

PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS DE LA MIGRACIÓN

**APRENDIZAJES A PARTIR DE LA
EXPERIENCIA VENEZOLANA**

**CAROLINA MORENO V.
GRACY PELACANI
(EDICIÓN ACADÉMICA)**



PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS DE LA MIGRACIÓN

APRENDIZAJES A PARTIR DE LA
EXPERIENCIA VENEZOLANA

COMITÉ EDITORIAL

Carolina Moreno Velásquez,
Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes
(directora de la colección)

Diana Quintero Mosquera,
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,
Universidad ICESI

Esteban Hoyos Ceballos,
Escuela de Derecho, Universidad EAFIT

Jorge González Jácome,
Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes

Lina Fernanda Buchely Ibarra,
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,
Universidad ICESI

María Carolina Olarte Olarte,
Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes

Norberto Hernández Jiménez,
Facultad de Derecho,
Pontificia Universidad Javeriana

PERSPECTIVAS SOCIOJURÍDICAS DE LA MIGRACIÓN

APRENDIZAJES A PARTIR DE LA
EXPERIENCIA VENEZOLANA

**Carolina Moreno V.
Gracy Pelacani**

(edición académica)

Nombre: Moreno Velásquez, Carolina, compilador; autor: | Pelacani, Gracy, compilador; autor: | Dib Ayesta, Laura Cristina, autor: | Ramírez Bolívar, Lucía, autor: | Formby, Erin, autor: | Amaya Castro, Juan Manuel, autor: | Trujillo Ariza, Eduardo, autor: | Blouin, Cécile, autor: | Bolívar Osuna, Ligia, escritor de prólogo.

Título: Perspectivas sociojurídicas de la migración : aprendizajes a partir de la experiencia venezolana / Carolina Moreno V., Gracy Pelacani.

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | 273 páginas : ilustraciones ; 15 x 24 cm.

Identificadores: ISBN 9789587983593 (rústica) | 9789587983609 (electrónico) | 9789587983616 (Epub)

Materias: Emigración e inmigración – Legislación | Venezuela – Emigración e Inmigración | Inmigrantes – Derechos civiles | Política migratoria

Clasificación: CDD 341.486--dc23

SBUA

Primera edición: febrero del 2023

© Carolina Moreno V., Gracy Pelacani (autoras compiladoras)

© Laura Cristina Dib-Ayesta, Lucía Ramírez Bolívar, Erin Formby, Juan Manuel Amaya Castro, Eduardo Trujillo Ariza, Cécile Blouin

© Ligia Bolívar Osuna, por el prólogo

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, Bloque Tm

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 339 4949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

ediciones@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-359-3

ISBN e-book: 978-958-798-360-9

ISBN epub: 978-958-798-361-6

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.669>

Corrección de estilo: Marcela Garzón Gualteros

Diagramación interior: Samantha Sabogal

Diagramación de cubierta: Angélica Ramos

Imagen de cubierta: Foto de Fatih Turan, en <https://www.pexels.com/es-es/foto/pajaro-efecto-desenfocado-cerca-hormigon-9297240/>

Impresión:

Imageprinting

Carrera 27 n.º. 76-38

Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: 601 631 1350

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad:

Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

PRÓLOGO	9
Ligia Bolívar Osuna	
INTRODUCCIÓN	21
EL DEBIDO PROCESO EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS MIGRATORIOS: LA FRAGILIDAD DE UN DERECHO	31
Carolina Moreno V.	
EL REFUGIO EN COLOMBIA PARA LA POBLACIÓN VENEZOLANA: ENTRE POCAS SOLICITUDES Y MUCHOS MENOS RECONOCIMIENTOS	59
Gracy Pelacani	
EL ACCESO A LA SALUD DE LA POBLACIÓN MIGRANTE Y REFUGIADA EN COLOMBIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA DE LA CLÍNICA JURÍDICA PARA MIGRANTES DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES	85
Laura Cristina Dib-Ayesta	
RETOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES VENEZOLANOS EN COLOMBIA	113
Lucía Ramírez Bolívar y Erin Formby	
LA NACIONALIDAD, SU IMPORTANCIA Y LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA APATRIDIA	137
Juan Manuel Amaya Castro	

NACIONALIDAD Y APATRIDIA EN COLOMBIA: EL CASO DE LOS HIJOS DE LA MIGRACIÓN VENEZOLANA Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani	163
EL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA: ACIERTOS Y SILENCIOS A PARTIR DE LA SENTENCIA T-135 DEL 2020 Carolina Moreno V., Gracy Pelacani y Laura Cristina Dib-Ayesta	191
EL RETORNO FORZADO: UNA DINÁMICA RELEVANTE PARA COLOMBIA EN EL PROCESO DE MOVILIDAD HUMANA DE PERSONAS VENEZOLANAS DURANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 Eduardo Trujillo Ariza	217
LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DE ASILO PARA LA POBLACIÓN VENEZOLANA: COMPARACIÓN ENTRE PERÚ Y COLOMBIA Cécile Blouin	241
SOBRE LOS AUTORES	271

Prólogo

Ligia Bolívar Osuna

Llegué a Colombia como becaria de Dejusticia en agosto del 2019 y en la primera semana otra becaria me prestó su ejemplar de la publicación “La gestión de la migración en Colombia hoy. Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud”¹. Así conocí al Centro de Estudios en Migración (CEM). Solo unas semanas más tarde, entré en contacto con la Clínica Jurídica para Migrantes, que recién había comenzado actividades en junio de ese año, y cerrando septiembre fui invitada al foro “Visión de la justicia transicional en Venezuela por parte de migrantes y refugiados venezolanos en Colombia”, con el cual el CEM y mi casa, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, daban a conocer los hallazgos de la investigación “Justicia desde el desarraigo”², un trabajo conjunto en el que, por medio de grupos focales de migrantes y refugiados en Colombia, se exploran sus percepciones sobre justicia, derechos humanos e impunidad en Venezuela, así como las razones que motivaron su salida del país.

Al compartir con los lectores este relato personal, solo quiero dejar constancia de la fecunda labor del CEM y la Clínica Jurídica para Migrantes desde su comienzo, en la que se combina la producción intelectual, la reflexión y el acompañamiento jurídico integral a quienes acuden a solicitar

- 1 Juan Manuel Amaya-Castro, Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani. “La gestión de la migración en Colombia hoy. Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud”. *Informes CEM. Informe No. 1-2019* (Bogotá: Centro de Estudios en Migración, 2019).
- 2 “Justicia desde el desarraigo: nociones de justicia de personas migrantes y refugiadas venezolanas en Colombia”, *Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (CDH UCAB)*, acceso el 24 de febrero del 2022, <https://bit.ly/3lkQ5iD>.

sus servicios. No muchos centros académicos pueden mostrar un acervo tan diverso y profuso en tan poco tiempo.

Sin duda, ha sido un privilegio conocer desde sus inicios y de manera cercana el trabajo, la producción y las reflexiones del equipo del CEM y de la Clínica Jurídica para Migrantes, que ahora nos presentan la publicación *Perspectivas sociojurídicas de la migración: aprendizajes a partir de la experiencia venezolana*, que reúne valiosas piezas sobre el fenómeno de movilidad humana proveniente de Venezuela desde diferentes miradas.

La masividad del flujo de personas desde Venezuela ha dejado al descubierto los vacíos de la normativa, las políticas y las prácticas en materia migratoria y de protección internacional en la región latinoamericana. De allí la relevancia de esta publicación, que aborda esas carencias para el caso de Colombia y de Perú desde diferentes perspectivas.

Esta publicación es, además de relevante, oportuna, ya que llega en un momento en que se imponen tendencias todavía más restrictivas hacia personas migrantes y refugiadas en la región, especialmente en respuesta a la población venezolana. Cada vez es más evidente que no es necesario un muro físico para intentar persuadir —aunque sea sin éxito— a las personas con necesidad de protección internacional de traspasar las fronteras de su país. Desde el 2019 estas tendencias restrictivas se han manifestado en tres áreas: la exigencia de visas, las revisiones del marco normativo en materia migratoria y la militarización de la respuesta a la movilidad humana.

En su artículo, Cécile Blouin nos recuerda que América Latina se caracterizaba por ser un espacio de libre tránsito, en el que los ciudadanos de los países de la región podían circular sin visa, e incluso prescindiendo del pasaporte, ya que algunos países solo exigían la cédula o documento de identidad, en el marco de acuerdos subregionales como Mercosur y la Comunidad Andina.

Después de exigir pasaporte como único documento válido para el ingreso de personas venezolanas a Perú desde agosto del 2018, el país dio un paso más hacia las restricciones en junio del 2019, cuando decidió exigir una visa con tres variantes: temporal, residente y humanitaria. Pocas semanas más tarde, en agosto del 2019, Ecuador dispuso el requisito de la visa de turismo y humanitaria para los ciudadanos venezolanos. Con anterioridad, en abril del 2018, Chile había establecido la llamada “visa de responsabilidad democrática” y desde junio del 2019 exige una visa consular de turismo a los portadores de pasaporte venezolano. Para diciembre del mismo año, República Dominicana se sumó a la exigencia de visa a las personas de nacionalidad venezolana.

