

**INTERVENCIÓN EN CALIDAD DE *AMICUS CURIAE* POR
OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE
ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

Intervención con relación a la revisión de tutelas Expediente T-7206829 y T-7245483

Honorable Magistrados
Corte Constitucional de Colombia
Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger

I. INTRODUCCIÓN

1. Esta intervención ante la Corte Constitucional de Colombia la presenta Open Society Justice Initiative (*Iniciativa pro-Justicia de la Sociedad Abierta* en adelante “Justice Initiative”)
2. La revisión unificada de tutelas¹ ante la Corte busca determinar si en los casos sub júdice hubo una vulneración al derecho fundamental de los niños a la nacionalidad, siendo hijos de extranjeros con situación migratoria regular, nacidos en territorio colombiano. Específicamente, en lo que respecta a las restricciones a los medios pruebas que son reconocidos por las autoridades registrales para acreditar la condición de domicilio para efectos de otorgamiento de la nacionalidad colombiana por nacimiento.
3. En esta intervención presenta el marco normativo del derecho internacional vinculante a Colombia, así como la interpretación y alcance que del mismo se ha hecho a nivel internacional, regional y de derecho comparado.
4. La intervención busca aportar elementos de análisis normativo que le permitan a la Corte estudiar los hechos de los casos, y los problemas jurídicos que éstos presentan, a la luz de del derecho internacional, en pro de una interpretación armónica y unificada, en cumplimiento de la protección del derecho a la nacionalidad conforme a tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Colombia es Estado parte, y la jurisprudencia de los órganos autorizados que le han dado interpretación y alcance a dichas normas internacionales. La intervención aborda los siguientes asuntos:
 - *A. El derecho fundamental a la nacionalidad de los niños nacidos en Colombia, conforme lo garantiza el derecho internacional* (párr.9-32). En un país donde se adquiere el derecho a la nacionalidad en virtud del nacimiento en el territorio, las leyes que gobiernan este derecho deben reflejar los estándares regionales e internacionales que protegen el derecho a la nacionalidad de los niños nacidos en el territorio y la protección contra la apatridia.

¹ Expediente T-7206829, correspondiente a la acción de tutela interpuesta por Yunior Antonio Díaz, en representación de su hija menor de edad AYDO contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, y Expediente T-7245483, correspondiente a la acción de tutela interpuesta por Carlos Junior Moreno Bravo y Oriana Nayerlyn Trons Barrios; actuando en representación de Christopher Stevens Moreno Trons, contra Registraduría Delegada para el Registro Civil y la Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil y Diego Mauricio Gutiérrez Vanegas – Registrador Especial del Estado.

- *B. Las deficiencias en la interpretación del marco normativo interno, que han resultado en el incumplimiento de las garantías internacionales con respecto al derecho a la nacionalidad* (párr.33-45). Los ajustes que se han hecho al derecho a la nacionalidad en Colombia, en respuesta a las normas internacionales y los fenómenos migratorios, se han dado a través de un marco dependiente de circulares administrativas, haciéndolo altamente complejo y contando con poca seguridad jurídica.
 - *C. La discriminación que subyace en la protección en contra de la apatridia vía un proceso de naturalización* (párr.46-53). La distinción que se hace entre hijos de extranjeros nacidos en el territorio bajo estatus migratorio regular, pero bajo categorías distintas, es arbitraria y discriminatoria y un proceso de naturalización ahonda dicha discriminación.
 - *D. La importancia de revisar y unificar la jurisprudencia respecto al derecho a la nacionalidad para atender a las deficiencias existentes en previas decisiones de las Altas Cortes* (párr.54-69). A la fecha la jurisprudencia de las altas cortes se ha enfocado en una visión formalista que busca no extender la nacionalidad colombiana cuando el solicitante en cuestión carece de ciertas medidas de prueba, sin tener en cuenta los obstáculos que enfrentan los solicitantes para acceder a los medios de prueba, y liberando a las entidades gubernamentales de su responsabilidad de asegurar acceso a este derecho fundamental.
 - *E. La importancia de asegurar, a través del derecho a la nacionalidad, un sentido de pertenencia a toda una generación de niños nacidos en el territorio* (párr. 70-77). El asegurar que los niños nacidos en Colombia de padres venezolanos que cuentan con PEP, garantizará que esta generación entera de niños se incorpore de manera activa, plena y positiva al país.
5. En vista de este análisis, respetuosamente recomendamos que la Corte en el marco de esta revisión unificada de tutelas unifique la jurisprudencia e interprete el requisito de domicilio para efectos de la nacionalidad, de manera garantista y no restrictiva, donde múltiples medios que demuestren estatus migratorio regular al momento del nacimiento, como es el PEP, sirvan para acreditar el domicilio. Esta interpretación no sólo iría en línea con las normas internacionales y el principio del interés superior del niño, sino que daría claridad y seguridad jurídica a futuro al desligar el requisito de domicilio para efectos de nacionalidad, como derecho fundamental y garantía constitucional, de la discrecionalidad propia de las políticas y permisos migratorios y su reglamentación a través de la vía administrativa. Así como también, respetuosamente solicitamos a la Corte que tutele el derecho a la nacionalidad de los dos menores nacidos en Colombia a los que se refiere esta intervención, dando alcance pleno a la protección que a este derecho atañen las normas internacionales.

II. DECLARACIÓN DE INTERÉS

6. Open Society Justice Initiative utiliza la ley para proteger y empoderar a las personas de todo el mundo. A través del litigio, incidencia, investigación y asistencia técnica, Justice Initiative promueve los derechos humanos y desarrolla capacidades legales para lograr sociedades abiertas. Nuestro personal tiene su sede en Abuja, Bruselas, Berlín, La Haya, Londres, Ciudad de México, Nueva York, París y Washington, D.C. Justice Initiative promueve la responsabilidad por crímenes internacionales, combate la discriminación racial y la apatridia, apoya la reforma de la justicia penal, combate los abusos sobre cuestiones relacionadas con la seguridad nacional y medidas contra el terrorismo, promueve la libertad de información y expresión, combate la corrupción relacionada con la explotación de los recursos naturales, entre otras cosas.

7. En el campo del derecho a la nacionalidad y la lucha contra la apatridia, Justice Initiative ha brindado asistencia jurídica gratuita o ha presentado escritos en calidad de *amicus curiae* en los tres sistemas regionales de derechos humanos y en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entre estos casos se destacan:
- *Yean and Bosico v. República Dominicana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de septiembre de 2005 (privación arbitraria de la nacionalidad), intervención en calidad de *amicus*.
 - *Sejdić and Finci v. Bosnia y Herzegovina*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de la Gran Sala del Tribunal, 22 de diciembre de 2009 (negación del derecho al voto de minorías étnicas), intervención en calidad de *amicus*.
 - *Kurić y Otros v. Eslovenia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de la Gran Sala del Tribunal, 26 de julio de 2012 (negación arbitraria del estatus legal en violación al derecho a vida privada), intervención en calidad de *amicus*.
 - *Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo en África (Institute on Human Rights and Development in Africa)* y Open Society Justice Initiative (en nombre de los niños de descendencia Nubia en Kenia) v. Kenia, Comité Africano de Expertos en los Derechos y el Bienestar del Niño, sentencia del 22 de marzo de 2011 (negación discriminatoria del derecho del niño a la nacionalidad), actuando como representante legal de los peticionarios.
 - *Comunidad Nubia en Kenia v. Kenia*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, decisión del 28 de febrero de 2015 (negación discriminatoria del derecho a la ciudadanía), actuando como representante legal de los peticionarios.
 - *Personas v. Costa de Marfil (People v. Côte d'Ivoire)*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, decisión del 28 de febrero de 2015 (denegación discriminatoria de la ciudadanía), actuando co-representante legal de los peticionarios.
 - *Bueno v. República Dominicana*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso pendiente (denegación discriminatoria de la ciudadanía), actuando como representante legal del peticionario.
 - *Anudo v. Tanzania*, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, sentencia de 22 de marzo de 2018 (privación arbitraria de la nacionalidad sin el debido proceso que conduce a la apatridia), intervención en calidad de *amicus*.
 - *Huseynov v. Azerbaiyán*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso pendiente (privación arbitraria de la nacionalidad), actuando como representante legal del peticionario.
8. En 2017 Justice Initiative publicó un informe titulado *Nacido en las Américas, promesa y práctica de la leyes de nacionalidad en Brasil, Chile y Colombia*.² En dicho informe analizamos a profundidad las fortalezas y las debilidades de los regímenes de nacionalidad en

