derechos de los menores de 18 años, su aplicación ha de

---

<sup>1</sup> El Observatorio de Migraciones de la Universidad Externado interviene en el presente proceso por ser una organización de académicos, estudiantes y miembros de la sociedad civil, dedicados al estudio y el monitoreo de las migraciones en Colombia. Nuestro principal objetivo es analizar, desde una perspectiva de derechos humanos, las dinámicas, el marco regulatorio nacional e internacional y las políticas públicas relacionadas con el fenómeno migratorio. Nuestra visión es la de un mundo en el que las fronteras o la nacionalidad no se constituyan en límites a la garantía de los derechos de todas las personas. Como parte de este trabajo, y además de realizar eventos y publicar informes e investigaciones, el Observatorio también acude a tribunales nacionales e internacionales a través de conceptos y coadyuvancias para presentar argumentos de hecho y de derecho sobre temas relacionados con la protección de los derechos de los migrantes, sin importar si éstos son nacionales o extranjeros.

ser siempre excepcional y debe darse solo después de constatar que la reunificación familiar no es posible o, definitivamente, no es conveniente para el menor. Garantizar el interés superior de niños, niñas y adolescentes supone optar primero por su familia biológica como espacio natural de convivencia y desarrollo<sup>3</sup>, con lo cual, ante situaciones en las que estos puedan verse desprotegidos por no encontrarse acompañados, o por haber sido separados de sus familias, como ocurre con muchos menores migrantes, el Estado tiene la obligación de escuchar al menor, verificar la garantía de sus derechos, evaluar su situación concreta y, si es el caso, agotar todos los medios que tiene a su alcance para lograr una reunificación familiar pronta y segura.

Declarar la adoptabilidad de un menor de 18 años es, por obvias razones, una decisión radical con hondas repercusiones para su vida, por tal motivo, todos los esfuerzos deben encaminarse a que sea la familia la que reciba el apoyo suficiente del Estado para poder volver a ser un entorno garante de derechos. La aplicación de una medida tan drástica podría justificarse, únicamente, cuando sea imposible contactar a sus familiares o, habiéndolos contactado, no estén dispuestos a recibirlo; o cuando se determine que la reintegración resulta contraria a su interés superior porque existen temores fundados y el riesgo de desprotección y/o vulneración de derechos persiste dentro del núcleo familiar y aún con la familia extendida. Solo en dichos casos podría pensarse en soluciones duraderas alternativas, teniendo en cuenta, sin embargo, la importancia que se debe otorgar a los deseos y opinión del niño o niña, así como la preferencia a una ubicación en un medio familiar acorde a su identidad y origen cultural, entendiendo que cualquier medida se debe fundamentar en decisiones individuales según las características específicas de cada caso (Páez, 2020)<sup>4</sup>.

La Corte Constitucional, en sentencia T-019/20, se manifestó sobre la naturaleza excepcional y extraordinaria de la declaratoria de adoptabilidad en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 18) sitúa a la familia como medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los menores; trata sobre el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir con sus padres y ser cuidado por ellos; y plantea el deber de los Estados en relación a brindar apoyo y asistencia a la familia para el cumplimiento de sus funciones.

<sup>4</sup> Páez, F. (2020). Postura en contra de la posibilidad de determinar la declaración de adoptabilidad para niños, niñas y adolescentes migrantes de origen venezolano no acompañados o separados en Colombia y en favor de fortalecer vías efectivas para la reunificación familiar, así como de establecer un procedimiento claro y formal de determinación del interés superior del niño para estos casos. (Documento de trabajo interno, sin publicar, elaborado como consultor para agencias de Naciones Unidas en Colombia).

*La adopción, como mecanismo de restablecimiento de derechos, tiene una naturaleza extraordinaria y excepcional que supone un uso razonado de esta facultad, pues se trata de una medida sumamente drástica que implica la separación de un menor y su familia biológica; cuestión que no solo contraviene, en principio, el deber Estatal de promover y conservar la unidad familiar, sino que tiene la posibilidad de causar efectos sumamente nocivos sobre los derechos del menor en el caso de que sea indebidamente implementada. En ese orden de ideas, el Estado tiene la carga de verificar que realmente no exista ninguna alternativa que permita la garantía de los derechos del menor al interior del núcleo familiar y, por ello, debe agotar todas las medidas que puedan resultar idóneas para permitir la adecuación del ambiente familiar, a unos estándares mínimos para el desarrollo de los menores. Así, la anterior tarea supone no solo que los padres del menor se encuentran imposibilitados de efectuar esta garantía, sino que, adicionalmente, el núcleo familiar extenso, compuesto por los abuelos, tíos y demás familiares biológicos del menor, no se encuentra en la capacidad o cuenta con la disposición de hacerlo.*