Más allá de los apellidos de algunas de las visas creadas para responder al flujo de población proveniente de Venezuela en el contexto de una emergencia humanitaria compleja sin precedentes en el país, lo cierto es que se trata de un requisito restrictivo, especialmente si se considera la imposibilidad de obtener y renovar pasaportes en Venezuela, como lo recuerdan Blouin, Dib-Ayesta, Moreno V. y Pelacani en sus capítulos para

esta publicación. Hasta el momento de escribir este prólogo, veinticinco países y territorios de las Américas habían impuesto el requisito del visa- do a personas provenientes de Venezuela en el periodo 2017-2022.

Una segunda tendencia restrictiva se observa en la revisión de los marcos normativos que regulan el tema migratorio y de refugio. Tanto Chile como Ecuador aprobaron reformas a las leyes en materia de migración y refugio en diciembre del 2020: la nueva ley chilena presenta deficiencias en cuanto al respeto al debido proceso y obstaculiza la regularización de personas que hayan ingresado por pasos no habilitados; por su parte, la reciente ley ecuatoriana contempla nueve causales de deportación, incluyendo el ingreso por pasos no autorizados. En ambos casos se estaría en presencia de la criminalización del acceso al territorio.

En cuanto a Colombia, finalmente aprobó una ley sobre Política Integral Migratoria (PIM) en agosto del 2021. La ley luce como una sumatoria de los decretos y resoluciones dispersos, y carece de enfoque de derechos. Además, remite el procedimiento de migración y refugio al obsoleto Decreto 1067 del 2015³, sin ningún refrescamiento ni adaptación a la nueva realidad que enfrenta el país receptor de la mayor cantidad de población venezolana. Un reto en el caso de Colombia será el asegurar un enfoque de protección con perspectiva de derechos en el desarrollo reglamentario de dicha ley. Para ello, los diferentes capítulos de este libro brindan insumos importantes. La militarización de la respuesta a los flujos de personas es otra tendencia preocupante, que se ha acentuado en el contexto de la pandemia por la covid-19. En octubre del 2020, Colombia reactivó la llamada Operación Muralla, que es un operativo militar cuyo propósito es identificar a personas en condición irregular para devolverlas de forma inmediata a Venezuela. Esta acción de rechazo en frontera se cubre bajo la figura de salida voluntaria. En enero del 2021, Colombia usó a efectivos de la Armada en el río Arauca para repeler canoas en las que cruzan las personas procedentes de Venezuela. La flota militar se desplazaba a gran velocidad por el río, haciendo giros que provocaban la inestabilidad y el volcamiento de las canoas, sin tener en cuenta si las personas sabían nadar.

En Brasil, el manejo de la *Operação Acolhida* (Operación Acogida) ha sido delegado desde sus inicios a las Fuerzas Armadas. Desde finales del 2020 el componente militar comenzó a negar asistencia a quienes llegaban de Venezuela después del cierre de fronteras por la pandemia, con excepción de casos puntuales, alegando que no podían brindar asistencia a personas que ingresan por puntos no habilitados. Se trata de una acción que se corresponde más con un enfoque de securitización que con uno de carácter humanitario.

3 D. 1067/2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores". *Diario Oficial* 49 523, https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_1067_2015.htm.

En Chile, por su parte, el presidente firmó un decreto en enero del 2021 que autoriza la presencia militar en los puestos de control migratorio al norte del país, en frontera con Perú, con funciones de “apoyo logístico, tecnológico y de transporte”, en una clara militarización de los puestos fronterizos, con un indudable efecto de intimidación. En esta misma tendencia, el Gobierno peruano ordenó la movilización de tropas hacia la frontera con Ecuador para impedir el paso de caminantes provenientes de Venezuela. La movilización, que incluyó tanques blindados y efectivos fuertemente armados, fue antecedida por un incidente en el que soldados dispararon sus armas contra población civil desarmada que pretendía cruzar hacia Perú desde Ecuador. Por último, el ministro de la Defensa de Ecuador anunció a finales de enero la movilización de tropas hacia la frontera con Perú para frenar la entrada de migrantes por pasos no controlados.

Más recientemente, en febrero del 2022, cuando entró en vigencia la nueva ley chilena de migración y extranjería y su reglamento, no solo se recurrió nuevamente a la militarización de la frontera con Bolivia y Perú, sino que se declaró un estado de emergencia que fue interpretado por las autoridades en la zona fronteriza como una suspensión de derechos, incluyendo los derechos a acceder al territorio y al procedimiento de refugio.

Aunque Colombia ha incurrido en dos de estas tres tendencias restrictivas, se ha resistido a imponer el visado como requisito para ingresar al país y mantiene una política de puertas abiertas, a diferencia de otros países receptores de población venezolana. Sin embargo, la presión del volumen de personas, por una parte, y la sensación de descontrol, por la otra, han llevado a una situación paradójica: el aumento de controles y de medidas restrictivas está incrementando la cantidad de personas en condición irregular, lo que resulta en más descontrol.

Vale destacar que Colombia dio un paso de gran importancia al acordar un mecanismo de regularización masiva en marzo del 2021, mediante un decreto que crea el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV). Sin duda, se trata de un mecanismo que viene a poner orden a la maraña de permisos especiales que se habían creado desde el 2017 y, además, permite la regularización masiva de toda persona venezolana que no tenga visa, independientemente de su condición migratoria. No obstante, más allá de estos enormes beneficios, el ETPV mantiene una gran deuda con las personas con necesidad de protección internacional, persistiendo y consagrando una tendencia restrictiva en lo que respecta a la solicitud de refugio.

Hay tres elementos que llamaron mi atención debido a su carácter constante a lo largo del libro. Primero, la riqueza de textos con profundidad académica, alimentados por experiencia en el terreno. En segundo lugar, lo intrincado que resulta —más en Colombia que en Perú— el recorrido que debe realizar cualquier persona migrante o refugiada para agotar las vías legales o administrativas en búsqueda de satisfacción de cualquier derecho. Por último, la presencia transversal de los efectos de la pandemia por

la covid-19 en la vida de migrantes y refugiados. Comparto a continuación algunas consideraciones al respecto.

El texto combina de manera acertada el rigor académico con la experiencia en terreno. Aunque todas las personas autoras de los diferentes capítulos son académicas, no escriben desde la comodidad de un escritorio. Por el contrario, como podrán apreciar los lectores, los artículos están basados en su experiencia a través del trabajo de clínica jurídica, el acompañamiento de casos y situaciones, la interacción directa con personas migrantes y refugiadas y el litigio estratégico a partir de la identificación de casos emblemáticos. Ello les permite llevar al lector de la reflexión teórica a la sorpresa y la indignación, como sucede de manera impactante en el capítulo de Laura Cristina Dib-Ayesta sobre el acceso a la salud de la población migrante y refugiada en Colombia.

En cuanto al segundo aspecto, los diferentes autores del libro hacen un esfuerzo importante por presentar, en los términos más sencillos y comprensibles posibles, la maraña normativa a la que debe enfrentarse una persona migrante o refugiada para acceder a cualquier derecho. La enorme dispersión de normas hace difícil seguir la pista de cualquier ruta para concluir airoosamente un procedimiento. Sobrecoge imaginar las penurias que puede enfrentar una persona que llega a un país extraño cuyas leyes, instituciones y cultura burocrática desconoce.

Finalmente, y antes de pasar a comentarios más específicos sobre los diferentes capítulos de la publicación, quisiera detenerme a reflexionar sobre el impacto de la pandemia de la covid-19 en las personas migrantes y refugiadas como un ingrediente que extiende y profundiza una situación de por sí compleja.

Si bien la pandemia de la covid-19 ha marcado todos los aspectos de la vida individual y social, sabemos que sus efectos son mayores en los sectores más vulnerables de la sociedad, siendo los migrantes y refugiados uno de los más golpeados.

En un momento muy temprano de la pandemia los altos comisionados para los refugiados y los derechos humanos de las Naciones Unidas emitieron un comunicado conjunto en el que advertían sobre la necesidad de prestar especial atención a los sectores más vulnerables durante la pandemia:

Las personas migrantes y refugiadas, independientemente de su estatus formal, deben ser una parte integral de los sistemas y planes nacionales para combatir el virus. Muchas de estas mujeres, hombres, niñas y niños se encuentran en lugares donde los servicios de salud están sobrecargados o son inaccesibles⁴.

4 Michelle Bachelet y Filippo Grandi. "El brote de coronavirus es una prueba para nuestros sistemas, valores y humanidad". *Agencia de la onu para los Refugiados-Acnur*, 12 de marzo del 2020, <https://bit.ly/3JOH9m>.

Sin embargo, este primer llamado se orientó principalmente a los aspectos de salud, enfoque que rápidamente se mostró insuficiente, en la medida en que la pandemia iba mostrando sus múltiples caras en la afectación de los derechos de las personas.

Posteriormente, ha habido otros pronunciamientos que recuerdan a los Estados sus obligaciones hacia la población migrante y refugiada en el marco de la pandemia, incluyendo, además del derecho a la salud, otros derechos entre los que se cuentan el acceso al territorio, la regularización, la suspensión de deportaciones y de detenciones migratorias, el acceso al agua, la protección contra desalojos y los derechos laborales, así como respuestas diferenciadas atendiendo a criterios de género, edad, origen étnico y diversidad⁵.

Los diferentes capítulos del libro, cada uno desde su perspectiva, muestran la paradoja a la que se enfrentan los migrantes y refugiados en el contexto de la pandemia de la COVID-19, tanto en Colombia como en Perú: ante una mayor vulnerabilidad, producto de las medidas tomadas por los Estados para prevenir y contener la pandemia, hay una respuesta humanitaria menor y no adaptada a las necesidades específicas de este sector de la población.