² Open Society Justice Initiative, *Nacido en las Américas, promesa y práctica de las leyes de nacionalidad en Brasil, Chile y Colombia* (2017), disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/report-born-americas-20170402.pdf>.

los tres países de estudio destacando la marcada disparidad que afecta a las minorías étnicas, y los niños migrantes. Con base en un examen y análisis exhaustivo de la historia, las leyes y las prácticas en los tres países el informe concluye la necesidad de invertir mayores esfuerzos para asegurar que en la práctica el derecho a la nacionalidad sea una realidad efectiva. La presente intervención incluye varios de los elementos de análisis publicados en el informe, actualizados a las reformas y desarrollo que ha tenido el tema en los últimos dos años.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NACIONALIDAD CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL

9. De conformidad con su Constitución, Colombia reconoce que sus obligaciones de derechos humanos derivadas de los tratados internacionales son vinculantes, y esta Corte ha reconocido la relevancia del derecho internacional y comparado, así como de la doctrina, como fuentes auxiliares y dinámicas con una autoridad persuasiva en la interpretación del contenido, alcance y evolución de las obligaciones internacionales de Colombia.

El Rango Constitucional de las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos

10. La Corte Constitucional debe tener en cuenta las obligaciones adquiridas por el Estado, derivadas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, para determinar el ámbito de protección y el contenido del derecho a la nacionalidad. El artículo 93 de la Constitución establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia “prevalecen en el orden interno,” y que todos los derechos y deberes consagrados en la Constitución “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”³
11. Esta Corte ha afirmado que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia hacen parte del bloque de la constitucionalidad.⁴ Colombia accedió a tratados internacionales que protegen expresamente el derecho a la nacionalidad, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁵ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),⁶ la Convención de los Derechos del Niño (CRC),⁷ y la

³ Véase también la Constitución, artículos 53, 94 y 214 (que hacen referencia a la incorporación o interpretación de convenios internacionales). Véase la sentencia C-191/98, Corte Constitucional de Colombia, 6 de mayo de 1998; sentencia C-155/07, Corte Constitucional de Colombia, 7 de marzo de 2007.

⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia C-225/95, Corte Constitucional de Colombia, 18 de mayo de 1995; sentencia C-337/93, Corte Constitucional de Colombia, 19 de agosto de 1993; Sentencia C-358/97, Corte Constitucional de Colombia, 5 de agosto de 1997; sentencia C-148/05, Corte Constitucional de Colombia, 22 de febrero de 2005.

⁵ Ratificada el 28 de mayo de 1973. El artículo 20 de la Convención Americana establece que el derecho a la nacionalidad.

⁶ Ratificado el 29 de octubre de 1969. El artículo 24 define los derechos del niño 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

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

⁷ Firmado el 26 de enero de 1990 y ratificado el 28 de enero de 1991. La convención dispone: 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 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 resultara de otro modo apátrida; Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Por medio de la Ley 1588 de 2012, Colombia incorporó el contenido de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para reducir los casos de Apátrida, sin oponer reservas.⁸

12. Los derechos y las obligaciones que contienen los tratados de derechos humanos adscritos por Colombia adquieren automáticamente fuerza de norma constitucional. El marco jurídico internacional y regional existente, junto con la jurisprudencia Interamericana y los esfuerzos regionales para proteger el derecho a la nacionalidad y prevenir la apatridia, en conjunto, proporcionan una base sólida para que el Estado garantice este derecho esencial a todas las personas nacidas en su territorio.
13. Esta Corte también ha reconocido que las decisiones de los tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹ y otros tribunales regionales¹⁰, las decisiones no vinculantes emitidas por los órganos creados por los tratados y las directrices internacionales¹¹ son herramientas importantes que pueden tenerse en cuenta para entender el contenido de las obligaciones de los tratados, aunque esas fuentes de derecho internacional no hagan parte del bloque de la constitucionalidad. Además, la Corte ha citado el derecho comparado como autoridad persuasiva.¹²

El derecho a la nacionalidad en el Sistema Interamericano

14. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone en el artículo 20 la garantía del derecho a la nacionalidad: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.”
15. La Convención Americana no solamente consagra el derecho a la nacionalidad, sino que crea una salvaguarda para los niños que de otra manera serían apátridas, al requerir al Estado en el cual el niño nace conceder la nacionalidad basada en el *ius soli*. Además, al garantizar el

elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

⁸ Diario Oficial No. 48.619 de 19 de noviembre de 2012. El Artículo 1 de la Convención dispone: “1. Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida. Esta nacionalidad se concederá: a) De pleno derecho en el momento del nacimiento, o b) Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, la solicitud no podrá ser rechazada. Todo Estado contratante cuya legislación prevea la concesión de su nacionalidad mediante solicitud, según el apartado b del presente párrafo, podrá asimismo conceder su nacionalidad de pleno derecho a la edad y en las condiciones que prescriba su legislación nacional.”

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, 10 de mayo de 2006, numeral. 8.4, donde se afirma que “la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”

¹⁰ Véase, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203/05, 8 de marzo de 2005, donde se observa que “los pronunciamientos del tribunal [de la Corte Europea] son relevantes”. *Claude Reyes v. Chile*, nota **Error! Bookmark not defined.** numeral anterior, 81-82.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-511/10, 18 de junio de 2010. La Corte destacó la relevancia de determinados instrumentos no vinculantes relacionados con el derecho de acceso a la información: la Declaración de Chapultepec, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Principios de Johannesburgo y los Principios de Lima.

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/06, 10 de mayo de 2006.

derecho a cambiar de nacionalidad y prohibir la privación arbitraria de la nacionalidad, la Convención Americana establece límites a la discreción de los Estados.¹³

16. Ocho años después de la adopción de la CADH y un año antes de que entrara en vigor, la Comisión Interamericana publicó el *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*,¹⁴ que adoptó una sólida interpretación del derecho a la nacionalidad:
- “Este derecho [a la nacionalidad] es debidamente considerado como uno de los derechos más importantes del hombre, después del derecho a la vida misma, porque todas las prerrogativas, **garantías y beneficios que el hombre deriva de su pertenencia a una comunidad política y social** —el Estado—, provienen o son respaldados por este derecho. Debido a su naturaleza única, casi no existe país en el mundo donde la ley use o aplique la pérdida de la nacionalidad como pena o sanción para algún tipo de delito, y mucho menos para actividades de carácter político.

