Sentencia T-956/13

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Requisitos para que se configure

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Determinación puede ser susceptible de análisis de menor intensidad cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional

La jurisprudencia constitucional ha contemplado que la evaluación de los factores mencionados no es unívoca, sino que debe consultarse la entidad y/o las condiciones particulares de los sujetos involucrados. Quiere esto decir que cuando en el caso concreto se está ante personas que, por sus circunstancias específicas, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta; o cuando se trata de personas pertenecientes a grupos que la Constitución les reconoce especial protección constitucional, como sucede con los niños y niñas, los adultos mayores o las personas en situación de discapacidad, el escrutinio de los requisitos antes anotados debe ser atenuado en cada caso concreto. Esto bajo el raciocinio que la inminencia del perjuicio en esos eventos es, per se, más intensa y con consecuencias más lesivas en términos de garantía de derechos fundamentales, debido a que las características del sujeto concernido lo hacen más vulnerable a tales sucesos.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la tutela, deben encontrarse efectivamente comprobadas

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la

urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. Hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA- Protección constitucional e internacional

El derecho constitucional de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separado de ella, debe ser interpretado de forma tal que (i) garantice en todo momento que el menor mantenga el contacto y unión familiar con sus progenitores; (ii) para la validez constitucional de la separación de su grupo familiar, deba acreditarse que esa es la única medida posible para garantizar el interés superior del menor afectado; y (iii) cuando la separación sea consecuencia de una actuación legal contra alguno de los padres, como sucede en los casos de la privación de la libertad o la deportación, la misma tiene que ser estrictamente necesaria, someterse a las reglas y procedimientos aplicables, así como contar con la posibilidad de un control judicial en donde los interesados cuenten con instancias de participación en la decisión que deba. Del mismo modo, la previsión internacional señala que los mismos Estados partes "…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."

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA- Intervención estatal en la unidad familiar es válida siempre y cuando el procedimiento judicial o administrativo haya sido con sujeción a la Constitución y a la ley

Una de las condiciones para la validez constitucional de las intervenciones estatales en la unidad familiar es que el procedimiento judicial o administrativo de cual se deriva la decisión que afecta dicha unidad, haya sido adoptada con sujeción a la Constitución y la ley. En el caso analizado, la unidad familiar conformada por la pareja y su menor hija se ve afectada por la orden de deportación que pesa sobre el padre de la niña. De allí que un aspecto que debe analizar la Corte es si el procedimiento surtido para el efecto cumplió con las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, es una medida apta para limitar el derecho de la menor a tener una familia y no ser separada de ella.

DERECHO DE CONTRADICCION Y DEFENSA DE MIGRANTES-Necesidad de comprender el idioma utilizado en los procedimientos migratorios

El artículo 29 C.P. prevé, a manera de cláusula general, la garantía del debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, universo en cual están comprendidos los procedimientos que adelantan las autoridades migratorias. A su vez, el derecho constitucional al debido proceso es plenamente predicable a los extranjeros que están sometidos a los mencionados trámites, conforme lo estipula el artículo 100 C.P. Uno de los componentes estructurales del derecho al debido proceso son las garantías de contradicción y defensa. De manera simple, estas garantías refieren a que la persona concernida en un proceso judicial o administrativo debe tener a su disposición instancias materiales e idóneas para conocer las razones que dan lugar al trámite, las pruebas en que se sustentan, así como los argumentos jurídicos y de hecho que fundan el actuar del juez o la autoridad administrativa. Sumadas a estas garantías, que son de naturaleza pasiva, se encuentran aquellas de carácter activo, las cuales se centran en que la persona esté habilitada para formular las mismas pruebas y argumentos ante el juez y autoridad administrativa y que estos sean tenidos en cuenta al momento de adoptar la decisión correspondiente. A su vez, las facetas activa y pasiva del derecho de contradicción y defensa no solo tienen índole normativa, sino también material. Por lo tanto, para que estas garantías constitucionales se muestren eficaces, no solo deben preverse las normas legales y reglamentarias que determinen los procedimientos y las instancias para su ejercicio, sino que también debe (i) contarse con los recursos y demás elementos materiales para el ejercicio de contradicción y defensa, lo que abarca diferentes asuntos, como infraestructura, servidores públicos, información suficiente, etc.; y (ii) removerse todas aquellas barreras jurídicas y fácticas que impidan el ejercicio efectivo de los mencionados derechos.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Como sujetos de especial protección para los Estados

En el derecho al debido proceso de los migrantes, debe resaltarse cómo desde el derecho internacional de los derechos humanos existe consenso acerca que los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados, en virtud de las condiciones de indefensión en que usualmente se encuentran, derivadas, entre otros factores, de su desconocimiento de las prácticas jurídicas locales y del idioma en que se realizan esas prácticas, así como la ausencia de lazos familiares y comunitarios en el país al que arriban. Sobre este particular, a nivel internacional se ha reconocido que los migrantes indocumentados o en situación irregular son un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a que no viven en sus estados de origen y deben afrontar barreras de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas, sociales y los obstáculos para regresar a su país de origen. Sin embargo, dicha condición de vulnerabilidad se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). En ese sentido, muchos países consideran a los migrantes irregulares como una amenaza para la seguridad y el mercado laboral, por lo que suelen trabajar en condiciones peligrosas e inseguras, sin dejar de lado que son expuestos a abusos y explotación. Es por esto que muchas veces sus controles fronterizos suelen ser bastante rigurosos, llegando a establecer medidas punitivas para aquellos que ingresen o permanezcan en condición irregular.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los extranjeros

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Obligación estatal que en los

procedimientos judiciales y administrativos se eliminen barreras que impidan el ejercicio pleno del derecho de los migrantes

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Vulneración por cuanto no se cuenta con intérprete que permita al migrante que no domina el idioma castellano ejercer derecho de contradicción y defensa

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA Y PRINCIPIO DE IMEDIATEZ-Vulneración es inminente y actual en caso de ciudadano chino que tiene orden de deportación del país y tiene hija menor nacida en Colombia

La Sala no comparte el criterio expresado por los jueces de instancia, en el sentido que en el caso no se cumplía con el requisito de inmediatez. En contrario, se advierte que en lo que respecta a la menor accionante, la amenaza de vulneración de sus derechos fundamentales, particularmente el de tener una familia y no ser separada de ella, es inminente y actual puesto que aún pesa sobre su padre una orden de deportación del país, la cual no ha sido objeto de revocatoria o modificación por parte de la autoridad migratoria. Con todo, también se observa que en consideración a la necesidad de proteger los derechos de la menor, Migración Colombia optó por imponer una sanción de multa al ciudadano chino. Sin embargo, esta sanción no dejó sin efectos ni sobreseyó la orden de deportación, decisión administrativa que justificó la acción de tutela interpuesta. Sobre este particular debe insistirse en que la evaluación sobre la inminencia, así como sobre la subsidiariedad, no puede analizarse desde la perspectiva del mencionado ciudadano, sino de la niña que interpuso la presente acción. A partir de esta premisa, es claro que se está ante la inminencia de la vulneración de derechos fundamentales que tienen carácter preferente, según lo dispone el artículo 44 C.P.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MIGRATORIO-Trámite debe contar con un intérprete cuando “lengua oficial” sea distinta al ciudadano extranjero

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Vulneración en proceso administrativo migratorio de ciudadano chino, a quien no se le garantizó ejercicio de contradicción y defensa por la ausencia de intérprete del idioma y no maneja el castellano

El ciudadano chino no tiene por lengua oficial el castellano y no comprende la mayoría de expresiones de nuestra lengua. Por lo tanto, a partir de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, así como los preceptos legales, requería de la asistencia de un intérprete durante el proceso de responsabilidad migratoria. El afectado no contó con dicha asistencia. Incluso, la entidad demandada manifestó a la jurisdicción constitucional que no cuenta con intérpretes del idioma chino, por lo que está demostrada la incapacidad institucional de la entidad demandada para proteger el derecho al debido proceso de los migrantes que no conocen el castellano. Así, con excepción de algunos casos en que se prevén intérpretes de lengua inglesa, en los demás eventos no existe evidencia material que permite demostrar que los derechos que la misma Administración reconoce a los migrantes sean adecuadamente garantizados. En consecuencia, en criterio de la Sala es evidente que ante esta circunstancia la actuación administrativa adelantada contra el ciudadano chino fue contraria al derecho fundamental al debido proceso. Esto debido a que no contó con el servicio de intérprete del castellano a su idioma y, por ende, careció de las condiciones mínimas exigibles para cuestionar o cuando menos comprender, los hechos y normas que motivaron en su momento la orden de deportación y ahora la sanción pecuniaria que le fue impuesta. Esta misma falencia restó toda idoneidad a los mecanismos judiciales ordinarios, pues la comprobada ausencia de intérprete obliga a concluir

que el ciudadano chino carecía de cualquier elemento de juicio para conocer qué recursos judiciales y de la vía gubernativa tenía a su alcance.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE MIGRANTES-Orden a Migración Colombia adelante y ejecute un plan para la provisión de intérpretes para la asistencia de los migrantes respecto de los cuales se adelanten actuaciones administrativas y no tengan dominio del idioma castellano

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Orden a Migración Colombia adelante procedimiento con intérprete del idioma chino mandarín para regularizar la situación migratoria al padre de la accionante

Referencia: Expediente T-3.811.139

Acción de tutela interpuesta por Cuiyi Kuang, en representación de su menor hija Lina Sofía (Zhi Yin) Huang Kuang v. Ministerio de Relaciones Exteriores – Migración Colombia

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que resolvieron en primera y segunda instancia, respectivamente, la acción de tutela promovida por Cuiyi Kuang, en representación de su menor hija Lina Sofía (Zhi Yin) Huang Kuang contra el Ministerio de Relaciones Exteriores – Migración Colombia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1.1. La señora Cuiyi Kuang y el señor Ruifeng Huang[1], ciudadanos de la República Popular China, sostienen una unión marital de hecho desde hace más de cuatro años. Son padres de la menor Lina Sofía (Zhi Yin) Huang Kuang, nacida en la ciudad de Palmira (Valle del Cauca) el 2 de noviembre de 2009, conforme lo señalado en el registro civil de nacimiento realizado ante la Notaría Segunda de esa ciudad.