Leyendo la dramática descripción que hace Carolina Moreno V. de ese ciclo perverso que padecieron los migrantes y refugiados entre confinamiento, desempleo, desalojos y expulsiones, no pude evitar recordar la frase de Anatole France:

¡Qué mayor motivo de orgullo que ser ciudadano! Consiste ello para los pobres en mantener a los ricos en su poder y su ocio. A ese fin deben trabajar bajo la majestuosa igualdad de la ley, que prohíbe al rico lo mismo que al pobre dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y hurtar el pan⁶.

Las medidas de prevención y contención de la pandemia que se basaron en el confinamiento fueron como esa ley que prohíbe al rico lo mismo que al pobre, terminando por empobrecer y castigar más a quien menos recursos materiales, emocionales e institucionales tenía. Así, según nos muestran los diferentes capítulos del libro, se expulsó a quien no guardó la cuarentena porque quedó en situación de calle al perder los ingresos para pagar un arriendo; a los solicitantes de refugio se les dificultó la renovación de salvoconductos indispensables para acceder al sistema de salud,

5 Al respecto, véase la compilación de comunicados y directrices de organismos internacionales y regionales sobre protección de migrantes y refugiados durante la pandemia de coronavirus realizada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello. "Protección de migrantes y refugiados durante la pandemia de coronavirus", Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, acceso el 24 de febrero del 2022, <https://bit.ly/3pg1b0R>.

6 Citado por Karin Van Groningen, *Desigualdad social y aplicación de la ley penal* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1980).

con resultados fatales en más de un caso; aumentaron dramáticamente los casos de violencia doméstica; los niños, niñas y adolescentes no pudieron seguir el ritmo de una alternativa educativa que requería equipos y acceso a internet; muchos caminantes no tuvieron más opción que desandar sus pasos y regresar al país que los había expulsado. En definitiva, la ya endeble red de protección a los derechos de migrantes y refugiados se mostró incapaz de responder a las necesidades de este sector de la población y, en ocasiones, se convirtió en un obstáculo para su acceso a derechos.

Pasando a comentarios más específicos, opté por reunir los diez capítulos del libro en tres áreas. Como toda clasificación, esta obedece a un criterio particular y organiza la publicación en los siguientes bloques temáticos: los aspectos normativos, el acceso a derechos sociales y el impacto en sectores más vulnerables.

Los retos que enfrentan migrantes y refugiados en el terreno legal son diversos y complejos. El libro aborda tres de ellos: el derecho al debido proceso en el marco de los procedimientos sancionatorios migratorios (Moreno V.), las barreras para acceder al derecho al refugio (Pelacani) y el derecho a la nacionalidad y la protección contra la apatridia (Amaya).

En su trabajo “El debido proceso en el marco de los procedimientos sancionatorios migratorios: la fragilidad de un derecho”, Carolina Moreno V. aborda diferentes factores que dejan al descubierto las arbitrariedades y las injusticias de la regulación sancionatoria colombiana, que se expresan en vacíos normativos y términos imprecisos que conducen a procedimientos discrecionales y sumarios, lo que evidencia un enfoque punitivo que desconoce los requerimientos de las personas con necesidad de protección internacional.

Lo más grave de los procedimientos sancionatorios analizados por Moreno V. es que afectan varios derechos, entre los que se cuentan el debido proceso, la unidad familiar y el acceso a la justicia. A pesar de esta afectación directa de derechos, dichos procedimientos se encuentran establecidos en un decreto que no tiene rango de ley, de acuerdo con la definición de “leyes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según el criterio de la Corte, una ley es aquella norma que emana del órgano legislativo, por lo que otra norma que no cumpla con esta formalidad no puede aplicar “restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades”⁷. Con motivo de la promulgación del decreto que crea el ETPV, Moreno y sus colegas del CEM han advertido cómo esta discrecionalidad está aún más presente en este nuevo mecanismo⁸.

7 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, 9 de mayo de 1986, párr. 11.

8 “Comentarios al proyecto de decreto que crea el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: hoy más vigentes que nunca ad portas de la reglamentación”, *Migración Facultad de Derecho Universidad de los Andes*, acceso el 24 de febrero del 2022, <https://bit.ly/3shQugc>.

Por su parte, Gracy Pelacani se dedica a examinar la institución del refugio en Colombia, evidenciando las falencias de un sistema normativo que deja en el desamparo a quienes más protección requieren. La autora analiza lo que identifica como “falencias y fragilidades” del sistema de refugio del país, constatando las enormes resistencias de Colombia para avanzar hacia una reforma profunda del sistema. A ello puede agregarse, a la luz del reciente decreto de creación del ETPV, que el nuevo mecanismo evadió esa necesaria reforma.

Son esas resistencias las que explican —mas no justifican— que la iniciativa de estructurar en un solo instrumento legal la política migratoria de Colombia haya resultado en una oportunidad perdida para responder a los nuevos retos de un país que se convirtió en pocos años en el principal receptor de población procedente de Venezuela, en la medida en que se trata de una ley carente de un enfoque de protección.

El tercer trabajo de este bloque de aspectos normativos se refiere a la nacionalidad, su importancia y la lucha internacional contra la apatridia, a cargo de Juan Manuel Amaya, quien desarrolla un excelente análisis de la nacionalidad como categoría política, jurídica y administrativa, así como sobre las implicaciones de carecer de una nacionalidad.

Si los lectores quedan impactados por las consecuencias de la condición irregular en la vida de migrantes y refugiados, tal como se evidencia en los textos de Moreno V. y Pelacani, su conmoción será mayor al reparar en las consecuencias que tiene la ausencia de nacionalidad en la vida de una persona, pues, como sentencia Amaya, “una persona sin nacionalidad no tiene lugar en el mundo”. Frente a una situación que deja a la persona al margen de la comunidad política, el autor termina planteando las opciones de protección que ofrecen los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y el contraste entre la afirmación de la nacionalidad como derecho en los instrumentos internacionales de protección frente a la normativa colombiana sobre la materia.

En el segundo bloque, relativo al acceso a derechos sociales, el libro nos ofrece dos excelentes textos. En primer lugar, se encuentra el análisis de Laura Cristina Dib-Ayesta sobre el acceso a la salud de la población migrante y refugiada en Colombia. Se trata de un trabajo que nos confronta con las consecuencias del condicionamiento del acceso a los servicios de salud según la situación migratoria. Hay que comenzar por recordar que la Constitución de Colombia no califica a la salud como un derecho universal, sino como un servicio público. La salud se ha ganado su espacio como derecho gracias a diversas reinterpretaciones del artículo 44 de la Constitución por parte de la Corte Constitucional⁹.

9 Un trabajo de Gañán Echavarría nos pasea por el reconocimiento progresivo de la salud como derecho en Colombia: “El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Según

Pese a que la jurisprudencia deja claro el carácter de la salud como derecho, prevalece una lógica de mercado entre los prestadores del “servicio” que dificulta el acceso universal y que confronta a la población migrante y refugiada en situación irregular o con necesidad de protección internacional con requisitos de difícil o imposible cumplimiento, debido a la maraña burocrática que domina el sistema de salud. Este excesivo formalismo termina privilegiando al privilegiado y castigando a quien más necesita atención, con consecuencias dramáticas como son los casos —emblemáticos, mas no excepcionales— que presenta Dib-Ayesta en su capítulo.

Por su parte, Lucía Ramírez Bolívar y Erin Formby nos ofrecen un análisis de los retos para garantizar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en Colombia. En este caso, al igual que en el capítulo de Dib-Ayesta, queda claro que resulta mucho más fácil regular que ejecutar.

Aunque, a diferencia de la salud, la educación sí está explícitamente reconocida como un derecho en la Constitución colombiana, de nuevo se trata de un sector en el cual la persona migrante o refugiada se enfrenta a una multiplicidad de regulaciones que en poco se han ajustado a la nueva realidad de Colombia como país receptor, de tal manera que, o bien las directrices existen pero no bajan hasta los ejecutores inmediatos o tienen vigencia solo en un nivel de la administración, por lo que admisión no garantiza permanencia ni permanencia conduce necesariamente a promoción.

El tercer bloque en el que he agrupado los capítulos del libro se refiere a la situación de los sectores más vulnerables o que requieren un enfoque diferenciado en políticas públicas relacionadas con la población migrante y refugiada. En este grupo se encuentran cuatro capítulos dedicados a niños en riesgo de apatridia, personas privadas de libertad y retornados forzosos.

El capítulo sobre nacionalidad y apatridia, a cargo de Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, muestra las complejidades que enfrentan los hijos de los migrantes venezolanos, señalando los vacíos de protección que se generan debido a una respuesta reactiva, puntual, temporal y limitada que no obedece a una política, sino que ha tratado de solventar problemas a medida que van apareciendo, sin perspectiva a largo plazo. En consecuencia, el riesgo de apatridia sigue latente para todos aquellos niños cuya situación no haya sido incluida en las normas *ad hoc* producidas hasta ahora. Visto desde otro ángulo, el texto identifica los vacíos

un primigenio criterio formalista de interpretación, el derecho a la salud fue considerado como un derecho meramente prestacional debido a su ubicación topográfica en dicha Constitución. De allí, y por influjo directo de las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, fue considerado como un derecho de doble connotación —fundamental y asistencial—, luego como un derecho fundamental por conexidad, posteriormente como un derecho fundamental con relaciones a determinadas poblaciones —adulto mayor, personas en estado de discapacidad, población en estado de desplazamiento—, seguidamente como fundamental con relación a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y, finalmente, parece haberse reconocido como un derecho fundamental *per se*”. Jaime León Gañán Echavarría. “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia”, *Monitor Estratégico*, N.º 3 (2020): 7-19, <https://bit.ly/3hbDa6L>.

existentes para superar los riesgos de apatridia. En este sentido, dichos vacíos se convierten en una oportunidad para trazar una agenda que permita avanzar en la garantía del derecho a la nacionalidad.