En general se considera que, puesto que la nacionalidad de origen es un atributo intrínseco al hombre, su derecho natural, y **no es un don o un favor concedido por la generosidad o la benevolencia del Estado**, el Estado no puede imponerlo a nadie por la fuerza ni retirarlo como castigo o represalia.”¹⁵

17. La Comisión señaló además que:
- “[L]a privación de la nacionalidad... produce siempre el efecto de dejar sin suelo y sin techo propios al ciudadano de un país, y de obligarlo a refugiarse en solar ajeno. Es decir, tiene proyecciones inevitables sobre jurisdicción ajena, y ningún Estado puede arrogarse poder para adoptar medidas de tal clase. ... La Comisión, fundada en éstas y muchas más consideraciones que no es del caso exponer aquí, cree que esta pena, anacrónica, exótica e injustificable jurídicamente en cualquier parte del mundo, resulta mil veces más odiosa y vituperable en nuestra América, y debiera por lo mismo proscribirse para siempre en la práctica de todos los Gobiernos.”¹⁶

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

18. La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el alcance del Artículo 20 de la CADH conforme a dos características: primero, “el derecho a tener una nacionalidad significa **dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico** en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y segundo el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.”¹⁷

¹³ Consulte también, Federico Lapova, “Comentario al Artículo 20 de la Convención Americana,” in Enrique Alonso Regueira, (Coord), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, 333–53, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/020-lavopa-nacionalidad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>; and Recalde, op. cit.

¹⁴ Si bien los informes anuales de la CIDH no cuentan con el carácter vinculante de sus decisiones de fondo de casos, son una importante herramienta de promoción de los derechos humanos y denotan estándares de interpretación del contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en los instrumentos regionales.

¹⁵ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser/L/V/II.40 Doc. 10, 11 de febrero de 1977, 80–81.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ CIDH, Enmiendas propuestas a las Disposiciones de Naturalización de la Constitución de Costa Rica, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 4 (1984) párr. 34.

19. La Corte Interamericana considera que la privación arbitraria de la nacionalidad puede darse tanto a través de un proceso formal de desnacionalización como **también la denegación de la nacionalidad a una persona que tendría derecho a ella aunque todavía no la posea**.¹⁸
20. Posteriormente en el caso *Castillo Petruzzi* la Corte destacó que el derecho internacional **impone ciertos límites en el poder que tienen los Estados sobre la nacionalidad**, que ahora “se percibe como participación de la jurisdicción del Estado así como también un asunto de derechos humanos”.¹⁹
21. En el caso de las *Niñas Yean y Bosico* contra la República Dominicana de 2005, la Corte indicó que **el vínculo entre un individuo y un Estado se puede “probar por diversos elementos considerados en conjunto”**, entre ellos el lugar de nacimiento, el domicilio, o la **“identificación de uno mismo con la gente de dicho Estado”**. En la opinión la Corte enfatizó que en el caso de las menores nacidas en territorio dominicano demostraba que “la estructura de sus vidas y sus relaciones son con la República Dominicana”. Además, dado que la Constitución dominicana seguía el *ius soli* como base principal para la atribución de la nacionalidad, la Corte **rechazó el uso de la nacionalidad o condición jurídica de los padres como base para privar a las hijas de la ciudadanía** dominicana.²⁰
22. En la sentencia de *la Niñas Yean y Bosico* la Corte también reiteró que según lo previsto en el Artículo 20 de la Convención, “la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”.²¹ Por lo tanto, la República Dominicana tiene la obligación **“de adoptar todas las medidas positivas necesarias”** para garantizar que cada niño nacido en su territorio, que de otra manera sería apátrida, adquiriera la nacionalidad Dominicana bajo condiciones de igualdad y de no discriminación. La Corte describió la situación en la que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico como de extrema vulnerabilidad debido a la imposibilidad de recibir protección del Estado, y **la denegación de su nacionalidad como discriminatoria**.²²
23. En el *Caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas* contra la República Dominicana la Corte se refirió a los principios trazados en que el caso *Yean y Bosico*²³, en atención al **preocupante riesgo de expulsión que corren las personas en situaciones de alta vulnerabilidad** a pesar de ser titulares de protección internacional.²⁴
24. En el caso *Gelman* contra Uruguay de 2011, la Corte, reiterando su jurisprudencia pasada, recordó que “el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de la Convención, en tanto vínculo jurídico entre una persona y un Estado, es un **prerrequisito para que puedan ejercerse determinados derechos** y es también un derecho de carácter **inderogable**

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman contra Uruguay, República Dominicana*, Fallo, 24 de febrero de 2011, párr. 128., disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf ; OC-4, párr. 34; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, 30 de mayo de 1999., párr. 100, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, 8 de septiembre de 2005, párr. 139 disponible en: <http://www.refworld.org/docid/44e497d94.html>

¹⁹ CIDH en *Castillo Petruzzi y otros V. Perú*, párr. 101.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, 8 de septiembre de 2005, párr. 155., disponible en: <http://www.refworld.org/docid/44e497d94.html>.

²¹ *Ibid.*, párr. 156.

²² *Ibid.*, párr. 171–73.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de dominicanos y haitianos expulsados contra República Dominicana*, Fallo, 28 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.refworld.org/docid/546db31f4.html>.

²⁴ *Ibid.*, párr. 257.

reconocido en la Convención Americana. ... igualmente importa, cuando se trate de niños y niñas, tener en **cuenta la protección específica que les corresponde.**²⁵

El derecho a adquirir una nacionalidad comienza con el nacimiento

25. Las normas internacionales buscan asegurar que todo niño pueda acceder a una nacionalidad al momento nacer, o tan pronto como sea posible después del nacimiento. Lo que conlleva un deber de los Estados en tomar medidas positivas para evitar que niños nacidos en su territorio estén en situación de apatridia o con su nacionalidad indeterminada por un periodo prolongado de tiempo.²⁶
26. El artículo 24(3) del PIDCP provee que “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.” En la Observación General No. 17, el Comité de Derechos Humanos de ONU interpretó el alcance de esta norma en el contexto de los derechos del niño bajo el Pacto:

“Debería prestarse especial atención, dentro del marco de la protección que ha de otorgarse a los niños, al derecho enunciado en el párrafo 3 del artículo 24 que tiene todo niño a adquirir una nacionalidad. Si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado como consecuencia de su condición de apátrida, no impone necesariamente a los Estados la obligación de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para **garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento.** A este respecto, no se admite ninguna discriminación, en la legislación interna, con respecto a la adquisición de la nacionalidad, entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales o de padres apátridas o por causa de la nacionalidad de uno de los padres o de ambos padres. En los informes de los Estados Partes deberían siempre indicarse las medidas adoptadas para garantizar que los niños tengan una nacionalidad”²⁷
27. El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado, en su interpretación del Artículo 24, que el principio del interés superior del niño es una “consideración primordial” y “parte integrante del derecho de cada niño a las medidas de protección que requiere, debido a su condición de menor, por parte de su familia, la sociedad y el Estado, según se exige en el párrafo 1 del artículo 24 del Pacto”²⁸ En el caso de *X.H.L. v. Países Bajos*, el Comité estudió el caso de específico sobre protección infantil en el contexto de niños sin documentos de identidad. El Comité rechazó la postura de que el gozo efectivo de los derechos de la Convención estuviera sujeto a la capacidad de cumplir con requisitos administrativos onerosos.²⁹

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman contra Uruguay, República Dominicana*, Fallo, 24 de febrero de 2011, párr. 128., disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

²⁶ ACNUR, *Manual de protección de las personas apátridas*, 30 June 2014, disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=55e94c9641> párr.74-75 dispone que “los procedimientos justos y eficientes solo podrían requerir de unos pocos meses para llegar a una determinación final... En general, no es deseable que una decisión de primera instancia tarde más de seis meses en ser emitida, desde la presentación de una solicitud, ya que esto prolonga el período de espera de un solicitante y lo pone en una posición insegura.”

²⁷Comité de Derechos Humanos ONU, Observación General 17 sobre Derechos del niño (artículo 24)), 7 abril 1989, párr. 8; ACNUR, *Manual de protección de las personas apátridas*, párr. 96-99 (a carga de la prueba y la cooperación entre los estados son esenciales para la implementación de la protección).