La pareja, adicionalmente, es propietaria de un restaurante de comida china, registrado como establecimiento de comercio ante la Cámara de Comercio de Buenaventura, a nombre del señor Huang.[3]

1.2. Indica la actora que ella labora legalmente en Colombia, en virtud de la visa de trabajo que se le expidió para el efecto. Sin embargo, su compañero y padre de la menor no ha legalizado su estatus migratorio en el país. Por esta razón, el extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, le notificó acto administrativo que ordena su deportación.

Esta situación, en criterio de la accionante, vulnera los derechos fundamentales de su hija a la vida en condiciones dignas, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a tener y conservar su familia, así como al cuidado y al amor de su padre. Enfatiza en el hecho que, en su condición de migrantes, no tienen otros familiares en el país, por lo que el rompimiento del núcleo familiar tiene efectos particularmente gravosos para la menor. Esto sumado al hecho que el mantenimiento económico del hogar depende del trabajo conjunto de sus padres, ingresos que se verían radicalmente menguados por la ausencia del señor Huang.

1.3. Con base en lo anterior, pretende que Migración Colombia le otorgue al padre de su hija una visa con la que pueda permanecer legalmente en el país.

2. Respuesta de la entidad accionada

Mediante comunicación del 22 de agosto de 2012, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se opuso a las pretensiones de la acción de tutela de la referencia. Indicó que el señor Huang ingresó al país sin contar con una visa para ello, a través de la elusión del control migratorio de la ciudad de Cúcuta el 26 de octubre de 2006. Por ende, el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, a través de la Resolución 142 del 24 de octubre de 2006, ordenó la deportación, al igual que impuso la prohibición de ingresar al país por el término de cinco años.

Agregó que el actor no había formulado ni recursos de vía gubernativa, ni tampoco acciones contenciosas contra el mencionado acto administrativo, por lo cual había adquirido fuerza ejecutoria. Esta circunstancia hacía improcedente a la acción de tutela, pues el afectado había dejado de utilizar los mecanismos de defensa judicial que tenía a su disposición para cuestionar la decisión de la, en ese entonces, autoridad migratoria.

Indica, en el mismo sentido, que en el caso planteado también se incumplía el requisito de inmediatez. Esto debido a que la señora Kuang había interpuesto la acción varios años después del nacimiento de su menor hija, momento en el cual inclusive ya concurría la orden de deportación de su padre.

Adicionalmente, Migración Colombia adjuntó como prueba copia de diferentes documentos, que integran la "hoja de vida" del señor Huang, entre ellos copia de la mencionada Resolución. La Sala encuentra que varios de dichos documentos contienen información importante para la decisión del asunto de la referencia, por lo que los relaciona del modo siguiente:

2.1. Solicitud de regularización de situación migratoria, basada en el Decreto 3970 de 2008, formato suscrito el 20 de enero de 2009 por el señor Ruifeng Huang.[4]

2.2. Informe DAS.SVA.GOPE.EXT.674478-5 del 24 de junio de 2009, suscrito por el Coordinador Operativo Seccional DAS- Valle del Cauca, dirigido al mencionado proceso de regulación y tendiente a verificar las actividades, documentos, entorno familiar, social y laboral del señor Huang.[5] De este informe es pertinente resaltar los siguientes hechos:

2.2.1. El señor Huang reside en el municipio de Pradera (Valle del Cauca) y su oficio es cocinero. Manifiesta que ingresó al país del modo irregular, al evadir el control y sello del pasaporte en el "puerto fronterizo" de Cúcuta. Al momento de realizarse el informe, se identificada con pasaporte G30238320, expedido el 19 de diciembre de 2008 por el Consulado en Bogotá de la República Popular China. El señor Huang no comprende el idioma español, por ende, en la exposición administrativa que acompaña el informe fue asistido por intérprete.[6]

2.2.2. El señor Huang, una vez ingresó a territorio colombiano, no ha salido de él, como tampoco ha solicitado visa o requerido asilo político. Por ende, se mantiene la condición de deportado del territorio nacional, declarada por la seccional Santander del DAS.

2.2.3. En cuanto a la actividad laboral del señor Huang, el informe indica que ha trabajado como cocinero en restaurantes de comida china. Inicialmente durante un año en un establecimiento ubicado en Cali y hasta el 28 de febrero de 2009. Luego, junto con su compañera Cuiyi Kuang, en el restaurante de su propiedad, ubicado en el municipio de Pradera. Al respecto se indica que la actora también está en proceso de regularización de su situación migratoria.

2.2.4. El sustento de su familia se deriva, como lo indica el informe, de los ingresos del restaurante. Por ende, el objetivo de la solicitud de regularización fue poder continuar legalmente con su actividad laboral. Del mismo modo, el informe expresa que "... verificado el sistema SIFDAS de esta Seccional, en el archivo civil y delictivo del grupo de identificación, además del archivo prontuario del área de extranjería; no se encontraron antecedentes judiciales, policivos, órdenes de captura o algún requerimiento judicial."

La buena conducta del señor Huang es corroborada por testimonios de los ciudadanos Jair García Mazuera y Abraham Durán Suárez. En el expediente obra diligencia de exposición administrativa del primero de ellos, quien manifestó que lo conocía hace dos años y que había dado referencia de ellos por orden dada por Zhaoming Kuang, propietario del restaurante ubicado en Cali, quien es su empleador.

2.2.5. Certificado de vecindad expedido por la Alcaldía de Cali el 19 de enero de 2009. Allí se indica que el actor reside en la Carrera 15 No. 43-A34, barrio Chapinero. Esta dirección corresponde con la del restaurante de propiedad de Zhaoming Kuang.[7]

2.2.6. Comunicación expedida por Kenny Tsui, Presidente la Asociación de la Colonia China en Colombia, en donde identifica al señor Huang como "una persona seria, amable y quien ha demostrado una buena conducta desde su ingreso al territorio colombiano."[8]

2.2.7. Acta de declaración bajo juramento, rendida por la pareja Huang Kuang ante el Notario Dieciséis de Cali el 21 de julio de 2009, en donde manifiestan que mantienen entre sí unión marital de hecho.[9]

2.2.8. Copia del Auto 1651 del 7 de septiembre de 2010, expedido por la Subdirección de Extranjería del DAS, en el cual (i) se niega la solicitud de regularización al señor Ruifeng Huang; (ii) ordena la expedición de salvoconducto para salir del país; y (iii) dispone la notificación del acto, el archivo del expediente y la advertencia sobre la improcedencia de recursos de vía gubernativa. El mismo acto tiene como única motivación la referencia a la Resolución 144 de 2006, que ordenó la deportación del señor Huang.[10]

El acto administrativo fue notificado personalmente al afectado el 12 de enero de 2011, como consta en acta de la misma fecha, suscrita en la ciudad de Cali. En ella se indica que, para el efecto, "... se procedió a dar lectura de la decisión de la cual se entrega copia íntegra, auténtica y gratuita al notificado, haciéndole saber que contra la misma no proceden los recursos de vía gubernativa."[11]

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera instancia

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia del 5 de diciembre de 2012, decidió negar por improcedente la acción de tutela.[12] Consideró que, a pesar que no existe discusión acerca del derecho de la menor a tener una familia y no ser separada de ella, en el caso planteado era claro que los derechos que se buscaban proteger no son los de la niña, sino los de su padre.

En ese sentido, el ciudadano chino Huang no utilizó los mecanismos que tenía a su alcance para impugnar las decisiones de la autoridad migratoria. Igualmente, no presentó la acción de tutela o inició otra actuación administrativa de forma oportuna, en términos de la necesidad de la protección urgente de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. En términos del Tribunal, "... no se entiende cómo si Lina Sofía Huang Kuang nació tres años después de la resolución administrativa de deportación de su padre, se aduzca ahora, desde luego que en forma tardía seis años después, que se están vulnerando sus derechos por cuanto no va a seguir teniendo a su lado a su padre. Incluso, atenta contra la inmediatez que se examina para la procedencia de la acción de tutela si como se en esta acción se ejercita dos años después de que el DAS negara a Ruifeng Huang la solicitud dirigida a regularizar su permanencia en Colombia, en tanto que el paso del tiempo hace presumir que la menor no se ha sentido abatida en grado que haya sido imposible continuar conviviendo con la sedicente (sic) vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales. Obsérvese que tampoco aquél ha solicitado la visa de residente a que tiene derecho por tratarse del padre de una niña colombiana (art. 33 D. 2268/95, en el entendido que su deseo es el de establecerse de manera definitiva en nuestro país y al lado de su familia compuesta también por su compañera permanente Kuang Cuiyi, la madre y representante de su hija, quien tiene visa de trabajo para ejercer actividades propias del comercio."[13]

3.2. Segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencia del 7 de febrero de 2013, confirmó la decisión de primera instancia. Para ello, expresó que dentro del trámite se había demostrado que el ciudadano chino Ruifeng Huang no ha adelantado ninguna solicitud ante las autoridades nacionales de migración, en las que ponga en consideración sus condiciones familiares, sobrevinientes a la Resolución que ordenó la deportación.

En ese sentido, las autoridades migratorias no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el asunto objeto de la acción de tutela. Ello debido a que ni la actora ni el mencionado ciudadano "... aún no han intentado poner en conocimiento de los organismos competentes las circunstancias familiares que en la actualidad los afectan. Por tal razón, mal haría la Corte en reconocer una Resolución administrativa, como la que es objeto de amparo, cuando ni siquiera los interesados han intentado provocar su decaimiento por la autoridad que la emitió, iniciando un nuevo trámite administrativo en el cual hagan explícitos los motivos en que se fundamenta la presente solicitud de amparo."

4. Trámite adelantado ante la Corte Constitucional

4.1. En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 2591 de 1991, el expediente fue remitido a esta Corporación para su eventual revisión. La Sala de Selección número tres, en decisión del 12 de marzo de 2012, decidió seleccionar el presente expediente, asignándosele a la Sala Novena de Revisión.

4.2. Mediante auto del 6 de junio de 2013 y con base en lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, la Sala profirió como medida provisional la orden a la entidad demandada para

que se abstuviera de ejecutar todo acto administrativo que dispusiera la deportación y expulsión del territorio colombiano del ciudadano chino Ruifeng Huang.