Moreno V., Pelacani y Dib-Ayesta también nos ofrecen un capítulo dedicado a la vulneración de derechos de los migrantes privados de la libertad, en particular en lo que respecta al derecho a la unidad familiar. En sus reflexiones sobre el tema, las autoras se anticipan a un problema que se asomó a propósito de una sentencia de la Corte Constitucional, como es la posibilidad de que un migrante privado de la libertad sea visitado por integrantes de su núcleo familiar, aun cuando estos carezcan de un documento de identificación válido en Colombia. De nuevo, la situación migratoria irregular de la familia se convierte en un obstáculo para el ejercicio de derechos, ya que las normas no se han adaptado a las circunstancias de Colombia como país receptor de población migrante y refugiada.

El último capítulo en este tercer bloque es el relativo al retorno forzado, escrito por Eduardo Trujillo. El texto se centra en la situación de las personas migrantes venezolanas que se vieron forzadas a regresar a su país de origen a causa de la pérdida de opciones de supervivencia, debido a las restricciones impuestas para prevenir y contener la pandemia de la covid-19 en diversos países de la región. Esta ruta en reversa, como la califica Trujillo, significó un proceso de revictimización, en la medida en que quienes salieron de Venezuela huyendo de una emergencia humanitaria y se vieron forzados a regresar se enfrentaron con un territorio hostil. Tal hostilidad se manifestó de varias maneras, que incluyen centros inadecuados para pasar la cuarentena, estigmatización y hasta criminalización por parte de autoridades que llegaron a calificar a los retornados como “armas biológicas”, procesándolos penalmente por bioterrorismo. El capítulo deja en evidencia la falta de políticas —dentro y fuera de la frontera venezolana— que entiendan a esta población en proceso de movilidad como personas con necesidad de protección internacional.

Más allá de estos tres bloques, pero abarcando diversas dimensiones de las problemáticas tratadas en los capítulos presentados, se encuentra la contribución de Cécile Blouin sobre el contexto migratorio peruano en perspectiva regional, donde la autora nos ofrece una mirada comparada entre los marcos normativos y las políticas migratorias de Perú y Colombia, así como un análisis de las diferencias y semejanzas de los sistemas de refugio de ambos países. Igualmente, el capítulo explora la situación de acceso a derechos y la manera como este país se vio afectado en el contexto de la pandemia de la covid-19.

Tras la lectura del trabajo de Blouin, teniendo presentes los capítulos anteriores, queda claro que el volumen inesperado de personas procedentes de Venezuela durante los últimos cinco años produjo respuestas reactivas, temporales, improvisadas y hasta inconexas por parte de los Estados, donde la apertura generosa inicial gradualmente le ha cedido espacio a posturas más restrictivas.

Al ver los capítulos de la publicación en conjunto, queda claro que tanto Colombia como Perú legislaron sobre migración desde un escenario sin migrantes, por lo que ese marco normativo resulta inaplicable cuando se tienen migrantes, muchos migrantes que son, además, forzosos.

Los planteamientos y advertencias de la obra sin duda interpelan a la academia, a las organizaciones de la sociedad civil y a los Estados sobre el papel que han desempeñado hasta ahora, pero también constituyen una invitación a pensar sobre el papel que pueden cumplir en el futuro, convirtiendo los vacíos identificados en oportunidades de acción.

En este rápido recorrido por el libro *Perspectivas sociojurídicas de la migración: aprendizajes a partir de la experiencia venezolana* he evitado de manera deliberada entrar en detalles sobre los aspectos sustantivos y conclusiones de los títulos de la publicación, pues ese es un privilegio que corresponde a los lectores, para ir descubriendo la riqueza de cada texto. Sin duda, esa será una grata revelación, llena de aprendizajes, llamados a la reflexión y estímulos para asumir los retos de cambio que se plantean en cada capítulo.

Referencias

- Amaya-Castro, Juan Manuel, Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani. “La gestión de la migración en Colombia hoy. Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud”. *Informes cem. Informe No. 1-2019*. Bogotá: Centro de Estudios en Migración (CEM), 2019.
- Bachelet, Michelle y Fillipo Grandi. “El brote de coronavirus es una prueba para nuestros sistemas, valores y humanidad”. *Agencia de la onu para los Refugiados-Acnur*, 12 de marzo del 2020. <https://bit.ly/3JOrH9m>.
- “Comentarios al proyecto de decreto que crea el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: hoy más vigentes que nunca ad portas de la reglamentación”. *Migración Facultad de Derecho Universidad de los Andes*. <https://bit.ly/3shQugc>.
- Corte IDH, Opinión Consultiva oc-6/86. “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, 9 de mayo de 1986.
- Gañán Echavarría, Jaime León. “De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia”. *Monitor Estratégico*, N.º 3 (2020): 7-19. <https://bit.ly/3hbDa6L>.
- “Justicia desde el desarraigo: nociones de justicia de personas migrantes y refugiadas venezolanas en Colombia”. *Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (CDH UCAB)*. <https://bit.ly/3IkQ5iD>.
- “Protección de migrantes y refugiados durante la pandemia de coronavirus”. *Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello*. <https://bit.ly/3pg1b0R>.
- Van Groningen, Karin. *Desigualdad social y aplicación de la ley penal*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1980.

Normativa

D. 1067/2015.

Introducción

El fenómeno migratorio de personas provenientes de Venezuela ocurrido en años recientes constituye el corazón y la razón de ser de esta obra colectiva. Una migración en contexto de crisis¹ que ha puesto a prueba las políticas migratorias de los países latinoamericanos que más han acogido a estos nacionales, mostrando la brecha que existe entre los marcos normativos de los países de la región y su implementación. Así mismo, esta migración ha impulsado, en muchos casos, la creación de medidas *ad hoc* para gestionar el ingreso, la permanencia, la salida y el acceso a derechos de los nacionales venezolanos cuyo enfoque de derechos ha sido, en más de una ocasión, cuestionable o del todo ausente.

Colombia, al ser el país de destino del mayor número de personas que sale de la República Bolivariana de Venezuela, ocupa un lugar importante en los diferentes análisis que se han adelantado sobre este fenómeno. Desde el 2017, en particular, los datos oficiales muestran una presencia de nacionales venezolanos en territorio colombiano en porcentajes nunca observados antes. Estos ingresos han disminuido únicamente durante los primeros meses del 2020, en los cuales la frontera entre Venezuela y Colombia estuvo cerrada a raíz de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia de la covid-19². A febrero del 2022, la autoridad migra-

1 Jane McAdam, "El concepto de migración a causa de las crisis", *Revista Migraciones Forzadas*, N.º 45 (2014): 10, <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/crisis/mcadam.pdf>. El concepto se aplica a la migración de personas provenientes de Venezuela en Luciana Gandini, Victoria Prieto Rosas y Fernando Lozano Ascencio, "El éxodo venezolano: migración en contextos de crisis y respuestas de los países latinoamericanos", en *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, coordinado por Luciana Gandini, Fernando Lozano y Victoria Prieto (Ciudad de México: UNAM, 2019), 9-32.

2 Datos oficiales de la autoridad de verificación y control migratorio del Estado colombiano (Migración Colombia) muestran un aumento del 71 % de nacionales venezolanos en Colombia en el 2016 con respecto al año anterior; del 651 % en el 2017, del 191 % en el 2018 y del 51 % en el 2019.

toria del Estado colombiano contaba la presencia de aproximadamente 2,5 millones de nacionales venezolanos³.

En este contexto, el Estado colombiano ha desarrollado un marco normativo *ad hoc* para atender a esta migración, en paralelo a su régimen migratorio ordinario. Allí ocupa un lugar especial el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), que ha sido acogido por la comunidad internacional como una medida histórica y un ejemplo a seguir en la región⁴.

En respuesta a este escenario, las editoras de esta obra creamos en el 2019 la Clínica Jurídica para Migrantes y el Centro de Estudio en Migración (CEM) en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia)⁵. La clínica pretende responder a la creciente demanda de servicios legales especializados y gratuitos por parte de la población migrante y refugiada en situación de vulnerabilidad en Bogotá. El CEM se propone contribuir e incidir en el debate público sobre asuntos migratorios y producir insumos para informar la toma de decisiones y la construcción de política pública en materia migratoria con investigación y actividades de incidencia. Muchas de las contribuciones de esta obra colectiva se originan a partir de los casos que la Clínica Jurídica para Migrantes ha acompañado, así como de las actividades de incidencia e investigación adelantadas por el CEM.

Tal vez uno de los aspectos más significativos de esta obra colectiva es la metodología de trabajo a partir de la cual ha sido construida. El índice temático de este libro es el resultado de una lectura cuidadosa y experta del contexto colombiano de los últimos años, del que hemos seleccionado un conjunto de temáticas relevantes en el campo del derecho y la migración. Esta mirada experta y muy cercana a la realidad del contexto migratorio proviene del trabajo experiencial que tiene lugar en la Clínica Jurídica para Migrantes. Es así como todos los temas reunidos en esta obra han sido definidos a partir de la labor de incidencia, así como de

"Radiografía migratoria Colombia-Venezuela (Corte 31 de diciembre de 2017)", *Migración Colombia*, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/radiografia-migratoria-colombia-venezuela-corte-al-31-de-diciembre-del-2017>.