²⁸Comité de Derechos Humanos ONU, *Bakhtiyari v. Australia*, Dictamen, Comunicación No. 1069/2002, 29 octubre 2003, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003), párr. 9.7.

²⁹ Comité de Derechos Humanos ONU, *X.H.L. v. Países Bajos*, Dictamen, Comunicación No. 1564/07, 22 Julio de 2011.CCPR/C102/D/1564/2007.

28. El Comité Africano de Expertos en los Derechos y el Bienestar del Niño (ACERWC, por sus siglas en inglés) sustentó en el principio del interés superior del niño, tal como se expresa en la Convención de los Derechos del Niño, al concluir en el caso de *Menores de Descendencia Nubia v. Kenia* que “no puede estar en el interés superior de estos niños dejarlos en un limbo legal por un período tan prolongado de tiempo”.³⁰ El Comité de expertos, adoptó su decisión en línea con la Observación General 17, previamente citada, al responder al cuándo un niño debe tener derecho a una nacionalidad: aplicó una interpretación teleológica del Artículo 6 (3) de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, declarando que “los niños deben tener una nacionalidad desde el nacimiento”.³¹ Declarando que: “ser un niño apátrida es generalmente la antítesis del interés superior del niño”.³²

Acceso a la nacionalidad para niños apátridas nacidos en el territorio

29. Una herramienta clave para garantizar que todos los niños tengan el derecho de adquirir una nacionalidad y, por lo tanto, evitar la apatridia, “es introducir algunos elementos de *jus soli* en la ley de nacionalidad de cada estado, para abordar aquellos casos en los que el niño de otro modo sería apátrida.”³³ Si a todos los niños nacidos en el territorio se les otorga la nacionalidad al momento de nacer, la apatridia se evita entre las generaciones futuras al evitar la herencia de la apatridia de padres a hijos.
30. El Artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño obliga a los estados a garantizar el acceso a la nacionalidad a los niños nacidos en su territorio, que de otro modo resultarían en estado de apatridia.³⁴
31. El principio de interés superior del niño, otorga a todo niño el derecho a que se evalúe su interés superior y que éste se tenga en cuenta como una consideración primordial en todas las acciones o decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado.³⁵ Este ha sido un parámetro de referencia para el Comité de Derechos del Niño al momento de hacer recomendaciones concretas respecto al derecho a la nacionalidad.³⁶ Este principio debe ser respetado por los estados en la expedición de leyes y en la adopción de actuaciones administrativas en el área de la nacionalidad, incluyendo la implementación de salvaguardas para evitar la apatridia.³⁷

³⁰ Cita traducida del inglés “it cannot be in these children’s best interest to leave them in a legal limbo for such a long period of time.” Comité Africano de Expertos en los Derechos y el Bienestar del Niño, *Menores de descendencia Nubia v. Kenia*, Sentencia del 22 marzo de 2011, párr. 29.

³¹ *Ibid.*, párr. 42.

³² *Ibid.*, párr. 46.

³³ European Network on Statelessness, Preventing Childhood Statelessness in Europe: Issues, Gaps and Good Practices’ (2014), p 3 citado en Vengoechea Barrios, Juliana *Do jus soli regimes always protect children from statelessness? Some reflection from the Americas*, en The World’s Stateless, Institute on Statelessness and Inclusion, 2014.

³⁴ Artículo 7 Convención de los Derechos del Niño. Ver UNICEF, *Manual de Implementación de la Convención de los Derechos del Niño (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child)* septiembre de 2007, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/585150624.html> ACNUR, Good Practices Paper - Action 2: Ensuring that no child is born stateless, 20 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/58cfab014.html>.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 14 sobre: *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 29 de mayo de 2013.

³⁶ Por ejemplo: Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los estados Partes con arreglo al artículo 44 de la convención, 3 de mayo de 20017, CRC/C/MLI/CO/2.

³⁷ Asamblea General ONU, Informe del Secretario General, Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro

32. Las normas y prácticas actualmente vigentes en Colombia, respecto del derecho a la nacionalidad para los niños nacidos en el territorio de padres extranjeros, están, como se demuestra en la sección siguiente, en desarmonía con los estándares internacionales. Las medidas que se han adoptado para atender a la crisis humanitaria en frontera no atiende a la situación de alta vulnerabilidad de apatridia que enfrentan los niños nacidos en Colombia de padres venezolanos, como son los dos menores de estos caos en revisión. El no reconocer al PEP como prueba de domicilio para fines de otorgar la nacionalidad desde el nacimiento, es una interpretación contraria al principio del interés superior del niño.

IV. DEFICIENCIAS EN LA INTERPRETACIÓN DEL MARCO NORMATIVO INTERNO, QUE HAN RESULTADO EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS INTERNACIONALES CON RESPECTO AL DERECHO A LA NACIONALIDAD

33. En Colombia, el acceso efectivo al derecho a la nacionalidad, y los medios para documentar este derecho, dependen de cómo las autoridades gubernamentales interpretan y aplican las disposiciones legales. El derecho a la nacionalidad en la Constitución colombiana ha sufrido poca o ninguna modificación desde 1886, cuando se promulgó la primera Constitución del territorio, a la Constitución actual de 1991. Toda modificación o ajuste que se ha hecho al derecho a la nacionalidad en Colombia, en respuesta a las normas internacionales adquiridas y los fenómenos migratorios, ha sido a través de una combinación de leyes, ordenes administrativas y circulares, que ha resultado en un marco normativo altamente complejo que a medida que más se complejiza menos garantista resulta ser.
34. Si bien, como se mencionó anteriormente Colombia es Estado parte de la CADH³⁸, y la salvaguarda en contra de la apatridia para niños nacidos en el territorio se encuentra consagrada en la ley, nominalmente acorde al derecho internacional, en la práctica el esquema de implementación de estas normas no resultan en una garantía efectiva al derecho a la nacionalidad.
35. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró en 2015 que “algunos países de las Américas... tienen una legislación que puede considerarse que no está totalmente de acuerdo con las normas internacionales aplicables.”³⁹
36. En el 2013 el Ministerio de Relaciones Exteriores resaltó que la adhesión de Colombia como parte en ambas Convenciones sobre apatridia llenaría un vacío jurídico en la legislación nacional y que se desea armonizar el sistema jurídico colombiano con los desarrollos internacionales para abordar la apatridia.⁴⁰ El Ministerio también sugirió que el reconocimiento de la constitucionalidad de estas convenciones, y además su incorporación en las normas

modo serían apátridas, 16 de diciembre de 2015, pág 9, disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=56c42b824>.

³⁸ Firmada el 22 de noviembre de 1969 y ratificado el 28 de mayo de 1973, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.