Del mismo modo, fueron decretadas varias pruebas, tendientes a lograr más elementos de juicio sobre el asunto objeto de examen, como pasa a explicarse:

4.3. La Sala comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de Pradera (Valle del Cauca), para que con la asistencia de intérprete del idioma chino mandarín, recibiera declaración al ciudadano chino Ruifeng Huang, de acuerdo con el cuestionario previsto por la Sala. Esta diligencia fue llevada a cabo el 26 de junio de 2013. El texto de la declaración, en razón de su importancia para el asunto objeto de examen, se transcribe in extenso:

"... el suscrito Juez, en asocio de su secretaria, constituyó el Despacho en AUDIENCIA PUBLICA para lo cual declaro abierto el presente acto; al mismo se hace presente el Dr. EULISES HERNANDEZ RODRIGUEZ identificado con C.C No. 94.430.295 de Cali y T.P. 147.856 del CSJ, apoderado de la accionante Señora CUIYI KUANG, el señor **KWOK FOON CHAN** ciudadano chino con cedula de extranjería No. 129381 residente en Colombia desde hace aproximadamente cuarenta (40) años, residente calle 31 No. 28-50 de Palmira Valle Teléfono 2711450 y quien comprende y habla el español y el idioma chino, y quien ante la ausencia de un auxiliar de la justicia que oficie como intérprete, es designado por el despacho como tal, dentro de la presente diligencia, a quien se juramenta y bajo la gravedad del mismo promete cumplir cabalmente con las funciones impuestas realizando la traducción de la forma más fidedigna, por ello, debe adoptar el lenguaje al nivel cultural de quien absuelve el interrogatorio, evitando en lo posible el uso de tecnicismos o de expresiones anacrónicas producto de traducciones literales de los términos que se empleen; de igual forma comparece el señor RUIFENG HUANG quien exhibe como identificación una copia simple del pasaporte No. G30238320, citado para absolver cuestionario remitido y a quien el suscrito juez procedió a tomarle el juramento de rigor, bajo cuya gravedad prometió decir la verdad toda la verdad y nada más que la verdad en todo lo que se le pregunte y tenga conocimiento, se le previene sobre las responsabilidades penales en que incurre quien jura en Falso. Interrogado sobre sus condiciones civiles y generales de Ley Manifestó: Son mis nombres RUIFENG HUANG con pasaporte No. G30238320 tal y como quedaron escritos al comienzo de la presente diligencia, ciudadano chino, nacido el 10 de octubre de 1978 de edad 35 años de edad, estado civil casado grado de instrucción grado 8, residente en pradera en el restaurante china la carrera 11 No. 7-23, sin impedimento alguno para rendir la presente declaración- En este estado de la diligencia se procede a interrogarle de conformidad con el cuestionario remitido por la Honorable Corte Constitucional de la siguiente manera: **PREGUNTA:1**. Cuál es su actividad laboral actual? **CONTESTO:** trabajando en el restaurante en la cocina, en el restaurante china, que es de su esposa **PREGUNTA: 2**. Quienes conforman su grupo familiar residenciado en Colombia y quien se hace cargo de los mismos? **CONTESTO:** mi esposa y mi hija, CUIYI KUANG, ZHIN YIN, los gastos son a cargo de mío y de su esposa. **PREGUNTA: 3.** Actualmente convive con su menor hija Lina Sofía (ZHI YIN) HUANG KUANG, al igual que con la señora CUIYI KUANG, demandante en la presente acción de tutela? **CONTESTO:** SI. **PREGUNTA: 4.** Quien o quienes están encargados de las necesidades económicas de la menor Lina Sofía o en lo que respecta a su alimentación, salud, educación, recreación, y demás aspectos de su vida? **CONTESTO:** Yo con mi esposa. **PREGUNTA 5**. Ha realizado durante los últimos tres años alguna clase de actuación ante el Estado colombiano, dirigida a regularizar su condición migratoria en el país? Si ha sido así, qué actuaciones ha realizado? En caso contrario qué razones expone para haber dejado de adelantar dichas actuaciones? **CONTESTO:** SI, en Cali en el DAS en dos años tuve salvo conducto por dos años,

en el 2009 y 2010 fui a Bogotá al DAS llene un formulario para el Ministerio para entrar a extranjería y sacar una tarjeta para Cali y no le han vuelto a dar nada. **PREGUNTA 6.** Durante las diligencias que ha adelantado en el pasado ante las autoridades migratorias colombianas, ha sido asistido con un intérprete a su idioma, esto es, el chino? **CONTESTO:** El grupo de china, le explicaron en el 2006 de Venezuela para acá la policía me cogió no había nadie que hablara chino. **PREGUNTA 7.** En las oportunidades en que las autoridades migratorias colombianas le han notificado del contenido de los actos administrativos, ha contado con un intérprete para conocer su contenido y/o se le ha suministrado una copia de dichos actos, escrita en su idioma? **CONTESTO:** NO, en chino no. **PREGUNTA 8.** Que otros asuntos considera informar a la Corte Constitucional en relación con las materias en las que se basa la acción de tutela presentada por CUIYI KUANG, en representación de su menor hija Lina Sofía (zhi yin) Huan Kuang? **CONTESTO:** lo que quiere aclarar es que los documentos que le han entregado se los han entregado así no en chino, si porque mi esposa y mi hija está aquí. Se le pone de presente al señor RUIFENG HUANG que cuenta con el termino de cinco (05) días, contados a partir de la presente diligencia, para que presente ante este Juzgado, si lo estima conveniente, nuevos argumentos mediante escrito, al igual que las pruebas documentales que pretenda hacer valer en la acción de tutela de la referencia."

4.4. La Sala ordenó que el Director de Migración Colombia presentara informe escrito sobre algunos interrogantes relacionados con la acción de tutela de la referencia.

Ante la omisión en el envío del mencionado informe, el magistrado sustanciador requirió sobre el particular, mediante auto del 3 de septiembre de 2013. Así, a través de comunicación del 13 de septiembre del mismo año, el Jefe de la Oficina Jurídica de Migración Colombia rindió el informe antes mencionado.

4.4.1. Respecto del interrogante acerca de cuál es el actual estatus migratorio del ciudadano chino Ruifeng Huang, Migración Colombia señaló que se encuentra en situación irregular, habida cuenta que existe acto administrativo en firme que ordena la deportación. En ese sentido, conforme al artículo 104 del Decreto 4000 de 2004, el Director Administrativo del DAS (labor ahora asumida por Migración Colombia), puede disponer la expulsión del territorio nacional.

4.4.2. Frente al cuestionamiento acerca de si luego de la ejecutoria del Auto No. 1651 del 7 de septiembre de 2010, expedido por la Subdirección de Extranjería del DAS, han sido proferidos otros actos administrativos relacionados con la situación migratoria del ciudadano chino Ruifeng Huang, Migración Colombia respondió afirmativamente. Para ello, reiteró la actuación administrativa explicada a propósito de la respuesta al juez de tutela y agregó que mediante Auto 1296 del 20 de noviembre de 2012, se dio apertura a la actuación administrativa en materia migratoria sancionatoria. Para ello, se ordenó adicionalmente (i) realizar la consulta y obtener los documentos físicos respectivos, con el fin de conocer la actual situación migratoria del ciudadano chino Ruifeng Huang; y (ii) recibir exposición libre y voluntaria al mencionado ciudadano. A través de oficio del 20 de noviembre de 2012, se notificó el mencionado auto del afectado, quien suscribió dicha comunicación.

A través de Auto 1297 del 20 de noviembre de 2012, se formuló pliego de cargos al ciudadano Huang, quien presuntamente manifestó que se encuentra en situación irregular. En la misma actuación se señala que el procesado ingresó al país por Bogotá el 5 de julio de 2012.

En la misma fecha y ante las instalaciones de Migración Colombia en la ciudad de Barranquilla, al actor le fue recibida versión libre, en la cual indica que reside en dicha ciudad y que

comparece a la entidad con el fin de regularizar su situación migratoria. Al preguntársele sobre sus ingresos al país, señala que había ingresado "solo dos veces, la última fue en el mes de diciembre de 2207, por la frontera con Venezuela, llegué donde unos familiares, en el año 2008 quise regularizarme pero fue negada porque yo había sido deportado, y me impusieron cinco años que se cumplieron en el 2011, ahora quiero tramitar la visa porque tengo hija nacida en Colombia que nació en noviembre de 2009 y mi mujer tiene visa hasta 13 de agosto de 2014." Con todo, en la diligencia no se encuentra que el afectado haya contado con la asistencia de intérprete para responder los interrogantes planteados.

La actuación administrativa fue decidida mediante Resolución 996 del 20 de noviembre de 2012. En dicho acto y a partir de las pruebas antes mencionadas, se concluyó que el procesado había infringido los artículos 70, 98 y 98.6 del Decreto 4000 de 2004. Ello debido a que se mantuvo de manera irregular en el país. Sin embargo, Migración Colombia también consideró que el hecho que el actor tuviera su núcleo familiar radicado en el país, sumado a su voluntaria comparecencia, llevaban a concluir que la sanción imponible era la de multa, por valor de $238.350. Igualmente, se estipuló que en caso que "... el extranjero vaya a tramitar Visa ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, deberá efectuarla (sic) antes de que se cumpla el término estipulado en el artículo 80 Numeral 2.1., y su parágrafo 2 del Decreto 4000 de 2004, o en su defecto efectuar la salida del país."

De manera similar al caso anterior, este acto administrativo fue notificado mediante acta del 20 de noviembre de 2012, la cual cuenta con firma del ciudadano chino Huang. Dicha acta señala que "... se procedió a dar lectura al acto administrativo, del cual se entrega auténtica, íntegra y gratuita, haciéndole saber que contra el mismo procede el recurso de reposición, apelación, (sic) los que podrán ser interpuestos dentro de los diez (10) días siguientes a esta diligencia, y el de que queja, si el de apelación no se le concede y sobre dicha decisión no está de acuerdo." En esta actuación no existe referencia alguna a que el afectado haya contado con intérprete.

4.4.3. En lo que respecta al interrogante sobre es el protocolo que sigue Migración Colombia para la notificación de las decisiones administrativas en asuntos migratorios, respecto de aquellos extranjeros que no dominan el idioma español, Migración Colombia remitió a la Corte la Guía para el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio en materia migratoria.

Igualmente, la entidad demandada señaló que "... es consideración de esta Oficina Asesora Jurídica, cuando la actividad administrativa desconoce el debido proceso y vulnera derechos y garantías de los administrados, no permitiendo ejercer el derecho de defensa, de representación o contradicción, conlleva la nulidad de las actuaciones surtidas dentro del proceso administrativo, dejando sin efecto los actos, resoluciones, decretos o cualesquier otro tipo de acto frente al administrado. || En tal consideración, si se encuentra frente a un extranjero que no cuenta con el conocimiento suficiente de la lengua española es necesario que se preste el servicio gratuito de traductor, que permita ejercer los derechos inherentes al debido proceso, tales como escuchar y ser escuchado, ejercer la contradicción y la defensa entre otros."