3 "Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 28 de febrero de 2022", *Migración Colombia*, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022>.

4 Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, D. 216/2021, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria". El anuncio de la adopción del Estatuto ha sido acompañado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, Filippo Grandi. Véase: "Discurso del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre el nuevo Estatuto de Protección Temporal que Colombia otorgará a los venezolanos y venezolanas en el país", ACNUR, 8 de febrero del 2021, <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/2/6021dc4151/discurso-del-alto-comisionado-de-naciones-unidas-para-los-refugiados-sobre.html>.

5 Para conocer más detalladamente las actividades de la Clínica Jurídica para Migrantes y del Centro de Estudios en Migración de la Universidad de los Andes véase: migracionderecho.uniandes.edu.co.

litigio individual y de alto impacto adelantado en el marco de la clínica, de la que las editoras académicas somos también sus fundadoras.

Además, en coherencia con esta necesidad de conexión permanente con la realidad del fenómeno que queremos estudiar y explicar, en esta obra colectiva hemos convocado a colegas expertos y expertas, quienes son notables en el campo de la migración en los contextos nacional y regional. Desde su experiencia, estos autores y autoras llevan a cabo también un destacado trabajo de incidencia, litigio, investigación y docencia, el cual les confiere experticia en el aspecto que cada uno de ellos aborda en su respectivo capítulo. Entonces, esta obra colectiva nace desde una perspectiva sociojurídica y, a su vez, tiene un compromiso explícito de contribuir a la producción del conocimiento en migración, no solo desde el punto de vista teórico, sino también desde el socio-legal.

Sin lugar a dudas, la migración de personas provenientes de Venezuela ocupa un lugar fundamental en esta obra colectiva y representa una parte importante del conocimiento acumulado sobre la gestión de la migración en la región latinoamericana. En el caso del Estado colombiano, en particular, esta migración representa un punto de inflexión en el desarrollo del marco normativo en materia migratoria y en los estudios sobre el tema. Así mismo, para quienes ofrecemos servicios legales a esta población, la migración venezolana ha impulsado la creación de alianzas y redes entre los actores que trabajamos para avanzar en los derechos de las personas migrantes y refugiadas, lo cual ha permitido coordinar y aunar esfuerzos en labores tanto de incidencia como de investigación.

Sin embargo, las contribuciones que componen esta obra colectiva no se limitan al análisis de este fenómeno migratorio, aun reconociendo su rol fundamental. Así, uno de los objetivos del presente texto es contribuir a un diálogo más amplio y plural sobre la gestión migratoria en la región, y en Colombia en especial. Ampliar esta reflexión es necesario, considerando que la migración desde Venezuela no es la única que experimentan la región y el Estado colombiano. Los derechos y las necesidades de los extranjeros que transitan por la región, o que en esta se establecen, a menudo ocupan un lugar marginal en la política pública migratoria. Este libro, por ende, quiere contribuir a hacer este fenómeno más visible y parte de la agenda pública sobre migración.

Naturalmente, este libro dialoga con la literatura existente sobre migración, especialmente aquella que estudia el fenómeno migratorio proveniente de Venezuela en América Latina, e incorpora aristas de este contexto migratorio que no han sido exploradas de manera amplia y suficiente. Entre estas cuestiones se destacan, por una parte, la pandemia por la covid-19 y los efectos que las decisiones de contención del virus tuvieron para la situación de las personas migrantes y refugiadas, así como para su acceso a derechos y servicios básicos. Por otra parte, figura también el fenómeno del retorno de los nacionales venezolanos desde sus países de

destino y hacia Venezuela, país del que habían huido inicialmente. Este contexto de retorno fue especialmente notable durante la pandemia, así como la pérdida abrupta de medios de vida que experimentó la población migrante venezolana, particularmente aquella en situación de pobreza, a partir de las medidas de confinamiento obligatorio.

Una tercera cuestión cuyo análisis incorpora esta obra es el ETPV, implementado por el Estado colombiano en el 2021 y que establece un nuevo mecanismo de regularización migratoria exclusivo para esta población en el territorio nacional. Concretamente, en relación con el Estatuto, esta es tal vez la primera obra académica que analiza de forma comprehensiva las maneras en las que la nueva política de regularización migratoria dialoga con las distintas temáticas que hacen parte de este trabajo colectivo. Igualmente, este libro contempla la forma en que la adopción de la Ley 2136 del 2021 —que establece las definiciones, los principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria (PIM) del Estado colombiano— ha impactado en el desarrollo de la política pública migratoria y en la situación de la población migrante y refugiada en Colombia.

La pandemia por la covid-19, el contexto de retorno hacia Venezuela y el Estatuto, por mencionar algunos, son todos rasgos particulares del contexto migratorio de la población venezolana, abordados desde las distintas contribuciones de esta obra. Ello no solo enriquece el análisis y diversifica las miradas, sino que también conecta en diálogo la teoría y las experiencias concretas de las personas que migran.

Una de las cuestiones que en su momento nos animó a la creación del CEM y la Clínica Jurídica para Migrantes fue precisamente la constatación de la ausencia de una política pública en materia migratoria acorde al contexto. Las editoras académicas creemos firmemente que este libro no solo es producto de este trabajo socio-legal de litigio e incidencia articulado desde el CEM y la clínica del que ya hemos hablado. Este es un texto que, a su vez, desde la teoría en diálogo con la experiencia, busca ofrecer insumos útiles y relevantes para la construcción y consolidación de una política pública en materia migratoria. Una política que, de manera coherente, estructurada y lógica, permita responder adecuadamente y con vocación a largo plazo al contexto migratorio.

La obra

El orden en que las y los lectores de esta obra colectiva encontrarán los capítulos que la componen pretende reflejar, ante todo, el enfoque de derechos que caracteriza el análisis que cada autora o autor propone en su contribución. Por ello, los textos abordan el derecho al debido proceso, al refugio, a la salud, a la educación, a la nacionalidad, a la unidad familiar

en contextos de privación de la libertad y al retorno, para terminar con un análisis comparado del contexto peruano en perspectiva regional. Así, cada capítulo ahonda en el marco normativo que determina las condiciones de acceso a estos derechos, así como en las barreras que las personas migrantes y refugiadas encuentran para su ejercicio y goce.

En su trabajo titulado “El debido proceso en el marco de los procedimientos sancionatorios migratorios: la fragilidad de un derecho”, Carolina Moreno V., coeditora académica de esta obra, analiza las garantías del derecho fundamental al debido proceso y su aplicación en las actuaciones administrativas, particularmente en los procedimientos sancionatorios de carácter migratorio en el contexto colombiano. El capítulo presta especial atención a los llamados “otros eventos de expulsión” o “expulsión discrecional”, conforme a los cuales la autoridad migratoria colombiana, Migración Colombia, está facultada para la expedición de actos administrativos sancionatorios de expulsión. De acuerdo con la autora, estas decisiones administrativas, que no son susceptibles de recursos administrativos y que son de ejecución inmediata, nacen del adelantamiento de procedimientos administrativos proclives a la supresión de las garantías del derecho fundamental al debido proceso. Aquí la autora encuentra que estas decisiones de expulsión vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, así como a la unidad familiar y el acceso a la justicia de las personas migrantes y refugiadas y sus núcleos familiares. Además, dichos actos administrativos son contrarios a los derechos y principios previstos en la Constitución colombiana, desconocen la jurisprudencia constitucional y son contrarios a los estándares internacionales en materia de debido proceso legal, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Gracy Pelacani, coeditora académica de esta obra, contribuye con un trabajo titulado “El refugio en Colombia para la población venezolana: entre pocas solicitudes y muchos menos reconocimientos”. La autora reflexiona sobre la tendencia de los países latinoamericanos de reconocer de forma muy limitada la necesidad de protección internacional de la población venezolana y a examinar las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de estos nacionales de manera individual, salvo muy pocas excepciones. Así, muestra cómo Colombia participa de esta tendencia regional y analiza en profundidad el sistema de refugio colombiano, mostrando sus limitaciones y falencias, las cuales se han hecho todavía más evidentes en el marco de la pandemia por la COVID-19. La autora argumenta que la escasa voluntad del Estado colombiano de apuntarle al refugio se manifiesta además en la creación del ETPV, el cual ofrece un más amplio acceso a derechos a quienes son solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado, al tiempo que ignora la necesidad de protección internacional de esta población. Finalmente, la autora concluye que la reforma del sistema de refugio en Colombia es urgente e inaplazable.

La abogada y directora de la Clínica Jurídica para Migrantes, Laura Cristina Dib-Ayesta, contribuye con el texto “El acceso a la salud de la población migrante y refugiada en Colombia: una aproximación desde la experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes”. En este capítulo, su autora explora las enormes barreras que enfrenta la población migrante y refugiada presente en Colombia para el acceso a los servicios de salud. De acuerdo con el análisis, estos obstáculos son todavía más profundos y difíciles de sortear cuando las personas se encuentran en situación migratoria irregular, circunstancia que es especialmente patente en el caso de las personas venezolanas. A partir de la experiencia acumulada en la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, la autora ofrece una perspectiva comprehensiva de la situación del acceso a la salud de las personas migrantes y refugiadas en Colombia. En el capítulo se muestra la estrecha relación entre la regularización migratoria y el acceso a la salud, por una parte, así como la complejidad del marco normativo colombiano sobre la atención médica en urgencias y la afiliación al sistema de seguridad social en este país, por otra parte.