³⁹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro modo serían apátridas*, 16 de diciembre de 2015, A/HRC/31/29, párrafo 18, disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=56c42b824>.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-622/13, 10 de septiembre de 2013

jurídicas nacionales, renovarían el compromiso internacional del Estado a la protección de los derechos humanos.⁴¹

37. Así mismo, el gobierno colombiano ha adoptado compromisos internacionales en foros internacionales, demostrando así su apoyo para la prevención y la reducción de la apatridia. La misión permanente de Colombia ante la OEA fue proponente de la Resolución 2665 de 2010 sobre la Prevención y reducción de la apatridia y protección de las personas apátridas en las Américas⁴², así como de la Resolución 2826 de 2014 sobre la Prevención y reducción de la apatridia y protección de las personas apátridas en las Américas, que fue propuesta conjuntamente con Uruguay.⁴³
38. A pesar de la buena voluntad y las declaraciones públicas, Colombia no ha hecho una revisión exhaustiva de todas las leyes, reglamentaciones y prácticas respecto del derecho a la nacionalidad para garantizar su compatibilidad con las normas internacionales. Cualquier medida adoptada, como la ampliación de los tipos de documentos que sirven como prueba de domicilio para efectos de nacionalidad, se limita a una política administrativa, que es por su naturaleza misma, vulnerable a cambios con una simple transición de gobierno o relevo de funcionarios públicos a cargo de las entidades competentes.
39. Esa combinación de leyes, decisiones judiciales y órdenes administrativas ha establecido que los menores que no puedan presentar un certificado de nacimiento colombiano, una tarjeta nacional de identidad para niños (que el Estado emite para nacionales de entre 7 y 17 años de edad), o una cédula de ciudadanía (a partir de los 18 años de edad) pueden comprobar la nacionalidad⁴⁴ proporcionando prueba de domicilio.⁴⁵
40. Las entidades del Estado han ampliado los tipos de documentos que sirven como prueba de domicilio, originalmente sólo se consideraba prueba válida la visa de residente. Posteriormente el Ministerio de Relaciones Exteriores extendió su interpretación y comenzó a admitir visas de no-residente, tales como las visas de estudiante, refugiado, y visas de trabajo temporal, para demostrar el domicilio con fines de inscripción de un nacimiento. Sin embargo, tal como está actualmente la política, el Gobierno considera que el PEP, a pesar de ser un documento que demuestra estatus migratorio regular en el territorio, al no ser visa, está excluido del tipo de documentos que sirven como prueba de domicilio para fines de nacionalidad.
41. Esta interpretación no sólo va en contravía con el desarrollo progresivo que han hecho las entidades gubernamentales en las décadas recientes ampliando los documentos que sirven como prueba de domicilio, sino que es una interpretación excluyente, arbitraria, y contraria al principio del interés superior del niño. En la práctica se está excluyendo a un gran número de

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-622/13, 10 de septiembre de 2013.

⁴² Nota de la Misión Permanente de Colombia remitiendo Proyecto de resolución, “Prevención y reducción de la apatridia y protección de las personas apátridas en las Américas” CP/CG-1840/10 (Remitido a la CAJP), <http://www.oas.org/es/council/COMGRAL/topics/otrosdocs.asp>.

⁴³ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2826_XLIV-O-14.pdf.

⁴⁴ Ley 43 de 1993, 1 de febrero de 1993, disponible en:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0043_1993.htm.

⁴⁵ El Artículo 2, subsección 3 de la Ley 43 de 1993 establece: “Por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil.” El Artículo 80 del Código Civil, sancionado en 1887, establece el supuesto de la intención de residir en los siguientes términos: “... se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.”

niños nacidos en el territorio de padres con estatus migratorio regular, de acceder al derecho a la nacionalidad desde su nacimiento.

42. La distinción que se hace entre hijos de extranjeros nacidos en el territorio bajo estatus migratorio regular, pero bajo categorías distintas (ej. hijo de extranjero con visa de estudiante vs. hijo de migrante venezolano con PEP), para efectos de otorgar la nacionalidad, es a la luz de los principios internacionales y la realidad del día a día, arbitraria y discriminatoria. A través de ella se priva a estos niños de una primera y clara oportunidad de adquirir una nacionalidad cierta y demostrable, desde el nacimiento mismo, exponiéndolos a una alta vulnerabilidad de resultar en condición de apatridia.
43. Al excluir el PEP de los documentos válidos para probar domicilio para efectos de la nacionalidad, se está privilegiando un proceso administrativo que responde a la burocracia y complejidad estatal, sujeto a barreras de entrada altamente onerosas; en vez del principio del interés superior del niño y al alcance que a éste se le ha dado por parte de órganos de tratados y tribunales regionales, como consideración primordial al momento de tomar decisiones y acciones relativas al derecho a la nacionalidad (párr. 9-32, *supra*).
44. Preocupa además que las entidades del gobierno y los tribunales, ante casos como el de Christopher Stevens Moreno, aunque reconocen el interés superior del niño, toman como punto de partida el procedimiento administrativo, optan por una interpretación restrictiva, y ven como única solución a estos casos una salvaguarda de apátrida que es excepcional, regulada de manera compleja bajo una circular administrativa. Conforme a la normativa internacional vinculante a Colombia y detallada anteriormente, debería considerarse un PEP vigente al momento del nacimiento del menor en el territorio colombiano como prueba de domicilio para efectos de nacionalidad.
45. La sección siguiente entrará a analizar cómo el optar por la salvaguarda de apatridia no sólo requiere transitar un proceso altamente complejo e incierto, sino que su resultado final pone en condición de desventaja a esos menores nacionalizados como colombianos, frente a otros niños nacidos en el territorio nacional y reconocidos como colombianos al momento del nacimiento.

V. LA DISCRIMINACIÓN QUE SUBYACE EN LA PROTECCIÓN EN CONTRA DE LA APATRIDIA VÍA UN PROCESO DE NACIONALIDAD POR ADOPCIÓN

46. Actualmente, a la luz de la respuesta de las entidades del gobierno a casos como el de Christopher Stevens Moreno Trons, los niños nacidos en Colombia de padres venezolanos que tienen estatus migratorio regular al momento del nacimiento, como lo documenta un PEP, sólo tienen un potencial camino para acceder a la nacionalidad colombiana: la salvaguarda de la apatridia. Esta medida no sólo es supremamente compleja en su esquema de implementación, sino que por sus requisitos y la naturaleza misma de la medida de solución que otorga, que es la naturalización, es incierta y discrecional.
47. A través de la Ley 1588 de 2012, Colombia incorporó el contenido de ambas Convenciones sobre apatridia en su legislación nacional sin oponer reservas. El Ministerio de Relaciones Exteriores reconoció la Convención de 1954 como el marco legal aplicable a cuestiones de apatridia, afirmando durante la revisión constitucional la Ley 1588 de 2012 que: [La Convención de 1954] busca establecer un Estatuto que comprenda las disposiciones generales y la condición jurídica de los apátridas para asegurar la no discriminación, la regularización y la garantía del pleno goce de sus derechos fundamentales. ... [También] tiene como finalidad evitar la apatridia, garantizando el derecho a la nacionalidad, en consideración a los factores

de nacimiento, residencia, transmisión hereditaria y en aplicación a los principios de igualdad, no discriminación, protección de minorías e integridad territorial.⁴⁶