4.4.4. Finalmente, frente al interrogante sobre si Migración Colombia cuenta con el servicio de intérpretes para adelantar actuaciones administrativas que deban realizarse respecto de extranjeros que desconocen el idioma español, la entidad demandada señaló que "... esta Unidad no tiene ningún tipo de intérprete asignado como auxiliar dentro de los procesos administrativos, lo anterior debido a la falta de presupuesto, sin embargo y teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido proceso esta unidad cuando adelanta las actuaciones con ciudadanos chinos se acude a solicitar el apoyo de otro ciudadano chino al que se le solicita que colabore y actúe

como traductor. En las actas de notificación realizadas en español se deja constancia de los nombres y apellidos del traductor."

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. La actora, en representación de su menor hija, considera que se vulnera el derecho de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella, por el hecho que su padre, ciudadano chino quien no ha regularizado su situación migratoria, tiene actualmente una orden de deportación del país. Esto a pesar que el afectado tiene su familia en Colombia, conformada por su compañera, que reside legalmente en el país, al igual que su menor hija, quien nació en nuestro territorio.

Los jueces de instancia negaron la protección de los derechos invocados, al considerar que el ciudadano chino Huang no había invocado ningún mecanismo ordinario de defensa contra las decisiones adoptadas por el DAS, mientras se mantuvo como autoridad migratoria, así como respecto de Migración Colombia. Agregaron que en el caso no se cumplía con el requisito de inmediatez, en la medida en que la acción se intentó varios años después que se hubiera ordenado la deportación del actor, así como de la fecha en que nació la accionante.

La Corte, en sede de revisión, recaudó algunas pruebas dirigidas a acreditar la actual condición migratoria del padre de la actora, así como sobre el procedimiento surtido por parte de Migración Colombia. Igualmente, ordenó como medida provisional que se suspendiera cualquier actuación tendiente a la deportación del ciudadano chino Huang, hasta tanto el asunto de la referencia fuera decidido por esta Sala de Revisión.

2. En ese orden de ideas, la Sala encuentra que debe resolver el siguiente problema jurídico ¿se viola el derecho de una niña a tener una familia y a no ser separada de ella, cuando la autoridad migratoria ordena la deportación de su padre, a pesar que convive con ella y con su progenitora?

Para dilucidar este tópico, la Corte adoptará la siguiente metodología: En primer lugar, hará referencia a los requisitos que estructuran la inminencia de un perjuicio irremediable y la manera en que son evaluados en el caso de los sujetos de especial protección, como sucede con los niños y niñas. Luego, explicará el precedente de la Corte en materia del derecho de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. En tercer lugar, hará referencia al contenido del derecho de contradicción y defensa, cuando se trata de procesos administrativos seguidos contra migrantes. Finalmente, a partir de las reglas que se deriven de los anteriores asuntos, la Sala resolverá el caso analizado.

Requisitos para la configuración del perjuicio irremediable. El caso de los sujetos de especial protección. Reiteración de jurisprudencia

3. La jurisprudencia constitucional contiene un precedente reiterado y estable en materia de las reglas para la evaluación de la inminencia de un perjuicio irremediable, particularmente cuando el sujeto que encuentra amenazados sus derechos fundamentales hace parte de una categoría de especial protección, como sucede con los niños y las niñas. De allí que la Corte reiterará en este apartado las líneas centrales de ese precedente, basada en una de las recopilaciones que sobre el mismo hizo recientemente esta Sala de Revisión.[14]

4. Según lo preceptuado en el artículo 86 C.P., la acción de tutela procede como mecanismo subsidiario de exigibilidad judicial de los derechos fundamentales, de modo que ante la

existencia de otro mecanismo de defensa judicial, deberá preferirse este, a menos que esté acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable que reste idoneidad a ese mecanismo. El incumplimiento de este requisito de subsidiariedad fue la razón de la decisión de ambas instancias en el presente asunto, quienes unívocamente concluyeron que el asunto debía tramitarse ante la jurisdicción civil ordinaria, específicamente por el procedimiento verbal sumario, que entre sus asuntos contempla aquellos relativos a la autorización de salida del país de los menores por parte de sus padres.

5. En cuanto a la idoneidad del medio judicial ordinario de defensa judicial, la Corte ha planteado dos tipos de condiciones. En primer lugar, considera que la evaluación de ese mecanismo debe realizarse de cara a las particularidades de cada caso concreto, sin que resulte acertado analizarlo en abstracto. En segundo término, la idoneidad del medio judicial de protección de los derechos fundamentales deberá expresarse en la posibilidad cierta que ese instrumento otorgue una decisión definitiva sobre la exigibilidad de las garantías constitucionales concernidas. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación prevé que "[e]n aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.[15] Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución "clara, definitiva y precisa"[16] a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, "el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela".[17] || Para apreciar el medio de defensa alternativo, la jurisprudencia ha estimado conducente tomar en consideración entre otros aspectos"(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela" y, "(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.[18]" Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es conducente o no para la defensa de los derechos que se estiman lesionados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable."

6. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha previsto un precedente estable y consolidado en materia de la evaluación de la inminencia de un perjuicio irremediable. Así, ese precedente ha distinguido dos planos de análisis diferenciados. El primero, acerca de la cualificación específica de los hechos que dan lugar a concluir esa inminencia; y el segundo, relativo al grado variable de intensidad en la verificación de esas condiciones, en razón de las condiciones de debilidad manifiesta o de protección constitucional reforzada de las personas concernidas.

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior. Las

reglas fijadas sobre el particular son las siguientes:

6.1. El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

6.2. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

6.3. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

6.4. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha expuesto sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

La jurisprudencia constitucional también ha contemplado que la evaluación de los factores mencionados no es unívoca, sino que debe consultarse la entidad y/o las condiciones particulares de los sujetos involucrados. Quiere esto decir que cuando en el caso concreto se está ante

personas que, por sus circunstancias específicas, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta; o cuando se trata de personas pertenecientes a grupos que la Constitución les reconoce especial protección constitucional, como sucede con los niños y niñas, los adultos mayores o las personas en situación de discapacidad, el escrutinio de los requisitos antes anotados debe ser atenuado en cada caso concreto. Esto bajo el raciocinio que la inminencia del perjuicio en esos eventos es, per se, más intensa y con consecuencias más lesivas en términos de garantía de derechos fundamentales, debido a que las características del sujeto concernido lo hacen más vulnerable a tales sucesos. Sobre el particular, la Corte ha indicado que "..."tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos. || De cualquier manera, los criterios que definen si un perjuicio es irremediable o no, tienen que guardar estrecha relación con los aspectos sustanciales por los cuales se les concede genéricamente esa especial protección. En otras palabras, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial."[20]

7. Además de las reglas anteriores, la Sala también advierte que la evaluación sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso analizado debe analizarse a partir de la vigencia del interés superior de la menor. El argumento que guía este razonamiento consiste en considerar que la definición del instrumento judicial idóneo debe basarse en aquel que proteja, en mayor y mejor medida, los derechos de los niños, razón por la cual deben evaluarse diversos factores, que van más allá, aunque incluyen, la naturaleza expedita del mecanismo escogido.

La Corte ha definido cuáles son los factores a tener en cuenta para la protección del interés superior de los niños y las niñas, mandato constitucional imperativo previsto en el artículo 44 C.P. Así, a partir del análisis de las normas superiores y del derecho internacional de los derechos humanos que resultan pertinentes para el caso, la sentencia T-808/06 determinó que "... el objetivo de todas las actuaciones oficiales o privadas que conciernan a los niños debe ser la prevalencia de los derechos e intereses de los menores[21], como sujetos de especial protección constitucional. De acuerdo a las disposiciones nacionales e internacionales mencionados los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: i) la prevalencia del interés del menor[22]; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere[23]; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad."

En los términos del mismo fallo y en consonancia con lo expuesto, para que la decisión de las autoridades públicas y privadas resulte compatible con la protección del interés superior de los niños y las niñas, debe satisfacer cinco criterios definidos, a saber, (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño o la niña involucrados. De igual manera, la evaluación del cumplimiento de esos criterios debe fundarse, a su vez, en dos premisa hermenéuticas a tener en cuenta por dichas

autoridades, como son (i) atender a los criterios jurídicos relevantes, y (ii) basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado.[25]

El derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella.

8. El artículo 44 de la Constitución prevé los derechos fundamentales de los niños. Entre ellos dispone que los menores de edad tengan derecho a tener una familia y no ser separados de ella, así como al cuidado y el amor. La jurisprudencia constitucional ha señalado, de forma consistente, que estas garantías conforman uno de los ámbitos en que se expresa el mandato constitucional de interés superior del menor. Dicha previsión constitucional, además, encuentra sustento en normas del derecho internacional de los derechos humanos, lo que explicar su carácter prevalente frente a las demás disposiciones del orden interno.[26] De allí que la Corte haya fijado reglas precisas sobre la materia, que imponen previsiones igualmente específicas sobre la garantía de los mencionados derechos prevalentes.

9. El punto de partida de este precedente se basa en considerar que la familia es un entorno cuya existencia es imperativa para el adecuado desarrollo de los niños y de las niñas, así como para la eficacia material de sus derechos fundamentales. Es claro que al carecer de una familia, los niños no tendrán ninguna oportunidad de satisfacer sus necesidades físicas, materiales y afectivas, paso previo para el disfrute de los mencionados derechos. Por lo tanto, la situación que enfrentan los menores expósitos es absolutamente contraria a los postulados constitucionales.

Sobre el particular, la Corte insiste en que "[l]a vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta"[27]

10. La importancia del derecho de los niños a tener una familia se comprueba a través de la consagración de esa garantía en el derecho internacional de los derechos humanos. A este respecto, la jurisprudencia en comento[28] ha resaltado cómo la Convención sobre los Derechos del Niño dispone 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"; y en el artículo 3-2, establece que "los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

De igual modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que "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", en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición

de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado", y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición".

11. Para lo que respecta al caso analizado, debe hacerse especial referencia al marco que los derechos humanos otorgan a la permanencia de la unidad familiar. A este respecto, el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que "[l]os Estados Partes 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." Acerca de esta alternativa legal para la separación de la unidad familiar, el mismo artículo ordena a los Estados partes a que en la aplicación del procedimiento correspondiente "...se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones."

Del mismo modo, la previsión internacional señala que los mismos Estados partes "...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." Así mismo, la norma en mención establece que "[c]uando 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 Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas."