Lucía Ramírez, coordinadora de género del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), y Erin Formby, abogada asociada en la firma Norton Rose Fulbright, reflexionan sobre las medidas adoptadas por el Estado colombiano para atender las necesidades educativas de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos y analizan las barreras a las que estos se enfrentan en su acceso, permanencia y promoción en el sistema educativo en su contribución titulada “Retos para garantizar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en Colombia”. Así mismo, muestran cómo la pandemia por la COVID-19 ha generado nuevos obstáculos para estos menores de edad. Con base en este análisis, en su texto las autoras ofrecen una serie de recomendaciones a las autoridades nacionales, con el fin de que se adopten medidas para garantizar este derecho a los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos, sobre todo a la luz del recién creado ETPV.

Juan Manuel Amaya Castro, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y miembro fundador del Centro de Estudios en Migración (CEM), en su contribución “La nacionalidad, su importancia y la lucha internacional contra la apatridia” reflexiona acerca de la nacionalidad como uno de los elementos fundamentales del ordenamiento global político y jurídico y sobre los retos que implica encontrarse en situación de apatridia. Así, el autor reconstruye el origen y el desarrollo del concepto de nacionalidad, para luego enfocarse en la situación de las personas que ningún Estado reconoce como nacional suyo: las personas apátridas. Para ello, ahonda en la protección que algunos instrumentos de derecho internacional otorgan a las personas apátridas y en los esfuerzos adelantados desde la comunidad internacional para reducir este fenómeno, con

una mirada particular a lo ocurrido en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Finalmente, analiza la normativa colombiana sobre el tema en clave comparada, resaltando la excepcionalidad del caso colombiano en la región.

En la contribución titulada “Nacionalidad y apatridia en Colombia: el caso de los hijos de la migración venezolana”, Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, coeditoras académicas de esta obra, profundizan en las causas de la situación de apatridia o riesgo de apatridia en que se encuentran los niños y niñas nacidos en territorio colombiano de padres venezolanos, así como en las medidas adoptadas por el Estado colombiano para hacerle frente. Para ello, muestran que el origen de esta situación está en la dificultad o imposibilidad para los nacionales venezolanos de demostrar domicilio en Colombia, requisito necesario para que sus hijos puedan adquirir la nacionalidad colombiana por el solo hecho de haber nacido en el territorio. A pesar de que el Estado colombiano reaccionó ante esta situación a partir del 2019, las medidas adoptadas han sido de carácter excepcional y temporal. Las autoras reflexionan también acerca del impacto de estas medidas en la unidad familiar de estos menores de edad, sobre todo cuando sus padres se encuentran en situación migratoria irregular y sobre los cambios ocurridos a raíz de la adopción del ETPV, de la Ley 2136 del 2021 y de la jurisprudencia constitucional sobre el tema. Por último, Moreno V. y Pelacani sostienen que la conversación sobre la apatridia apenas empieza a darse en Colombia y que se necesita todavía una reflexión más amplia y profunda sobre este tema, más allá de las medidas temporales y excepcionales adoptadas para responder a la situación de apatridia o riesgo de apatridia en que se encuentran los niños y niñas nacidos en territorio colombiano de padres venezolanos.

Como resultado de la presentación de una intervención ciudadana ante la Corte Constitucional colombiana, las profesoras de la Clínica Jurídica para Migrantes, Carolina Moreno V., Gracy Pelacani y Laura Cristina Dib-Ayesta, abordan una temática completamente inexplorada en la literatura nacional sobre derecho y migración, como son los derechos de las personas migrantes privadas de la libertad y de sus núcleos familiares. En la contribución titulada “El derecho a la unidad familiar de las personas migrantes y refugiadas privadas de la libertad en Colombia: aciertos y silencios a partir de la sentencia T-135 del 2020”, las autoras analizan cómo la situación migratoria irregular de las personas migrantes y refugiadas en Colombia puede constituir un obstáculo para que aquellas en esta condición, además privadas de la libertad, sean visitadas por sus familias en su sitio de reclusión. La situación de estas familias migrantes puede verse especialmente exacerbada como consecuencia de los obstáculos para acceder a mecanismos de regularización para superar su situación de irregularidad migratoria en este país. Las autoras toman como punto de partida de su análisis la sentencia T-135 del 2020, mediante la cual la

Corte Constitucional colombiana protegió los derechos fundamentales a la unidad familiar de unos menores de edad, a quienes una notaría se había negado a autenticar su permiso de ingreso al lugar de reclusión en el que se encuentra el padre, por no contar aquellos con visa o pasaporte. Para las autoras, aunque el fallo protege los derechos fundamentales de los menores de edad, la Corte perdió una oportunidad valiosa para hacer un análisis más amplio y estructural aplicable a otros casos de familias migrantes cuyos miembros también se encuentran en situación migratoria irregular y sin posibilidades de superarla.

Eduardo Trujillo, abogado venezolano y director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas, Venezuela, es el autor de “El retorno forzado. Una dinámica relevante para Colombia en el proceso de movilidad humana de personas venezolanas durante la pandemia de la covid-19”. En este trabajo, el autor define la movilidad humana de personas venezolanas como “el proceso de migración forzada y refugio más caudaloso de América”. En esta contribución, Trujillo analiza las particulares implicaciones que la pandemia por la covid-19 ha tenido para las personas migrantes y refugiadas venezolanas, muchas de las cuales se vieron expuestas a un contexto de retorno forzado hacia su país de origen. A partir de su trabajo, el autor encuentra que dicho retorno es consecuencia de la imposibilidad de esta población para mantenerse en territorio extranjero, debido a las limitaciones de movilidad y trabajo ocasionadas por las medidas tomadas por las autoridades para prevenir la covid-19. Esta situación de retorno desde los países de acogida y hacia Venezuela ha puesto en evidencia situaciones que constituyen violaciones de derechos humanos y que imponen la necesidad de respuestas rápidas, eficientes y con enfoque de derechos, tanto de los países de tránsito como de Venezuela.

Esta obra se cierra con la contribución titulada “Las políticas migratorias y de asilo para la población venezolana: comparación entre el Perú y Colombia” de la profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cécile Blouin. La autora propone una comparación entre las medidas adoptadas por el Perú y por Colombia ante los retos que ha implicado la recepción de los nacionales venezolanos en su territorio. Así, sostiene que las dinámicas de la política del Estado peruano hacia esta población y la criminalización de los nacionales venezolanos muestran la convivencia entre una relativa apertura con un control migratorio omnipresente. Así mismo, analiza la forma en que los sistemas de asilo de ambos países han reaccionado ante la llegada de nacionales venezolanos. Para concluir, reflexiona sobre las barreras a las que se enfrenta esta población en el acceso a los derechos sociales, siendo esta una agenda pendiente en la región.

Así pues, la presente obra no es otro texto sobre las medidas adoptadas para responder a la migración venezolana. Nuestra propuesta es mucho

más ambiciosa que esto. Este texto ofrece elementos de análisis para comprender y abordar la migración y su interacción con el derecho, así como para diseñar instrumentos de política pública que respondan a los desafíos de los distintos flujos migratorios existentes en un territorio como puede ser el colombiano. Esto tiene que ser así, pues como lo hemos puesto de manifiesto en distintos escenarios, la migración en Colombia no comienza ni se acaba con la migración proveniente de Venezuela, y mucho menos es una cuestión coyuntural o marginal, carente de vocación de permanencia. Por ello, este libro capitaliza el conocimiento, la experiencia y la experticia acumulados sobre el fenómeno migratorio de Venezuela, que son sin duda muy significativos, con miras a la construcción de una política pública migratoria que, desde un enfoque de derechos, trascienda la perspectiva reactiva, fragmentaria y a corto plazo que ha caracterizado la respuesta del Estado colombiano a la cuestión de la migración de su historia reciente.

Referencias

- "Discurso del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados sobre el nuevo Estatuto de Protección Temporal que Colombia otorgará a los venezolanos y venezolanas en el país". ACNUR, 8 de febrero del 2021. <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/2/6021dc4151/discurso-del-alto-comisionado-de-naciones-unidas-para-los-refugiados-sobre.html>.
- "Distribución de venezolanos en Colombia - Corte 28 de febrero de 2022". Migración Colombia. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022>.
- "Distribución de venezolanos en Colombia - Corte 31 de agosto de 2021". Migración Colombia. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-agosto-de-2021>.
- Gandini, Luciana, Victoria Prieto Rosas y Fernando Lozano Ascencio. "El éxodo venezolano: migración en contextos de crisis y respuestas de los países latinoamericanos". En *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, coordinado por Luciana Gandini, Fernando Lozano y Victoria Prieto, 11-14. Ciudad de México: UNAM, 2019.
- McAdam, Jane. "El concepto de migración a causa de las crisis", *Revista Migraciones Forzadas*, N.º 45 (2014): 10-11. <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/es/crisis/mcadam.pdf>.
- "Radiografía migratoria Colombia-Venezuela. Corte 31 de diciembre de 2017". Migración Colombia. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografiasradiografia-migratoria-colombia-venezuela-corte-al-31-de-diciembre-del-2017>.