48. Como se destacó anteriormente, párr. 39-4, la distinción que se hace entre hijos de extranjeros nacidos en el territorio bajo estatus migratorio regular, pero bajo categorías distintas, es arbitraria y discriminatoria. Adicionalmente, la diferenciación creada entre los niños que adquieren la nacionalidad colombiana por nacimiento en el territorio y los que nacieron en el territorio y se naturalizan como colombianos, en virtud de la salvaguarda de la apatridia, es discriminatoria. El ligero ajuste que ha sufrido la ley de nacionalidad para incluir una salvaguarda para prevenir la apatridia, sujeta al régimen de naturalización, definido por ley como poder discrecional del estado, coloca a los niños que se benefician de esta protección y, si son naturalizados como colombianos, en una desventaja de aquellos que obtienen la nacionalidad colombiana por nacimiento.
49. Los requisitos para acceder a la nacionalidad por adopción están establecidos en la Ley 43 de 1993 y sus decretos y reglamentaciones administrativas pertinentes. Una característica de este tipo de nacionalidad, a diferencia de la nacionalidad por nacimiento, es que por ley éste es un acto soberano y discrecional del gobierno nacional, específicamente del Presidente de la República, delegado al Ministerio de Relaciones Exteriores⁴⁷. Ninguna otra autoridad local o departamental tiene la competencia para otorgar o denegar la nacionalidad.⁴⁸
50. El solicitante debe presentar ante el Grupo Interno de Trabajo de Nacionalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores todos los documentos necesarios exigidos por ley, y las circulares. La persona a quien le haya sido denegada la nacionalidad por adopción puede realizar una petición ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o recurrir la decisión ante un tribunal administrativo.
51. De conformidad con el Artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), el Artículo 5(3) de la Ley 43 de 1993 establece dentro de las disposiciones jurídicas referentes a la nacionalidad colombiana por adopción que los hijos de extranjeros nacidos en territorio colombiano, a quienes ningún otro Estado reconozca como ciudadanos, pueden comprobar su nacionalidad con un certificado de nacimiento, sin que se requiera prueba de domicilio. Sin embargo, es necesario que los padres extranjeros comprueben mediante una certificación de la misión diplomática de su país de origen que su país no le otorga al niño la nacionalidad de los padres.⁴⁹
52. No hay certeza de que los procesos de naturalización, para niños que de otro modo serían apátridas, no serán discrecionales; de hecho, la ley nacional colombiana considera la nacionalidad por adopción discrecional y no-automática. Por lo tanto, esta disposición frente a la apatridia, sólo representa un fundamento adicional para solicitar la nacionalidad colombiana por adopción, en lugar de una protección legal para niños nacidos dentro del territorio. Asimismo, los niños cuyos padres logran naturalizarlos a través de este proceso

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-622/13, 10 de septiembre de 2013.

⁴⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores, folleto sobre la nacionalidad colombiana, disponible en: http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/nacionalidadpdf.pdf.

⁴⁸ Los gobiernos locales y municipales colaboran con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la organización de los exámenes de español y de conocimiento sobre la Constitución, historia y geografía de Colombia.

⁴⁹ *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.* Ley 43 de 1993, disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=286>.

altamente oneroso y complejo, son colombianos por adopción, lo cual significa que no pueden asumir ciertos cargos públicos, ya que no son considerados nacionales colombianos por nacimiento, a pesar de haber nacido dentro del territorio.⁵⁰ Esto sitúa a los niños que son naturalizados en desventaja cuando se les compara con aquellos a quienes se les otorga la nacionalidad colombiana por nacimiento.⁵¹

53. Como lo destacaron las expertas en derecho a la nacionalidad y apatridia Laura van Waas y Sangita Jaghai la “nacionalidad es el vínculo legal entre una persona y el estado que conlleva completa e igual membresía en la comunidad política. Sin embargo, en la práctica de los estados, no todos los que son admitidos como nacionales gozan del paquete completo de derechos que se le atan, ni de la misma seguridad en su estatus. El fenómeno de desigualdad entre ciudadanos es particularmente aparente cuando se examina la cuestión de cómo se protege ese vínculo mismo la ciudadanía por nacimiento es más segura que la ciudadanía adquirida de otra forma, como por naturalización (traducido del inglés)”.⁵²

VI. LA IMPORTANCIA DE REVISAR Y UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA RESPECTO AL DERECHO A LA NACIONALIDAD PARA ATENDER A LAS DEFICIENCIAS EXISTENTES EN PREVIAS DECISIONES DE LAS ALTAS CORTES

54. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema en materia del derecho a la nacionalidad de hijos de extranjeros nacidos en el territorio han privilegiado una interpretación restrictiva de las disposiciones nacionales sobre un interpretación garantista y armónica conforme al principio de interés superior del niño y otras normas internacionales.
55. Estas normas requieren una interpretación coherente y constitucionalmente apropiada del requisito de domicilio, para asegurar una interpretación legalmente cierta, en lugar de depender de múltiples remisiones a reglas que caen cada vez más bajo en la jerarquía de normas, y finalmente recurren a órdenes administrativas.

Jurisprudencia respecto al derecho a la nacionalidad de hijos de extranjeros nacidos en Colombia

56. Hasta ahora la jurisprudencia de las altas cortes se ha enfocado en una visión formalista preocupada con no extender la nacionalidad colombiana cuando el solicitante en cuestión carece de ciertas medidas de prueba, sin tener en cuenta los obstáculos que enfrentan los solicitantes para acceder a los medios de prueba, y liberando a las entidades gubernamentales, aquellas que están más facultadas, de su responsabilidad en asegurar que las personas nacidas en el territorio puedan acceder a un derecho fundamental.

⁵⁰ El Artículo 28 de la Ley 43 de 1993 dispone que los siguientes cargos públicos quedan restringidos a nacionales colombianos por nacimiento: presidente o vicepresidente de la República, senador, juez de la Corte Constitucional, juez de la Corte Suprema, juez del Consejo Superior de la Judicatura, fiscal general, miembro del Consejo Nacional Electoral, registrador nacional del Estado civil, contralor general, jefe del Ministerio Público, Ministro de Relaciones Exteriores, Ministro de Defensa Nacional, miembro de cualquiera de las Fuerzas Armadas como funcionarios y director de inteligencia y seguridad.

⁵¹ Si bien la Convención de 1961 no prescribe una única manera en que los estados deben garantizar la salvaguarda del apatridia, una lectura que da aun desarrollo progresivo a esta protección, conforme a las protecciones regionales y la Convención de los derechos del Niño, apuntan a buscar maneras que aseguren que dichos niños accedan a la nacionalidad en condiciones de igualdad, para darles así un gozo pleno de los derechos que les corresponden como miembros de una comunidad política.

⁵² Van Waas, Laura and Jaghai, Sangita, “All Citizens are Created Equal, but Some are More Equal Than Others” *Netherlands International Law Review* (2018) 65, 30 de noviembre 2018, pág. 413.

57. En oportunidades pasadas, las altas cortes, han podido analizar varios de los temas que atiende la actual revisión de tutela, pero tal vez no en el contexto de urgente necesidad, y en atención a un grupo poblacional tan alto, como el caso actual. Existen casos del 2005, 2008, 2010, 2013 y 2015 en relación con el derecho a la nacionalidad y las garantías en virtud de la salvaguardia contra la apatridia. Estos casos apuntan a dos grupos de problemas: la dificultad de armonizar los marcos legales nacionales a la luz de obligaciones internacionales específicas con respecto a la apatridia; y las brechas entre la ley y la práctica en los procesos de documentación de la identidad. En su conjunto, los casos muestran una jurisprudencia más preocupada por el otorgamiento erróneo de la nacionalidad colombiana que por abordar el problema de la apatridia.
58. Los casos de 2008 y 2010 involucran a personas que descubrieron en el tránsito entre la infancia y la mayoría de edad, que no contaban con prueba para acceder a la nacionalidad colombiana al momento de solicitar nuevos documentos de identidad. El caso de 2015 llevó al Ministerio de Relaciones Exteriores a ajustar las reglamentaciones obsoletas respecto a los procesos de documentación de la identidad, para garantizar el acceso a un medio de demostrar la nacionalidad.
59. En el 2008, la Corte Constitucional, abordó el caso de un hombre de 18 años que había nacido cerca de la frontera sur de Colombia.⁵³ Su nacimiento se registró en Leticia, y su partida de nacimiento indica que sus padres biológicos eran ciudadanos peruanos, sin indicar si sus padres estaban domiciliados en Colombia al momento del nacimiento. El solicitante fue criado por ciudadanos colombianos, no conocía a sus padres biológicos y desconocía su paradero. La Registraduría Nacional del Estado Civil le denegó la cédula de ciudadanía con base en que no era ciudadano colombiano. El tribunal ratificó la decisión de la Registraduría, dado que el solicitante no podía probar el domicilio de sus padres biológicos al momento de su nacimiento, y, por lo tanto, él no era colombiano. Este fallo, en contra de las normas internacionalmente resaltadas, desconoció la titularidad que le correspondía al accionante en virtud del derecho internacional de una protección en contra de la apatridia. Sustentando la decisión en un potencial acceso a la nacionalidad de otro estado atado a un vínculo de filiación altamente difícil de demostrar, desconociendo las dificultades propias del caso concreto para acceder a dicha nacionalidad, y dejando al demandante en una situación de alta vulnerabilidad a la apatridia.⁵⁴ Esta sentencia desconoce los lineamientos del ACNUR en el Manual de Apatridia y el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indican que Colombia tiene la obligación de resolver la condición de nacionalidad de sus residentes, en este caso, investigando positivamente o facilitando el acceso a las autoridades competentes en Perú para obtener la nacionalidad u otorgar la nacionalidad por adopción a este residente, que sólo ha conocido Colombia como su país y hogar.
60. En el 2010, la Corte Constitucional tuvo de nuevo un caso similar, donde la accionante también había nacido en el departamento del Amazonas de padres peruanos. La Registraduría Nacional del Estado Civil le había emitido un registro de nacimiento sin nota respectiva a prueba de nacionalidad, y posteriormente la tarjeta de identidad nacional, pero le había denegado la cédula de ciudadanía.⁵⁵ La Corte citó la sentencia de 2008 en su fallo y determinó que la Registraduría Nacional del Estado Civil en Leticia había cometido un error al otorgarle la tarjeta nacional de identidad.⁵⁶ Ordenó a la Registraduría a que instruyera a sus funcionarios en las regiones fronterizas a verificar la prueba de domicilio –en ese momento mediante la visa de residente– para los niños nacidos de padres extranjeros antes de