A partir de las anteriores previsiones, la Sala encuentra que el derecho constitucional de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separado de ella, debe ser interpretado de forma tal que (i) garantice en todo momento que el menor mantenga el contacto y unión familiar con sus progenitores; (ii) para la validez constitucional de la separación de su grupo familiar, deba acreditarse que esa es la única medida posible para garantizar el interés superior del menor afectado; y (iii) cuando la separación sea consecuencia de una actuación legal contra alguno de los padres, como sucede en los casos de la privación de la libertad o la deportación, la misma tiene que ser estrictamente necesaria, someterse a las reglas y procedimientos aplicables, así como contar con la posibilidad de un control judicial en donde los interesados cuenten con instancias de participación en la decisión que deba adoptarse.

12. Sobre este particular debe insistirse en que la jurisprudencia de la Corte ha previsto que aquellas intervenciones estatales que tengan como consecuencia desligar a un menor de su familia son restringidas y, en cualquier caso, deben cumplir con criterios estrictos de razonabilidad y proporcionalidad, así como mostrarse compatibles con el interés superior de los niños y niñas. Así, se ha señalado que "... así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando

alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los niños. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño."

13. Esta línea de razonamiento se ha mantenido, por ejemplo, en el caso que la separación del menor de uno de los integrantes de su familia tiene lugar en razón de la privación de la libertad. De manera general, se ha considerado que se afectan los derechos fundamentales del niño cuando sus progenitores son recluidos en zonas lejanas a su residencia, que impiden su contacto físico y periódico. En esa perspectiva, la jurisprudencia ha previsto que si bien es constitucionalmente válida la imposición de medidas restrictivas de la libertad en razón de la comisión de delitos que afectan bienes jurídicos valiosos, en todo caso esa restricción no puede llegar al punto de desconocer el interés superior del menor, que para el caso se traduce en su derecho a compartir con sus padres, al menos dentro de las limitaciones propias de la condena privativa de la libertad.

Al respecto, ha señalado la Corte que ".... la importancia que reviste la presencia activa de la familia durante el periodo de reclusión de las personas condenadas es indudable. Motivos de índole jurídica, psíquica y afectiva así lo indican. Entre ellas, sino la más inmediata, sí una de las más relevantes, es la presencia de vínculos afectivos luego de superada la etapa de aislamiento que permita la materialización del principio de solidaridad respecto de la persona que ha recobrado la libertad. La admisibilidad de este postulado encuentra respaldo en el argumento normativo que se desprende del sistema progresivo penitenciario, que cuenta entre sus supuestos el de la presencia de la familia en el proceso de resocialización del interno. || Igualmente, el concurso de la familia para adelantar un proceso exitoso de resocialización está fuertemente vinculado con la eficacia de otros derechos fundamentales del recluso. La posibilidad de mantener comunicación oral y escrita con personas fuera del penal, de conservar una vida sexual activa permitirán, las más de las veces, una reincorporación menos traumática al mundo de la vida fuera de la cárcel. Lo anterior está además asociado con las garantías básicas de la dignidad humana, la libertad y la intimidad personal (estas últimas con sus obvias limitaciones)."[30]

14. Conforme lo expuesto, la posibilidad que desde el Estado se realicen intervenciones en la unidad familiar (i) es excepcional; (ii) debe responder a la necesidad de cumplir con fines constitucionalmente imperiosos; (iii) debe haber estado precedida de la satisfacción de los requerimientos constitucionales y legales exigidos a la intervención correspondiente; y (iv) debe mostrarse compatible con la protección del interés superior del menor. Este interés, del mismo modo, opera como un parámetro para la interpretación de las normas legales que fundamentan la intervención en la unidad familiar. De allí que toda actividad estatal que se base en esas disposiciones, por ejemplo aquellas que determinan las modalidades de privación de la libertad, las reglas sobre custodia o, lo que interesa particularmente para el caso analizado, el régimen

migratorio, deben interpretarse a partir de un criterio pro infans, esto es, que privilegie la maximización de la garantía de los derechos de niños y niñas.

El derecho de contradicción y defensa de los migrantes. La necesidad de comprender el idioma utilizado en los procedimientos migratorios

15. El artículo 29 C.P. prevé, a manera de cláusula general, la garantía del debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, universo en cual están comprendidos los procedimientos que adelantan las autoridades migratorias. A su vez, el derecho constitucional al debido proceso es plenamente predicable a los extranjeros que están sometidos a los mencionados trámites, conforme lo estipula el artículo 100 C.P.[31]

Uno de los componentes estructurales del derecho al debido proceso son las garantías de contradicción y defensa. De manera simple, estas garantías refieren a que la persona concernida en un proceso judicial o administrativo debe tener a su disposición instancias materiales e idóneas para conocer las razones que dan lugar al trámite, las pruebas en que se sustentan, así como los argumentos jurídicos y de hecho que fundan el actuar del juez o la autoridad administrativa. Sumadas a estas garantías, que son de naturaleza pasiva, se encuentran aquellas de carácter activo, las cuales se centran en que la persona esté habilitada para formular las mismas pruebas y argumentos ante el juez y autoridad administrativa y que estos sean tenidos en cuenta al momento de adoptar la decisión correspondiente.

A su vez, las facetas activa y pasiva del derecho de contradicción y defensa no solo tienen índole normativa, sino también material. Por lo tanto, para que estas garantías constitucionales se muestren eficaces, no solo deben preverse las normas legales y reglamentarias que determinen los procedimientos y las instancias para su ejercicio, sino que también debe (i) contarse con los recursos y demás elementos materiales para el ejercicio de contradicción y defensa, lo que abarca diferentes asuntos, como infraestructura, servidores públicos, información suficiente, etc.; y (ii) removerse todas aquellas barreras jurídicas y fácticas que impidan el ejercicio efectivo de los mencionados derechos.

Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional ha planteado que "[e]l plano constitucional garantiza que el diseño de los procedimientos judiciales y administrativos está rodeado de los elementos requeridos –defensa, contradicción, etc.- para que el procedimiento resulte compatible con el orden constitucional. Se trata, por decirlo de alguna manera, de garantizar que el proceso en sí mismo no resulta una mera pantomima o remedo de actuación judicial o administrativa y que, además, conduzca a la realización de su propósito. También involucra, en su fase operativa, que se respeten las formas y los momentos establecidos legalmente. || Sin embargo, este último momento no puede confundirse con el derecho al debido proceso legal. Ello se manifiesta en la distinta entidad que adquieren las violaciones al procedimiento establecido en la ley. Aquellas infracciones menores que no trascienden al proceso o que no afecta su compatibilidad con la Constitución, no tienen relevancia constitucional. (...) El derecho de contradicción apunta a dos fenómenos distintos. De una parte, a la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso."

16. En relación con el asunto de la referencia, interesa centrarse en el derecho al debido proceso de los migrantes. A este respecto, debe resaltarse cómo desde el derecho internacional de los

derechos humanos existe consenso acerca que los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados, en virtud de las condiciones de indefensión en que usualmente se encuentran, derivadas, entre otros factores, de su desconocimiento de las prácticas jurídicas locales y del idioma en que se realizan esas prácticas, así como la ausencia de lazos familiares y comunitarios en el país al que arriban.

Sobre este particular, a nivel internacional se ha reconocido que los migrantes indocumentados o en situación irregular son un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a que no viven en sus estados de origen y deben afrontar barreras de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas, sociales y los obstáculos para regresar a su país de origen.[33] Sin embargo, dicha condición de vulnerabilidad se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales).[34] En ese sentido, muchos países consideran a los migrantes irregulares como una amenaza para la seguridad y el mercado laboral, por lo que suelen trabajar en condiciones peligrosas e inseguras, sin dejar de lado que son expuestos a abusos y explotación.[35] Es por esto que muchas veces sus controles fronterizos suelen ser bastante rigurosos, llegando a establecer medidas punitivas para aquellos que ingresen o permanezcan en condición irregular.

Debido a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que si bien los Estados tienen la facultad de fijar políticas migratorias para establecer un control de ingreso a su territorio y salida de él, respecto a sus nacionales, como aquellos que no lo son, dichas políticas deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos.[37] Sin embargo, esto no significa que los Estados no puedan iniciar acción alguna en contra de aquellas personas que no cumplan con su ordenamiento estatal, sino que al adoptarlas, deben respetarse los derechos humanos y garantizar su pleno ejercicio a toda persona bajo su jurisdicción.

Del mismo modo, se reconoce la posibilidad que tienen los Estados de efectuar un trato distinto entre migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, siempre y cuando dicho trato sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos.[39] De esta manera, se ha reconocido en el ámbito estudiado la trascendental importancia que las políticas públicas se apeguen de manera estricta a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana del migrante, independientemente de su condición jurídica.

17. En este sentido, la Corte IDH ha reconocido que los Estados deben garantizar que toda persona extranjera tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal.[41] Para ello, considera que es necesario eliminar cualquier obstáculo que reduzca una defensa eficaz, siendo el idioma un factor crucial en este tema. Debido a lo anterior, dicho tribunal considera que debe proveerse de traductor, a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento·[42] En relación con lo anterior, la CIDH también ha considerado como una norma mínima del debido proceso para garantizar un juicio justo a los migrantes, cualquiera que sea su status, la presencia de un traductor, con la finalidad de que este comprenda los cargos que se le imputan, así como los derechos procesales que tiene a su disposición.

Igualmente, la Comisión de Derecho Internacional ha considerado que el derecho del extranjero a ser asistido por un intérprete es un componente esencial del derecho a ser oído, y que la gratuidad de este derecho es necesaria para el ejercicio efectivo de sus derechos procesales. Así, incumbe al extranjero indicar a las autoridades competentes el idioma o idiomas que puede comprender.[44]

Esta posición es coincidente con la expresada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 13 "Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley." El Comité, al hacer referencia al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[45] determinó que "[e]n el apartado f) del párrafo 3 se dispone que si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete. Este derecho es independiente del resultado del procedimiento y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa.