Normativa

D. 216/2021.

L. 2136/2021.

El debido proceso en el marco de los procedimientos sancionatorios migratorios: la fragilidad de un derecho*

Carolina Moreno V.

* Una versión corta de este capítulo, titulada "Derecho a no ser sujeto de expulsión arbitraria: un vacío legal de protección en el contexto colombiano", fue publicada en la obra colectiva *El acceso a la justicia de las personas migrantes, refugiadas y otras sujetas de protección internacional en las Américas*, coordinada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Sin Fronteras y UN Committee on Migrant Workers (CMW), <https://www.icrc.org/es/document/acceso-la-justicia-de-las-personas-migrantes-refugiadas-y-otras-sujetas-de-proteccion>.

Resumen

Este capítulo explora las garantías del derecho fundamental al debido proceso y su aplicación en los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio a cargo de Migración Colombia. El trabajo presta especial atención a los llamados “otros eventos de expulsión”, en virtud de los cuales la autoridad migratoria colombiana tiene la competencia para imponer medidas de expulsión a las personas migrantes, aduciendo razones de seguridad nacional, orden público o salud pública, entre otras. Para profundizar al respecto, el escrito hace un análisis de las medidas adoptadas para la contención de la COVID-19 y cómo estas impactaron de manera especial y significativa la situación de las personas migrantes y refugiadas, particularmente de aquellas con estatus migratorio irregular y situación de pobreza. Así, el capítulo estudia cómo en el contexto de pandemia por la COVID-19 emergieron nuevas situaciones capaces de activar las competencias sancionatorias de Migración Colombia, con fundamento en razones de salud pública, que es un supuesto de los llamados “otros eventos de expulsión”. En este trabajo se afirma que las decisiones sancionatorias de expulsión, que no admiten recurso alguno y son de ejecución inmediata, son tremendamente lesivas de los derechos fundamentales de las personas migrantes y refugiadas y sus núcleos familiares, tales como el debido proceso, la unidad familiar y el acceso a la justicia. Este análisis concluye evidenciando la fragilidad del derecho al debido proceso, presente en el adelantamiento de los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorios en el escenario colombiano.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.670>

En el Paro Nacional de noviembre del 2019, en medio de marchas y protestas sociales, luego de que se presentaran daños materiales contra la infraestructura y el mobiliario urbano, nacionales venezolanos habitantes de Bogotá fueron trasladados al Centro de Traslado por Protección en Puente Aranda y luego expulsados hacia su país de origen, acusados de ser los responsables de estos hechos y de afectar el orden público. Meses después, en el 2020, en vigencia del confinamiento por la covid-19, migrantes venezolanos en Colombia, quienes no tenían un lugar de habitación, debido a que fueron desalojados de sus sitios de vivienda o porque buscaban un sustento para sus familias, fueron expulsados del territorio colombiano por incumplir las medidas de cuarentena obligatoria y poner en riesgo la salud pública. Luego del levantamiento de las medidas de cuarentena, migrantes venezolanos que se dedican a las ventas informales en calles de Bogotá también fueron sancionados con medida de expulsión por ocupación ilegal del espacio público que afecta el orden público. En otros casos, después de llevar a cabo la verificación migratoria de estas personas se evidenció que su permanencia en Colombia era irregular, por lo que suscribieron un acuerdo de “salida voluntaria” del territorio, con el fin de evitar la imposición de una sanción migratoria con medida de expulsión o deportación¹.

¿Qué tienen en común las situaciones planteadas y por qué son el abrebocas de este capítulo? Todas ellas tienen que ver con nacionales venezolanos presentes en Colombia, quienes enfrentan un procedimiento administrativo para la eventual imposición de una medida sancionatoria de carácter migratorio como es la expulsión. Las situaciones planteadas también comparten la misma fuente normativa que sustenta la adopción

I Las situaciones planteadas se inspiran en casos atendidos por la Clínica Jurídica para Migrantes, que versan sobre los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio a cargo de Migración Colombia, objeto de análisis del presente trabajo.

de la decisión sancionatoria en cuestión. Se trata de la disposición sobre los llamados “otros eventos de expulsión”, conforme a los cuales la autoridad migratoria colombiana, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (Migración Colombia), está facultada para la expedición de actos administrativos sancionatorios de expulsión. Como lo argumentaré en el presente texto, estas decisiones administrativas, no susceptibles de recurso alguno y de ejecución inmediata, nacen del adelantamiento de procedimientos administrativos ultra sumarios que riñen con las garantías del derecho fundamental al debido proceso.

El ejercicio de esta competencia por parte de la autoridad migratoria, caracterizado por un amplio margen de discrecionalidad y carente de un control efectivo, es contrario a los derechos y principios previstos en la Constitución Política de Colombia y desconoce abiertamente la jurisprudencia que la propia Corte Constitucional colombiana ha proferido en la materia. Así mismo, esta actuación administrativa resulta contraria a los estándares internacionales en materia de debido proceso legal, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Para este propósito, el presente trabajo se desarrolla a partir de la siguiente estructura. En la primera parte sitúo las facultades sancionatorias de carácter migratorio y su marco normativo en el ordenamiento jurídico colombiano. En la segunda sección me concentro en el alcance del derecho fundamental al debido proceso administrativo en la adopción de decisiones sancionatorias migratorias y destaco los aspectos más relevantes de la jurisprudencia constitucional en este tipo de procedimientos. En esta sección presto especial atención a los llamados “otros eventos de expulsión”, así como a las consecuencias adversas que dichas decisiones acarrearán para los derechos de las personas migrantes y sus familias. Luego, en el tercer acápite, me enfoco en el contexto de la pandemia de la COVID-19 y cómo a partir de las medidas adoptadas por las autoridades para contener este virus emergieron nuevas situaciones capaces de activar la competencia sancionatoria de Migración Colombia. En cuarto lugar, presento unas consideraciones en relación con las llamadas “salidas voluntarias” y la anulación que este mecanismo representa para el derecho fundamental al debido proceso. Para finalizar, concluyo con algunas reflexiones sobre la fragilidad del derecho al debido proceso en procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio en el escenario colombiano, debilitamiento que ha sido jurídicamente blindado y profundizado a partir de la expedición del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), expedido por el Estado colombiano en el 2021.

1. Las competencias sancionatorias de Migración Colombia y su marco normativo: el origen de un problema

Colombia no cuenta con una ley que delimite el ámbito de acción de la autoridad migratoria en el adelantamiento de los procedimientos sancionatorios de su competencia. En el 2021 se expidió la Ley 2136^[2], conocida comúnmente como “ley migratoria”, la cual contiene algunas normas sobre sanciones migratorias. No obstante, la regulación de dichos procedimientos sancionatorios se ha reservado a actos administrativos expedidos por la rama ejecutiva del poder público, situación que aún hoy permanece inalterada. De hecho, las normas de la ley migratoria solo reprodujeron lo que ya estaba regulado mediante actos administrativos, omitiendo delimitar el margen de acción de la autoridad migratoria en el ejercicio de las competencias sancionatorias.

Una de las principales causas que explica la amplia discrecionalidad de Migración Colombia para la imposición de las sanciones en cuestión deriva, entre otras, de la ausencia de un marco normativo de ley que encuadre el ámbito de acción de la autoridad migratoria. Esto es así no solo porque es la propia autoridad migratoria que ejecuta las competencias sancionatorias la que se da su propio procedimiento, sino porque es precisamente esa normativa la que le atribuye un amplio margen de discrecionalidad para el ejercicio de tales facultades, la cual, en muchos casos, se traduce en arbitrariedad, como ha tenido oportunidad de advertirlo la Corte Constitucional colombiana.

Actualmente, en Colombia los asuntos relacionados con los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio se encuentran regulados en el Decreto 1067 del 2015^[3], que prevé las sanciones migratorias como las multas, las deportaciones y las expulsiones. Más allá de la enumeración de las sanciones y las correspondientes causales que trae el decreto, lo cierto es que en esta normativa no se contempla una descripción de las etapas mínimas que la autoridad migratoria debe agotar para la adopción de estas decisiones, las cuales impactan de manera muy significativa la vida de las personas migrantes y de sus núcleos familiares. Además del Decreto 1067, el marco normativo en materia sancionatoria migratoria está compuesto por la Resolución 2357 del 2020^[4],

- 2 L. 2136/2021, “Por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones”.
- 3 D. 1067/2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”.
- 4 Res. 2357/2019, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Por la cual se establecen los criterios para el cumplimiento de obligaciones migratorias y el procedimiento sancionatorio de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia”.

expedida por Migración Colombia. Como lo trabajaré más adelante en este texto, dicha resolución incluso desborda lo dispuesto en el Decreto 1067, al establecer nuevos procedimientos contrarios al derecho al debido proceso, como ocurre con las llamadas “salidas voluntarias”.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.11.7.6 del Decreto 1067, la autoridad migratoria tiene a su cargo el adelantamiento de los procedimientos de verificación migratoria “en relación con el ingreso y permanencia de los extranjeros en el país, así como con las visas que ellos portan, su ocupación, profesión, oficio o actividad que adelantan en el territorio nacional”. A la autoridad migratoria le compete también la imposición de las correspondientes sanciones de carácter migratorio previstas en el capítulo 13 del mencionado decreto, como consecuencia, precisamente, de la transgresión de las normas migratorias sobre ingreso y permanencia en territorio colombiano. Según el artículo 1.2.1.1 de este decreto, le corresponde a Migración Colombia ejercer las funciones de autoridad de vigilancia y control migratorio, “dentro del marco de la soberanía nacional y de conformidad con las leyes y la política que en la materia defina el Gobierno Nacional”.