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-965 de 2008, 7 de diciembre de 2008.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1060 de 2010, 16 de diciembre 2010.

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1060 de 2010, Sección 4.1.

⁵⁶ *Ibid.*, Sección 5.

otorgarles la documentación para así evitar darles a las personas percepciones falsas sobre sus derechos.⁵⁷

61. En 2015⁵⁸ la Corte Constitucional decidió el caso de un niño nacido en Colombia de padres chinos, uno de los cuales tenía una visa de trabajo de no residente al momento del nacimiento del niño. Habían recibido una partida de nacimiento que indicaba la nacionalidad del niño como colombiana pero la oficina local de pasaportes, bajo jurisdicción del Ministerio de Relaciones Exteriores, le había denegado el pasaporte al niño.⁵⁹ La oficina local de pasaportes afirmaba que el niño no tenía derecho al pasaporte colombiano porque ninguno de los padres tenía residencia comprobada al momento del nacimiento. La Corte consideró que esta disposición jurídica iba en contra de lo establecido por el Ministerio de Relaciones Exteriores en sus circulares S-GAUC-14-093078 (16 de diciembre de 2014) y S-GAUC-14-095488 (29 de diciembre de 2014), en las que se ampliaban los medios que servían como prueba de domicilio con la inclusión de la visa de trabajo de no residente. La Corte ordenó al Ministerio a que implementara una política en todo el país con mecanismos concretos de difusión, para así socializar la nueva interpretación de este requisito para la emisión de pasaportes.
62. Aunque la jurisprudencia más reciente brinda cierto grado de optimismo, una mirada más amplia muestra que la jurisprudencia, en el mejor de los casos, es inconsistente. Tal inconsistencia afecta de manera desproporcional y aguda a la población en más alto riesgo de apatridia: los hijos de migrantes.

Jurisprudencia respecto del interés superior del niño

63. La Corte ha hecho referencia explícita al interés superior del niño a lo largo de su jurisprudencia. En 2003 la Corte explicó que la determinación del interés superior del menor se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto, y que estas deben ser atendidas, por la familia, la sociedad y el estado: “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.”⁶⁰
64. En la Sentencia T-397-04, la Corte estableció una obligación constitucional y legal de “aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones” cuando se trata del interés superior del niño.⁶¹
65. Reconociendo, en la sentencia T-260-12, que:

“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-075, 20 de febrero de 2015.

⁵⁹ *Ibid.*, Sección 1.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510 de 2003, 19 de junio de 2003.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia: “En resumen: las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado

de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.”

66. En la Sentencia C-113-17, citando en sus consideraciones la Observación general No. 14 del Comité de los Derechos del Niño, la Corte reiteró el contenido y alcance del principio del interés superior del niño:

“advierte que el interés superior posee una triple dimensión: (i) como derecho sustantivo a que su interés superior sea una consideración primordial a evaluarse e incidir en la decisión a adoptar, de aplicación inmediata e invocación directa ante los tribunales; (ii) como principio jurídico interpretativo, en virtud del cual ante la posibilidad de más de una interpretación sobre una disposición debe preferirse la que satisfaga tal exigencia; y, (iii) como norma de procedimiento, en virtud de la cual en todo caso en el que se encuentre de por medio los intereses de un menor deben estimarse las repercusiones de la solución. Dicha estimación, se agrega, requiere de garantías procesales. La justificación de la decisión del funcionario respectivo, finalmente, debe evidenciar que se ha respetado el derecho al interés superior del niño.”

Necesidad de una interpretación jurisprudencial armónica y garantista

67. A lo largo de su jurisprudencia, y en los casos anteriormente citados, la Corte ha reconocido el marco legal internacional aplicable a Colombia, el papel primordial que debe tener el interés superior del niño, el contexto en el que se produce la apatridia y la relevancia del derecho a la nacionalidad en el disfrute de otros derechos. Reconociendo el papel fundamental que le compete al Estado colombiano de garantizar que todo niño nacido en su territorio tenga acceso efectivo a una nacionalidad, y las obligaciones positivas que le corresponde al Estado, respecto de niños nacidos en Colombia de padres extranjeros. Sin embargo, la jurisprudencia ha restringido el ámbito de protección de estas normas internacionales al momento de estudiar casos concretos; convirtiéndose, en la práctica, en un obstáculo de acceso a garantías y protecciones, para aquellas personas que más necesitan beneficiarse de una interpretación armónica, sólida y robusta por parte de la Corte.
68. Esta mirada se hace evidente en la respuesta dada por parte de la Registraduría en este caso, donde destacó que “la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de lo Contencioso administrativo ha sido clara en señalar que el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional están regulados por el Estado colombiano y los derechos de los niños, aunque prevalecen, no sirven para eludir las responsabilidades de los padres extranjeros, ni legalizar su estatus irregular de permanencia en el país”⁶². Este marco de análisis es contrario a una interpretación garantista e incluyente, y desconoce los estándares jurisprudenciales que ha establecido la Corte frente al interés superior del niño, como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento.
69. El caso de Christopher es ilustrativo de cómo a los niños nacidos de padres extranjeros con estatus regular en el país, se les niega el acceso a la nacionalidad colombiana, no sobre la

⁶² Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión de Familia, 13 de diciembre de 2018, página 5.

base de no cumplir con los requisitos legales o constitucionales; sino más bien en la interpretación que de esos requisitos hacen las entidades administrativas. Estas interpretaciones están resultando en una negación efectiva del derecho a la nacionalidad, contrarias a las garantías de la Constitución y las normas de derecho internacional a las que Colombia está obligada. Este caso presenta la oportunidad para que la Corte unifique criterios jurisprudenciales.