18. Conclusiones análogas han sido planteadas por la Corte, a propósito de control de constitucionalidad de instrumentos internacionales que reconocen derechos a los migrantes. Así, en la sentencia C-288/09, que revisó el Estatuto Migratorio Permanente entre Colombia y Ecuador, la Corte puso en evidencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva OC-18/03, resaltó la obligación general de los Estados de respetar los derechos fundamentales del migrante con independencia de la situación de irregularidad en que se encuentre, garantizando, entre otros, el principio de igualdad y no discriminación, los derechos laborales y el debido proceso. Para ello, fijó un grupo de conclusiones que son adoptadas en la presente sentencia como parámetro para la solución del caso concreto, a saber:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

18.11. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

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

19. Las anteriores previsiones, varias de ellas planteadas por el intérprete autorizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permiten a la Corte definir una regla específica en relación con la protección de los derechos a la igualdad y al debido proceso de los migrantes. Así los migrantes, al margen de su condición legal o irregular, son titulares de los derechos mencionados, lo cual implica que el Estado debe ofrecerles todas las garantías que confiere a los nacionales dentro de los procedimientos judiciales y administrativos. Estas garantías, a su vez, comprenden entre otros asuntos las facetas activa y pasiva del derecho de contradicción y defensa, según fueron explicadas en el fundamento jurídico 15 de esta sentencia.

Ahora bien, una de las garantías que integra la faceta activa es la obligación estatal que en los procedimientos judiciales y administrativas se eliminen aquellas barreras que impidan el ejercicio pleno del derecho. Dentro de esas limitaciones, como se ha expuesto en precedencia, está el desconocimiento del idioma en que se adelanta el trámite. Por ende, se vulnera el derecho al debido proceso cuando al interior de los procedimientos no se cuenta con intérpretes que permitan al migrante que no domina el idioma castellano expresarse, comprender los supuestos fácticos y jurídicos que explican el trámite y oponerse a las diferentes decisiones adoptadas por el juez o la autoridad administrativa, según el caso.

Solución del problema jurídico

20. De acuerdo con los antecedentes del presente asunto, el primer tópico que debe dilucidarse refiere a la procedencia de la acción de tutela frente a la inmediatez y la subsidiariedad. A este respecto, la Sala no comparte el criterio expresado por los jueces de instancia, en el sentido que en el caso no se cumplía con el requisito de inmediatez. En contrario, se advierte que en lo que respecta a la menor accionante, la amenaza de vulneración de sus derechos fundamentales, particularmente el de tener una familia y no ser separada de ella, es inminente y actual puesto que aún pesa sobre su padre una orden de deportación del país, la cual no ha sido objeto de

revocatoria o modificación por parte de la autoridad migratoria.

Con todo, también debe advertirse que conforme las pruebas recaudadas en sede de revisión, se observa que en consideración a la necesidad de proteger los derechos de la menor, Migración Colombia optó por imponer una sanción de multa al ciudadano chino Ruifeng Huang. Sin embargo, esta sanción no dejó sin efectos ni sobreseyó la orden de deportación, decisión administrativa que justificó la acción de tutela interpuesta. Sobre este particular debe insistirse en que la evaluación sobre la inminencia, así como sobre la subsidiariedad, no puede analizarse desde la perspectiva del mencionado ciudadano, sino de la niña que interpuso la presente acción. A partir de esta premisa, es claro que se está ante la inminencia de la vulneración de derechos fundamentales que tienen carácter preferente, según lo dispone el artículo 44 C.P.

21. Ahora bien, en lo que respecta al requisito de subsidiariedad, la Sala concluye que está cumplido, al menos por dos tipos de razones. En primer lugar, aunque el ciudadano chino Huang tuvo a disposición los mecanismos judiciales ordinarios para cuestionar las órdenes adoptadas por Migración Colombia, en cualquier caso esos mecanismos se mostraron inidóneos, puesto que concurrieron barreras materiales para el ejercicio de contradicción y defensa, relacionadas con la ausencia de intérprete en su desarrollo y en la notificación de las decisiones adoptadas. Sin embargo, ese aspecto será objeto de análisis específico en fundamentos jurídicos posteriores.

En segundo lugar, es claro que la evaluación acerca de la utilización de los mecanismos judiciales ordinarios es un asunto que refiere únicamente a la accionante y no a terceros. De allí que no resulta acertado concluir que como el padre de la menor accionante no intentó controvertir administrativa y judicialmente la orden de deportación, a pesar que como se explicará a continuación no estaba en posibilidad de adelantar esos trámites, entonces la niña incumplió con una carga procesal que estaba a su cargo. Esto por la simple razón que la menor no fue sujeto de la actuación administrativa de Migración Colombia, sino que solo tiene la condición de afectada por sus consecuencias jurídicas, en términos de la vigencia del derecho fundamental a tener una familia y no a ser separada de ella. Además, debe también indicarse por la Corte que aunque las decisiones que se adoptan en esta sentencia tendrán un efecto particular y concreto respecto la situación migratoria del padre de la accionante, en ningún caso esa circunstancia modifica el hecho que la acción de tutela esté unívocamente dirigida a proteger los derechos de la menor Lina Sofía o Zhi Yin, demandante en el asunto de la referencia.

22. Según se explicó en el fundamento jurídico 14 de esta decisión, una de las condiciones para la validez constitucional de las intervenciones estatales en la unidad familiar es que el procedimiento judicial o administrativo de cual se deriva la decisión que afecta dicha unidad, haya sido adoptada con sujeción a la Constitución y la ley. En el caso analizado, la unidad familiar conformada por la pareja Huang – Kuang y su menor hija Lina Sofía o Zhi Yin se ve afectada por la orden de deportación que pesa sobre el padre de la niña. De allí que un aspecto que debe analizar la Corte es si el procedimiento surtido para el efecto cumplió con las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, es una medida apta para limitar el derecho de la menor a tener una familia y no ser separada de ella.

El procedimiento administrativo migratorio que fue aplicado al actor estaba regulado en el Decreto 4000 de 2004, el cual fue parcialmente derogado, en casi la totalidad de sus disposiciones, por el Decreto 834 de 2013. Sin embargo, debe resaltarse que el título sobre sanciones por infracción al régimen migratorio (Arts. 98 a 113) no fue objeto de derogatoria y, por ende tales regulaciones, que fueron aplicadas en el caso materia de análisis, permanecen

vigentes.

De acuerdo con ese trámite administrativo, el director del DAS, funciones ahora asumidas por Migración Colombia, al igual que sus delegados, mediante Resolución motivada podrán ordenar la deportación del extranjero que esté incurso en cualquiera de las causales establecidas en el artículo 102 del Decreto 4000/04.[46] Contra dicho acto administrativo proceden los recursos de la vía gubernativa. (Art. 101). Una vez impuesta la sanción de deportación, el extranjero solo podrá ingresar al territorio nacional una vez transcurrido el término de la sanción que establezca la resolución respectiva, que no debe ser inferior a seis meses ni superior a diez años, previa expedición de la visa otorgada por las Oficinas Consulares de la República. (Art. 103)

En lo que respecta al procedimiento de expulsión, el artículo 104 del Decreto 4000/04 estipula el director del DAS, ahora Migración Colombia, o sus delegados, sin perjuicio de las sanciones penales a las que hubiere lugar, podrá ordenar mediante resolución motivada la expulsión del territorio nacional del extranjero que esté incurso en cualquiera de las siguientes causales (i) abstenerse de dar cumplimiento a la resolución de deportación dentro del término establecido en el salvoconducto para salir del país, o regresar al país antes del término de prohibición establecido en la misma o sin la correspondiente visa; (ii) registrar informes o anotaciones en los archivos de las autoridades competentes, por propiciar el ingreso de extranjeros con falsas promesas de contrato, suministro de visa o documentos de entrada o permanencia; (iii) haber sido condenado en Colombia a pena de prisión cuya sentencia no contemple como accesoria la expulsión del territorio nacional; y (iv) estar documentado fraudulentamente como nacional colombiano o de otro país.

La misma disposición señala que contra el acto administrativo que imponga la medida de expulsión procederán los recursos de la vía gubernativa, que se concederán en el efecto suspensivo.

23. Las normas reseñadas permiten a la Sala concluir que la regulación migratoria difiere al procedimiento administrativo ordinario el ejercicio del derecho de contradicción y defensa frente a las decisiones que ordenan la deportación o la expulsión. Esto es corroborado, además, por las pruebas recaudadas en sede de revisión. En efecto, Migración Colombia remitió a esta Corte la Guía para el Desarrollo del Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia Migratoria.

Este documento señala que tiene por objeto hacer compatibles los trámites propios del control migratorio al actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA. La Guía, en ese sentido, prevé que entre los derechos del presunto infractor el de usar la propia lengua y a ser auxiliado por un intérprete. Así, explica cómo "... toda persona extranjera sujeto de un proceso administrativo de carácter migratorio, cuya lengua oficial no sea el castellano, tiene derecho a ser asistido por intérprete calificado. || Así las cosas, las reglas del debido proceso influyen y se aplican a las actuaciones y formalidades realizadas por aquellas personas en su calidad de administrados aplicables a todos los actos procesales que son sujetos a dicha acción."

Del mismo modo, la Guía en comento determina que el procedimiento sancionatorio inicia de oficio o a solicitud de cualquier persona. Una vez conocida la noticia migratoria, se proferirá Informe a partir del cual, si hay mérito para ello, se sustanciará Auto de Apertura de Actuación Administrativa Migratoria, en el cual (i) se indicarán los soportes de hecho y de derecho; (ii) se comisionará a un funcionario para que impulse la actuación administrativa; (iii) se ordenará allegar el Informe de Verificación Migratoria y sus anexos como medio de prueba; y (iv) si es del

caso, se ordenará la consulta de bases de datos y hojas de vida administradas por Migración Colombia y el recaudo de información que interese a la actuación. El Auto de Apertura debe comunicarse "... a la persona natural o jurídica sujeto de control, a través de un documento escrito remitido a la dirección física o electrónica registrada, mediante el cual se le comunicará la apertura de la actuación administrativa."[48]

En caso que la actuación anterior determine la posible de responsabilidad por violación de las normas migratorias, se procederá a formular cargos contra el presunto infractor. El Auto respectivo determinará (i) las personas naturales o jurídicas sujetas a investigación; (ii) los hechos que lo originan; (iii) las disposiciones presuntamente vulneradas; y (iv) las sanciones o medidas que resulten procedentes. Este Auto debe ser notificado al investigado y contra él no proceden recursos.