La obligación del Estado de agotar todos los medios para lograr la localización y reunificación familiar, teniendo como eje transversal el interés superior del niño, se deriva también de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño:

#### Artículo 9

1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

A través sus Observaciones Generales N°6 y 7, el propio Comité de los Derechos del Niño ha insistido en las implicaciones de esta obligación en cabeza de los Estados. Por ejemplo, en la Observación N°6 señaló, que “De acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar”, añadiendo que “La localización de la familia es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo cuando el acto de localización o la forma en que ésta se realiza van contra el interés superior del menor o ponen en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar.”<sup>5</sup>.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, en su Opinión Consultiva N°17 de 2002<sup>6</sup>, afirmó:

75. Esta Corte destaca los travaux préparatoires de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46).

---

<sup>5</sup> Párrafos 79 y 80 de la Observación General N°6 de 2005 del Comité de Derechos del Niño sobre el “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. (CRC/GC/2005/6).

<sup>6</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva N°17 de 2002. “Condición jurídica y derechos humanos del niño”. (OC 17/02).

76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

En resumen, la obligación de restablecer los derechos del menor, teniendo en cuenta sus deseos y priorizando la puesta en marcha de todas las acciones positivas necesarias para la localización y reintegración familiar, no puede supeditarse a condiciones de la política exterior, como resulta ser, para este caso en particular, la existencia o no de relaciones diplomáticas con Venezuela. De ahí que sea tan importante ampliar y fortalecer los mecanismos de búsqueda, involucrando no solo a las instituciones estatales, sino también, implementando otros mecanismos multilaterales y multiactor que involucren organismos internacionales, agencias de cooperación, oenegés (ONG), a la sociedad civil y demás entidades y personas relacionadas con la gestión del fenómeno migratorio.

## **2. Sobre el otorgamiento de la nacionalidad a menores nacidos en el extranjero**

Frente a la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la que se resolvió de fondo la petición del 11 de febrero de 2021, negando el otorgamiento de la nacionalidad colombiana por adopción al menor Jhonleiker Daniel Álvarez Guanipa, “toda vez que no cumple con las condiciones y requisitos dispuestos para su aplicación”, valga advertir que de ninguna manera es aceptable que se esgriman requisitos administrativos para obstaculizar la garantía efectiva de los derechos de sujetos de especial protección como los menores de edad. Si dicha acción se considera una medida efectiva y adecuada para garantizar los derechos de un menor no acompañado o separado de sus padres, el otorgamiento de la nacionalidad se constituye en una obligación ineludible del Estado colombiano.

En ese sentido se expresó la Corte Constitucional en sentencia T-155 de 2021:

*Ahora bien, la Sala también concluye que (vii) 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. Por lo tanto, la Sala considera que (viii) se debe 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 naturalización. Tratándose de un menor, la Sala estima apropiado que (xix) estas gestiones atiendan la prevalencia del interés superior del niño, el principio de no discriminación y la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades que impidan la materialización del derecho a la nacionalidad.*

Esta obligación que condiciona el marco de actuación del Estado también se encuentra consagrada en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art. 20), la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (art. 1), la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 y, sobre todo, en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que en su artículo 7 establece:

#### Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después 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 Parte 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 resultara de otro modo apátrida.

Así pues, y entendiendo la circunstancias de especial vulnerabilidad en la que se encuentran buena parte de los hijos e hijas de migrantes venezolanos en Colombia, se justifica ampliamente el otorgamiento de la nacionalidad a los menores de 18 años que por hallarse en dicha situación puedan encontrarse en riesgo de apatridia, o que aun siendo titulares de

otra nacionalidad, al estar separados de sus padres, requieren que les sea concedida la nacionalidad colombiana como medida para la protección plena de sus derechos.

Cordialmente,



César M. Vallejo S.

CC. 9.729.594



Fabián Camilo Páez P.

CC. 80.756.665



Nohora Niño Vega

CC.52.696.116