VII. LA IMPORTANCIA DE ASEGURAR, A TRAVÉS DEL DERECHO A LA NACIONALIDAD, UN SENTIDO DE PERTENENCIA A TODA UNA GENERACIÓN DE NIÑOS NACIDOS EN EL TERRITORIO

70. Cifras de junio de 2018, reportadas por Migración Colombia en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, señala un número de 8,209 mujeres venezolanas en estado de embarazo, y 7,496 en lactancia. Estas cifras indican que existe una población de más de 15,000 niños potencialmente en la misma situación que los niños en los casos bajo revisión de tutela: nacidos en Colombia, de padres venezolanos con situación migratoria regular, sin acceso a la nacionalidad Colombiana en virtud del nacimiento, con un casi imposible acceso a la nacionalidad Venezolana y enfrentando como única opción un proceso de naturalización altamente complejo.⁶³
71. El asegurar que los niños nacidos en Colombia de padres extranjeros con estatus regular en el territorio, como es el caso de los muchos niños nacidos de ciudadanos venezolanos que cuentan con PEP, garantizará que una generación de niños nacidos en Colombia tenga un sentido de pertenencia al país de su nacimiento.
72. Garantizar la nacionalidad desde el nacer proporciona beneficios a generaciones actuales y futuras, evita que la apatridia pase de padres a hijos. Adicionalmente, conceder la nacionalidad a todos los niños nacidos en un territorio puede servir de incentivo para promover la integración de los residentes a un país, y contribuir así de manera positiva al país de sus hijos.⁶⁴
73. El gobierno ha dado indicios de alinearse con esta tendencia, al reconocer la importancia y el deber que tiene el Estado de acoger a los migrantes venezolanos. Tanto por razones humanitarias como de interés público. Es así como el director de Migración Colombia al referirse a la razón de ser del PEP manifestó “El PEP nos permite mantener esa migración ordenada y segura que necesita nuestro país y la región. Es una medida que busca no solo darle la mano al pueblo venezolano, sino también incorporarlos a la vida activa de nuestro país. Recordemos que los venezolanos que están migrando lo hacen no por gusto, sino por necesidad, y el mayor desafío que tenemos como país, ahora, está en volverlos productivos para nuestra sociedad, para el país que estamos construyendo en este Gobierno y que es el país que queremos dejarle a nuestros hijos”.⁶⁵

⁶³ ACNUR, Gobierno de Colombia, Defensoría del Pueblo, Unidad Nacional para la Gestión de Riesgos de Desastres, *Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en Colombia*, junio de 2018, <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b2957524.pdf>

⁶⁴ European Network on Statelessness, *Preventing Childhood Statelessness in Europe: Issues, Gaps and Good Practices*, April. 2014, pág. 3, disponible en <https://www.statelessness.eu/resources/preventing-childhood-statelessness-europe-issues-gaps-and-good-practices>

⁶⁵ Migración Colombia, <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/comunicados/comunicados-2018/diciembre-2018/9396-venezolanos-que-hayan-entrado-a-colombia-hasta-el-17-de-diciembre-sellando-su-pasaporte-podran-solicitar-el-pep>.

La nacionalidad es un componente central de la identidad humana y el desarrollo personal.

74. Los organismos internacionales y regionales de derechos humanos han reconocido reiteradamente que la nacionalidad es un componente vital y formativo de la identidad legal y social de un niño. Existen vínculos importantes entre el derecho a adquirir una nacionalidad y el gozo de cada individuo a la personalidad jurídica y el respeto de su dignidad humana – y la responsabilidad de garantizar el desarrollo personal del niño en relación con estas importantes facetas de su identidad individual desde el nacimiento.⁶⁶
75. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció en *Genovese v. Malta* que la ciudadanía es un aspecto de la "identidad social" de una persona, que es un componente de su vida privada y familiar protegida por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶⁷ Este caso hace parte de una línea jurisprudencial que reconoce que la denegación de la nacionalidad, la creación (y la perpetuación) de la apatridia y la denegación a acceder a un estatus legal seguro pueden, en ciertas circunstancias, constituir una interferencia con el derecho a la vida privada.⁶⁸ La conexión entre identidad, personalidad jurídica y dignidad:
- “[E]l derecho a la personalidad jurídica es una consecuencia normal, natural y lógica de la personalidad humana e inherente a la dignidad humana; es una parte natural e inherente a cada ser humano y su personalidad.”⁶⁹
76. El ACNUR también ha explicado que un motivo para que los estados y las organizaciones interesadas aborden la apatridia es “fortalecer la solidaridad y la estabilidad nacional al brindar a todas las personas un sentido de pertenencia e identidad.”⁷⁰
77. Además, los muchos obstáculos que enfrentan los nacionales venezolanos para documentar su propia identidad y la imposibilidad de los consulados venezolanos para proporcionar documentación legal a sus ciudadanos dejan a muchos niños en un estado de nacionalidad no confirmada, en riesgo de apatridia y ante un potencial ciclo de difusión de apatridia a las generaciones futuras.

⁶⁶ European Network on Statelessness, *Preventing Childhood Statelessness in Europe: Issues, Gaps and Good Practices*, April. 2014, pág. 3. Ver también Comité de Derechos Humanos ONU, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto- Cuarto informe periódico de los Estados partes: Irlanda*, 30 de julio de 2008, disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=533d2f184> (expresando preocupación por la falta de reconocimiento del cambio de género en la emisión de certificados de nacimiento)

⁶⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Genovese v. Malta*, Sentencia de 11 de octubre de 2011, párr. 33.

⁶⁸ *Ibid.*, párr 30; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kurić y Otros v. Eslovenia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de la Gran Sala del Tribunal, 26 de julio de 2012, párr. 356.

⁶⁹ Traducido del inglés “[T]he right to legal personality is a normal, natural and logical consequence of human personality and inherent human dignity; it is a natural and inherent part of every human being and his or her personality” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kurić y Otros v. Eslovenia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de la Gran Sala del Tribunal, 26 de julio de 2012, párr. 356.

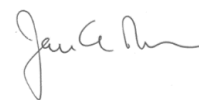
⁷⁰ ACNUR, ¿Cómo sería la vida si no tuvieras nacionalidad? (*What would life be like if you had no nationality?*) Folleto informativo, marzo de 1999, página 11.

VIII. CONCLUSIÓN

78. Los casos sujetos a revisión por parte de la Corte demuestran el desafío que Colombia, al igual que otros países, enfrentan en actualizar la interpretación de normas fundacionales de cuando se constituyeron como Estados, como el derecho a la nacionalidad a las tendencias de la movilidad humana y la evolución de las normas internacionales. La crisis migratoria y humanitaria que atraviesa Venezuela, desveló en Colombia una nueva dimensión de lo que hasta hace poco antes era una realidad que solo afectaba un número limitado de menores nacidos en el territorio. Sin embargo, la crisis misma, y el caso de estos dos menores, presenta a la Corte la importante oportunidad de atender de manera clara y certera a la brecha que existe entre disposiciones normativas del orden interno y el marco de protección del derecho a la nacionalidad de menores nacidos en el territorio conforme lo disponen la normas regionales e internacionales.
79. Esperamos que los elementos de análisis aportados en esta intervención sirvan de apoyo a la Honorable Corte Constitucional en los casos sujetos a revisión. A partir de ello solicitamos a la Corte que tutele el derecho a la nacionalidad de los dos menores nacidos en Colombia de padres venezolanos, dando alcance pleno a la protección que a este derecho atañen las normas internacionales. De manera general, y para prevenir que un ciclo de discriminación se perpetúe en un grupo cuantioso de niños, reconozca que el PEP, al ser un documento que acredita estatus migratorio regular, es prueba válida para acreditar domicilio para efectos de adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento.



Juliana Vengoechea Barrios, Abogada



James A. Goldston, Director Ejecutivo

Open Society Justice Initiative
224 West 57th Street
Nueva York, Nueva York 10019
Estados Unidos