El investigado tendrá quince días para presentar descargos, en los cuales podrá solicitar y aportar pruebas. Estas serán parte del Auto de Decreto de Pruebas, proferido por la autoridad migratoria a cargo de la investigación. El Auto mencionado deberá ser notificado personalmente. Vencida la etapa probatoria se dará traslado al investigado del Auto de cierre de la etapa probatoria por el término de diez días, para que este, su representante legal o su apoderado presente los alegatos respectivos. Dentro de los 30 días siguientes a la presentación de alegatos se adoptará la decisión respectiva, en la cual deberá determinarse (i) la individualización de la persona sujeto de control; (ii) el análisis de los hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción o se declara la exoneración o se ordena el archivo; (iii) las normas infringidas con los hechos probados; y (iv) la decisión definitiva de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación. Esta decisión se debe notificar personalmente al investigado o a su representante legal o apoderado. La Guía estipula como mecanismo para esta notificación el envío de citación a la dirección, número de fax o correo electrónico que figuren en el expediente. Si se desconoce los mencionados datos de ubicación, la citación se hará en la página Web de Migración Colombia. En caso que estas modalidades de notificación resulten infructuosas, se procederá a remitir aviso a la dirección física o electrónica conocida o, ante su desconocimiento, el aviso se fijará en la página Web de la entidad y en un acceso público de la misma. El aviso estará fijado por cinco días y una vez desfijado se entenderá surtida la notificación personal.

La decisión mencionada es susceptible de los recursos de reposición, apelación y queja cuando se niegue esta. Tales recursos deberán presentarse por escrito y la oportunidad para ello es (i) en la diligencia de notificación personal; (ii) dentro de los diez días siguientes a la notificación personal; (iii) en la notificación por aviso; y (iv) al vencimiento del término de publicación.

24. Las normas legales y reglamentarias antes explicadas llevan a la Corte a concluir que el dominio del idioma castellano es imperativo para ejercer el derecho de contradicción y defensa dentro del trámite para la definición de la responsabilidad por infracciones al régimen migratorio. Ello debido a que las diferentes actuaciones son notificadas mediante los mecanismos procedimentales de uso común, que suponen comprender el lenguaje escrito y verbal. Es por ello que la Guía dispuesta por Migración Colombia reconoce como una de las garantías de los sujetos investigados el de contar con un intérprete, cuando su "lengua oficial" sea distinta al castellano.

Las pruebas recaudadas en el expediente permiten a la Corte comprobar que el ciudadano chino Ruifeng Huang no tiene por lengua oficial el castellano y, como se pudo determinar a través del testimonio rendido ante juez comisionado, no comprende la mayoría de expresiones de nuestra lengua. Por lo tanto, a partir de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, así como los preceptos legales antes explicados, requería de la asistencia de un intérprete durante

el proceso de responsabilidad migratoria.

Migración Colombia puso de presente que, salvo en el caso puntual del Informe DAS.SVA.GOPE.EXT.674478-5 del 24 de junio de 2009, suscrito por el Coordinador Operativo Seccional DAS- Valle del Cauca, el afectado no contó con dicha asistencia. Incluso, la entidad demandada manifestó a la jurisdicción constitucional que no cuenta con intérpretes del idioma chino, por lo que está demostrada la incapacidad institucional de la entidad demandada para proteger el derecho al debido proceso de los migrantes que no conocen el castellano. Así, con excepción de algunos casos en que se prevén intérpretes de lengua inglesa, en los demás eventos no existe evidencia material que permite demostrar que los derechos que la misma Administración reconoce a los migrantes sean adecuadamente garantizados.

25. En consecuencia, en criterio de la Sala es evidente que ante esta circunstancia la actuación administrativa adelantada contra el ciudadano chino Ruifeng Huang fue contraria al derecho fundamental al debido proceso. Esto debido a que no contó con el servicio de intérprete del castellano a su idioma y, por ende, careció de las condiciones mínimas exigibles para cuestionar o cuando menos comprender, los hechos y normas que motivaron en su momento la orden de deportación y ahora la sanción pecuniaria que le fue impuesta. Esta misma falencia restó toda idoneidad a los mecanismos judiciales ordinarios, pues la comprobada ausencia de intérprete obliga a concluir que el ciudadano chino Huang carecía de cualquier elemento de juicio para conocer qué recursos judiciales y de la vía gubernativa tenía a su alcance.

Esta circunstancia tiene efectos directos en lo que respecta a los derechos fundamentales de Lina Sofía o Zhi Yin. Como se ha explicado en distintos apartados de esta sentencia, una de las condiciones para la legitimidad de aquellas medidas estatales que interfieran en el ejercicio del derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separados de ella, es que la actuación que imponga tales restricciones cumpla con las condiciones constitucionales y legales aplicables. En el asunto de la referencia, está demostrado que la actuación de la autoridad migratoria frente al padre de la menor se llevó a cabo bajo el desconocimiento del derecho al debido proceso. Por ende, la medida no se muestra constitucionalmente válida para limitar el derecho de la menor a tener una familia y no ser separada de ella.

26. En ese orden de ideas, Migración Colombia vulnera el derecho en comento al imponer la orden de deportación al ciudadano chino Ruifeng Huang, puesto que, en abierto perjuicio del interés superior de la niña, impone consecuencias jurídicas que le son desfavorables, fundada en un procedimiento administrativo que contradice la Constitución.

Por lo tanto, la Sala concluye que deben proveerse varias órdenes de protección, todas ellas dirigidas a proteger los derechos fundamentales conculcados a Lina Sofía o Zhi Yin. En primer lugar, la Sala dejará sin efecto la actuación administrativa adelantada contra el ciudadano chino Ruifeng Huang y ordenará a Migración Colombia que adelante nuevamente la actuación, con sujeción estricta al derecho al debido proceso y, en particular, con la asistencia de un intérprete que permita al mencionado ciudadano chino comprender las diferentes actuaciones y así ejercer de forma plena su derecho de defensa. A su vez, al adelantar el nuevo trámite administrativo, la entidad demandada deberá tener en cuenta las actuales condiciones fácticas, en cuanto a su situación migratoria del ciudadano chino Huang. Dentro de esas circunstancias deberá analizar tanto su actual arraigo en el país, como la necesidad imperativa de proteger los derechos fundamentales de Lina Sofía o Zhi Yin, específicamente el derecho a tener una familia y no ser separada de ella.

Por ende, deberá proceder a realizar los trámites necesarios para regularizar la situación migratoria del ciudadano Huang. Además, mientras esa actuación administrativa de regularización tiene lugar, la Sala ordenará que Migración Colombia confiera al ciudadano chino Ruifeng Huang el salvoconducto para permanecer en el país de que trata el artículo 38 del Decreto 834 de 2013. Esto con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la menor. Para el cumplimiento satisfactorio de estos trámites, la Corte solicitará el concurso de la Defensoría del Pueblo.

Finalmente, en atención de las pruebas recaudadas y la necesidad de evitar que las circunstancias que dieron lugar a la presente acción de tutela se mantengan en el tiempo, la Sala ordenará a Migración Colombia que en el término de un año contado a partir de la presente sentencia, adelante y ejecute un plan para la provisión de intérpretes para la asistencia de los migrantes respecto de los cuales la entidad adelante actuaciones administrativas. Al respecto, Migración Colombia deberá informar a la Corte sobre el diseño e implementación del plan mencionado, a través de informes que deberán ser remitidos cada tres meses a este Tribunal. Para ello, la Corte mantendrá la competencia para determinar el cumplimiento de esta orden, en los términos del artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991.

27. Por último, la Sala considera necesario enfatizar en que la protección de los derechos de la menor redunda, de forma obligatoria, en la garantía del derecho al debido proceso de su padre Ruifeng Huang. Esta circunstancia no es incompatible con la legitimación en la causa por adelantar la acción de tutela de la referencia. Esto debido a que lo decidido por la Sala se centra en la satisfacción del derecho de Lina Sofía o Zhi Yin de tener una familia y no ser separada de ella. La protección de esa garantía constitucional prevalente depende, como se ha demostrado en esta sentencia, de invalidar aquellas actuaciones administrativas que tenían como efecto afectar la unidad familiar y que, a su vez, incumplían con los requisitos legales y constitucionales mínimos, circunstancia que les restaba toda juridicidad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR las sentencias proferidas el 5 de diciembre de 2012 por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali y el 7 de febrero de 2013 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En su lugar, CONCEDER la tutela del derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella, invocado por Cuiyi Kuang, en representación de su menor hija Lina Sofía (Zhi Yin) Huang Kuang.

SEGUNDO: ORDENAR, al Director de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, disponga lo necesario para cumplir los siguientes asuntos:

2.1. Dejar sin efecto la totalidad de las actuaciones administrativas a cargo de esa entidad y surtidas respecto de la situación migratoria del ciudadano chino Ruifeng Huang, portador del Pasaporte No. G30238320, expedido por el Consulado en Bogotá de la República Popular China.

2.2. Reiniciar la actuación administrativa de carácter migratorio frente al mencionado ciudadano chino, bajo el cumplimiento estricto de las condiciones propias del debido proceso. En

particular, en cada una de las etapas del trámite deberá proveerse de un intérprete del idioma chino mandarín, de manera que el ciudadano chino Ruifeng Huang esté en capacidad de (i) comprender cada una de las etapas del trámite administrativo; (ii) presentar y solicitar las pruebas que estime pertinentes, así como controvertir el material probatorio en su conjunto; (iii) comprender la notificación de las diversas actuaciones que se adopten durante el trámite administrativo; y (iv) presentar los recursos que prevé el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Este procedimiento, a su vez, deberá tener en cuenta las actuales condiciones fácticas, en cuanto a su situación migratoria, del ciudadano chino Huang. Dentro de esas circunstancias, Migración Colombia deberá analizar tanto su actual arraigo en el país, como la necesidad imperativa de proteger los derechos fundamentales de Lina Sofía (Zhi Yin) Huang Kuang, específicamente el derecho a tener una familia y no ser separada de ella. Por ende, Migración Colombia deberá proceder a realizar los trámites necesarios para regularizar la situación migratoria del ciudadano Huang.

2.3. Mientras se adelanta la actuación administrativa correspondiente, Migración Colombia conferirá al ciudadano chino Ruifeng Huang el salvoconducto para permanecer en el país de que trata el artículo 38 del Decreto 834 de 2013. Esto con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de la menor Lina Sofía (Zhi Yin) Huang Kuang, particularmente su derecho a tener una familia y no ser separada de ella.

TERCERO: Solicitar a la Defensoría del Pueblo que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, acompañe y asesore a la unidad familiar conformada por los ciudadanos chinos Ruifeng Huang y Cuiyi Kuang y su menor hija Lina Sofía (Zhi Yin), frente a los trámites administrativos descritos en el numeral segundo de la parte resolutiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR al Director de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que en el término de un (1) año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, adelante y ejecute un plan para la provisión de intérpretes destinados a la asistencia de los migrantes respecto de los cuales la entidad adelante actuaciones administrativas. Al respecto, Migración Colombia deberá ilustrar a la Corte sobre el diseño e implementación del plan mencionado, a través de informes que deberán ser remitidos cada tres meses a este Tribunal. Para ello, la Corte mantendrá la competencia para determinar el cumplimiento de esta orden, en los términos del artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991.

QUINTO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En varias referencias del expediente se suele invertir el orden de nombres y apellidos de la actora y su compañero permanente. La Corte utiliza el orden de nombres y apellidos que contiene los respectivos pasaportes, cuyas copias obran a folios 2 y 3 del cuaderno de primera instancia (CP1).

[2] Folio 4 CP1.

[3] Folio 5 CP1.

[4] Folios 27 a 28 CP1.

[5] Folios 29 a 31 y 36 CP1.

[6] Folio 32 CP1.

[7] Folio 38 CP1.

[8] Folio 39 CP1.

[9] Folio 41 CP1.

[10] Folios 42 a 43 CP1.

[11] Folio 45 CP1.

[12] La decisión de primera instancia fue inicialmente adoptada el 27 de agosto de 2012. Con todo, al conocer la impugnación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de lo actuado, puesto que no se había integrado el contradictorio con la concurrencia del DAS – en proceso de supresión. Subsanada esa circunstancia, se profirió el fallo que se sintetiza en este acápite.

[13] Es importante anotar que el magistrado José Luis Aramburo Restrepo salvó su voto frente a la decisión de la mayoría. Consideró que (i) el término de prohibición para ingreso al país contenido en la Resolución que ordenó la deportación ya había fenecido, lo que la hacía inaplicable; (ii) el ciudadano Huang tendría derecho a acceder a la nacionalidad colombiana, merced de la paternidad de la menor nacida en el país, posibilidad que se vería truncada por la deportación; y (iii) la decisión había omitido analizar el problema jurídico más relevante del caso, como es el interés superior de la niña Lina Sofía, a partir de un argumento formal como la inmediatez.

[14] Corte Constitucional, sentencia T-452/12. En este caso, la Corte analizó la controversia generada por la tenencia y cuidado personal de unas menores de edad. La Corte decidió confirmar las decisiones de instancia, que habían negado el amparo constitucional, en razón a que (i) luego de presentarse la acción de tutela, uno de los padres decidió optar por la vía judicial ordinaria; y (ii) el caso estaba centrado en la determinación de la idoneidad de los padres para el ejercicio de la custodia, asunto que excedía el ámbito de la acción de tutela.

[15] El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que "La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante".

[16] Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[17] Sentencia T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, citada por la sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[18] Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa sentencia se cita la T-569 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, que señaló lo siguiente: "De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"

[19] Corte Constitucional, sentencia T-007/08.

[20] Corte Constitucional, sentencia T-1316/01. A su vez, esta regla de evaluación diferenciada de la inminencia de un perjuicio irremediable ha sido utilizada por la Corte, entre otras decisiones, en las sentencias T-456/04, T-1316/01, T-691/05, T-996A/06 y T-076/11.

[21] Ver por ejemplo las sentencias T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández, en la sentencia se explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una "caracterización jurídica específica" para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia "que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad". Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención "se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado"; sentencia T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Triviño. En la sentencia se explicó que "...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado". Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

[22] Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3. 1. 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. ? 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. ? 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

[23] Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Artículo 24. 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. ? Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. ? Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: ? 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. ? 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. ? 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

[24] Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. ? Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. ? 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

[25] Acerca de estas características, Corte Constitucional, sentencia T-397/04.

[26] Las reglas jurisprudenciales que se explican a continuación, relativas al derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, son tomadas de las recopilaciones realizadas por la Corte en las sentencia C-840/10 y T-671/10.

[27] Corte Constitucional, sentencia T-587/98.

[28] La sistematización de normas de derecho internacional es tomada de la sentencia T-671/10.

[29] Corte Constitucional, sentencia T-510/03.

[30] Corte Constitucional, sentencia T-274/05.

[31] Acerca de la titularidad y posibilidad de exigibilidad de los derechos fundamentales por

parte de los extranjeros, la sentencia C-834/07 expresó lo siguiente:

"E)n numerosas oportunidades, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con los contenidos y alcances de estos derechos fundamentales de los cuales son titulares los extranjeros en Colombia.

En tal sentido, esta Corporación ha considerado que (i) cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto "Los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas"; (ii) si la medida de expulsión del territorio opera durante los estados de normalidad, con mayor razón puede el legislador de excepción proceder a decretarla, cuando sean los extranjeros quienes estén perturbando el orden público, pues está encaminada precisamente a restablecer el orden alterado y evitar la extensión de sus efectos; (iii) en ningún caso el legislador esta habilitado para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular en el país; (iv) bajo la vigencia de la nueva Constitución es claro que las autoridades colombianas no pueden desatender el deber de garantizar la vigencia y el respeto de los derechos constitucionales de los extranjeros y de sus hijos menores; (v) la Constitución o la Ley pueden establecer limitaciones con respecto a los extranjeros para los efectos de su permanencia o residencia en el territorio nacional; (vi) cuando es la propia Constitución la que de manera expresa señala las condiciones para acceder a ciertos cargos públicos, no puede la ley adicionarle requisito o condición alguna...así entonces, si para ser Presidente o Vicepresidente de la República, Senador de la República, Magistrado de las Altas Corporaciones de justicia, Fiscal General de la Nación, Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, miembro del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil, Contralor General de la República, Contralor Distrital y Municipal y Procurador General de la Nación, la Carta Política sólo exige la condición de ser colombiano por nacimiento, no le es dable a la ley inhabilitar al natural colombiano por el hecho de que éste tenga otra nacionalidad; (vii) la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona y tienen un carácter universal; (viii) el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión "origen nacional" contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros; (ix) no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros...ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales...por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar; (x) el derecho fundamental de asociación sindical se reconoce como derecho humano, universal, a todas las personas que tengan la condición de trabajadores para que puedan agruparse en organizaciones que representen los intereses que son comunes a todas ellas en el ámbito laboral, nada interesa, por consiguiente, el origen nacional de las personas para que puedan gozar del referido derecho, pues lo relevante es que se trate de trabajadores; (xi) en materia de derechos de los extranjeros en Colombia, no hay un derecho de origen constitucional a recibir un trato preferencial en el campo tributario, a no pagar un impuesto o a deducir de su cuantía determinado monto o porcentaje; (xii) el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento esté

proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales; (xiii) la sola existencia de un tratamiento legal diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros no tiene por qué reputarse inconstitucional pues la Carta Política, recogiendo el contenido que hoy se le imprime a la igualdad como valor superior, como principio y como derecho, ha contemplado la posibilidad de que se configure un tratamiento diferenciado... lo importante es, entonces, determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el Texto Fundamental; (xiv) la aplicación de un tratamiento diferente debe estar justificado por situaciones de hecho diferentes, una finalidad objetiva y razonable y una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida; (xv) la reserva de titularidad de los derechos políticos para los nacionales tiene su fundamento en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar su ejercicio, situación que está en concordancia con el artículo 9° de la Carta, que prescribe que las relaciones exteriores del Estado colombiano deben cimentarse en la soberanía nacional; (xvi) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no afectación de derechos fundamentales, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto; y (xvii) el legislador no está impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen"

[32] Corte Constitucional, sentencia T-461/03

[33] Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución sobre Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo, párr. quinto.

[34] Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 98.

[35] Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Migración Irregular, tráfico ilícito de migrantes y derechos humanos: hacia la coherencia, ISBN 2-940259-57-7, Ginebra (Suiza), 2010, pág. 3.

[36] Ibídem, pág. 2.

[37] Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 97.

[38] Ibídem, nota supra 2, párr. 154.

[39] **Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18**, párr. 118.

[40] **Ibídem,** nota supra 7, párr. 119.

[41] Ibídem, nota supra 5, párr. 143.

[42] Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 120.

[43] CIDH, Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, OEA/Ser./L/V/Ii.111, 16 Abril 2001, Párr. 92.

[44] Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 64° Periodo de Sesiones (7 de mayo a 1° de junio y 2 de julio a 3 de agosto de 2012), Sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento Nº 10 (A/67/10), pág. 67.

[45] Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

[46] El artículo 102, en cuanto a las causales de deportación, expone lo siguiente:

Artículo 102. Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, será deportado del territorio nacional el extranjero que incurra en alguna de las siguientes causales:

102.1 Ingresar o salir del país sin el cumplimiento de las normas que reglamentan la materia, siempre y cuando no existan circunstancias especiales que ameriten la sanción de multa.

102.2 Abstenerse de cancelar la sanción económica que le haya sido impuesta por el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS-, o cuando transcurran más de dos meses desde la ejecución del acto sancionatorio sin que haya efectuado un abono a la obligación.

102.3 Encontrarse en permanencia irregular en los términos de este Decreto, siempre y cuando no existan circunstancias especiales que ameriten la sanción económica.

102.4 Obtener visa mediante fraude o simulación, formular declaración falsa en la solicitud de visa o en desarrollo de los procedimientos administrativos adelantados por las autoridades migratorias, así como presentar documentos que induzcan a error al Ministerio de Relaciones Exteriores o a la autoridad migratoria para su ingreso, salida, legalización, control y registro.

102.5 Abstenerse de cambiar la visa o no solicitar la misma cuando estuviere en la obligación de hacerlo.

102.6 Desarrollar una actividad para la cual no esté autorizado en el correspondiente permiso de ingreso.

102.7 Incurrir en alguna de las causales de inadmisión o rechazo.

102.8 Ser objeto de quejas constantes que califiquen al extranjero como persona no grata para la convivencia social o tranquilidad pública.

102.9 No abandonar el país dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la notificación del auto de cancelación de la visa.

102.10 Mostrara renuncia al pago de obligaciones pecuniarias con cualquier persona natural o jurídica demostrando renuencia a su pago.

102.11 Haber sido sancionado económicamente dos o más veces dentro del mismo año calendario por parte de una misma entidad pública.

102.12 Numeral adicionado por el Decreto 2622 de 2009, artículo 20. Haber sido sancionado económicamente por parte de la autoridad migratoria al desarrollar actividades que afecten de manera indebida el espacio público y sea reincidente en la misma conducta.

[47] Folio 90 del cuaderno de la Corte (CC).

[48] Folio 92 CC.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores
ISSN 2256-1633
Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)