La anterior consideración es especialmente patente en relación con las decisiones que se derivan de los llamados “otros eventos de expulsión”, que es uno de los aspectos a los que presto especial atención en este capítulo. El adelantamiento de dichos procedimientos administrativos, así como las correspondientes sanciones que a partir de allí se imponen, traen repercusiones supremamente gravosas para los derechos de las personas migrantes y de sus núcleos familiares. El marco normativo que describiré en la presente sección no es una cuestión formalista o de mera legalidad y muchos menos una cuestión marginal. Por el contrario, por las razones que planteo a continuación, afirmo que la manera como está regulada la materia es uno de los factores que explica la relación profundamente asimétrica que existe entre autoridad migratoria y persona migrante sancionada y el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales que esta última puede experimentar.

De acuerdo con lo dispuesto en el capítulo 13 del Decreto 1067, y según la gravedad de la falta cometida, las sanciones migratorias pueden ser de tres tipos: económicas, de deportación y de expulsión, siendo esta última la que reviste mayor gravedad. Por regla general, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1437 del 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA) los actos administrativos de carácter particular y concreto, incluidos los de carácter sancionatorio, se expiden mediante resolución motivada y admiten recursos en sede administrativa, los cuales se conceden en el efecto suspensivo. Esta es una garantía en cabeza de la persona destinataria de la sanción, pues hasta tanto no se resuelva el recurso administrativo en cuestión, la decisión no puede ser ejecutada.

En materia sancionatoria migratoria se prevén actos susceptibles de recursos y otros que no lo son, de acuerdo con el Decreto 1067. En este sentido, admiten recursos ante las propias autoridades administrativas las decisiones que imponen sanciones económicas, así como algunas de deportación y expulsión. Por oposición, existen otros eventos en los cuales no proceden los recursos en sede administrativa. Este es el caso de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.13.2 sobre “otros eventos de expulsión”, conforme a los cuales se impone sanción migratoria de expulsión al extranjero que, a juicio del director de Migración Colombia o sus delegados, realice actividades que

Atenten contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la tranquilidad social, la seguridad pública o cuando existan informaciones de inteligencia que indiquen que representa un riesgo para la seguridad nacional, el orden público, la seguridad pública, o la tranquilidad social. (Énfasis añadido)

El establecimiento de los eventos que dan lugar a una sanción, las sanciones que corresponden a cada conducta, así como los recursos disponibles para ejercer el control de tales decisiones, es un asunto cuya regulación debería estar reservada al legislador. Como lo he mostrado antes, en el ordenamiento jurídico colombiano este asunto ha estado concentrado en manos del poder ejecutivo, especialmente en la autoridad migratoria, quien vía resolución es la que ha desarrollado las previsiones generales que trae el Decreto 1067.

Conviene destacar el riesgo que representa para el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso el que la regulación de las formas del procedimiento administrativo sancionatorio esté prevista en un instrumento de carácter administrativo como este. No solo no ha sido el legislador el que ha fijado estas normas procedimentales que impactan el núcleo esencial del derecho al debido proceso administrativo, sino que estas han sido adoptadas por la propia autoridad migratoria que las aplica y que está obligada por dichas disposiciones. Lo anterior indica que la autoridad cuenta con un amplio espectro de discrecionalidad para darse su propio procedimiento, sin control o filtro de ninguna otra autoridad y que, además, Migración Colombia puede cambiar según sus propios intereses o necesidades.

El marco normativo descrito resulta particularmente problemático a la luz de las garantías del derecho fundamental al debido proceso previstas en la Constitución y desarrolladas por la Corte Constitucional, así como por lo dispuesto en la CADH sobre el debido proceso legal. Del análisis del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas migratorias me ocuparé en la siguiente sección.

2. El derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: un proceso en ciernes

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política colombiana, el debido proceso es un derecho fundamental aplicable a todas las actuaciones, tanto judiciales como administrativas, entre las que se encuentran los procedimientos sancionatorios de carácter migratorio a cargo de Migración Colombia. La Corte Constitucional ha emitido algunos pronunciamientos en los que ha delimitado el núcleo esencial de este derecho fundamental en los procedimientos sancionatorios migratorios. En esta sección abordo las cuestiones más relevantes del derecho al debido proceso administrativo en procedimientos sancionatorios migratorios, a la luz de los pronunciamientos que al respecto ha emitido la Corte Constitucional.

2.1. Las sanciones administrativas de carácter migratorio y su control por medio de la acción de tutela

La tutela⁵, en tanto procedimiento preferente y sumario para la defensa de los derechos fundamentales, es una vía judicial clave para la garantía del debido proceso, así como de otros derechos comprometidos en casos de imposición de sanciones migratorias. Aunque la jurisprudencia constitucional en la materia no ha sido abundante, sí ha sentado las bases del derecho al debido proceso administrativo cuando de decisiones sancionatorias de carácter migratorio se trata. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que la tutela es procedente para controvertir los actos administrativos que imponen sanciones a las personas migrantes⁶. Tal como se ha advertido en otros espacios:

La tutela ofrece unas potencialidades que hacen de ella una herramienta al alcance de personas, quienes, como los migrantes, tienen seriamente restringidas sus posibilidades de acceso a la justicia en el país de destino. En ese sentido, la tutela es un instrumento que facilita el acceso a la justicia y el control de las actuaciones de la administración, cuando justamente los

5 De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces colombianos la protección de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos sean vulnerados o amenazados, por acción u omisión, por parte de las autoridades, así como de los particulares. La acción de tutela debe ser decidida por el juez de conocimiento en un término máximo de 10 días hábiles y sus órdenes deben ser cumplidas "sin demora", en un término no superior a 48 horas, salvo que se disponga otra cosa.

D. 2591/1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

6 Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes sentencias: T-295 del 2018, T-500 del 2018, T-143 del 2019, T-530 del 2019 y su-397 del 2021.

mecanismos ordinarios de acceso a la justicia no están disponibles para estas personas, dado su estatus migratorio⁷.

La posibilidad de acceder a la acción de tutela para proteger el derecho al debido proceso, comprometido en procedimientos administrativos sancionatorios migratorios, es particularmente relevante en el caso de las personas migrantes en Colombia. Ello es así, toda vez que estas pueden acudir a la acción de tutela, de manera directa, sin que su estatus migratorio o su nacionalidad sean obstáculo alguno para acceder a la justicia. En la sentencia T-295 del 2018⁸, la Corte Constitucional recuerda que la tutela puede ser iniciada por cualquier persona, sea esta colombiana o extranjera, sin necesidad de que medie ciudadanía colombiana. Esto es clave porque permite la protección de los derechos de las personas migrantes, quienes justamente se caracterizan por no ser titulares de ciudadanía en el lugar de destino. Dicha protección se hace extensiva también a los migrantes en situación migratoria irregular, pues el criterio relevante para acudir a la justicia por medio de la tutela es únicamente la calidad de persona.

No ocurre lo mismo con otras acciones disponibles en el ordenamiento jurídico colombiano, como por ejemplo la nulidad y el restablecimiento del derecho (art. 138, CPACA), que es además el medio de control ordinario para controvertir los actos administrativos de carácter particular y concreto, como son precisamente las sanciones migratorias. De acuerdo con las normas pertinentes del CPACA, el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (JCA) para atacar un acto administrativo sancionatorio de esta naturaleza requiere, necesariamente, la representación de profesional del derecho, así como el agotamiento de la conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación⁹.

Estos requerimientos, que sin duda pueden ser de difícil cumplimiento para nacionales colombianos por los costos asociados al acceso a la justicia, son todavía más gravosos para las personas migrantes, especialmente

7 Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, "Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?". *Latin American Law Review*, N.º 05 (2020): 139-157, doi: <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.

8 C. Const., Sent. T-295 jul. 24/2018. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

En este caso la Corte concede el amparo del derecho al debido proceso de un migrante japonés, adulto mayor, quien a pesar de no dominar el idioma español no tuvo acceso al servicio de intérprete o traductor oficial. Este migrante fue sancionado con medida de deportación por permanencia irregular en el territorio colombiano, mediante un procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio que se surtió en menos de una hora.

9 La conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo es un mecanismo de solución de conflictos entre los particulares y el Estado, que debe adelantarse ante un procurador (agente del Ministerio Público), quien actúa como conciliador. Esta conciliación es requisito de procedibilidad para acudir a la JCA por los medios de control de nulidad y restablecimiento, reparación directa y controversias contractuales, en aquellos asuntos que sean conciliables, según lo dispuesto en el artículo 161 del CPACA.

cuando han tenido que salir del territorio como consecuencia de la sanción impuesta. Además, el uso de este medio de control para acudir a la JCA tiene un término de caducidad supremamente perentorio de cuatro meses. Todos estos factores explican la falta de idoneidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para garantizar la protección del derecho al debido proceso y, a su vez, justifican la procedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos sancionatorios en materia migratoria.

En esta dirección ha apuntado la Corte Constitucional al establecer que los actos administrativos sancionatorios en materia migratoria pueden ser dejados sin efectos por parte del juez de tutela, bien sea de forma transitoria o definitiva. En la sentencia T-295 del 2018, antes citada, la Corte Constitucional reitera que la tutela es un procedimiento preferente y sumario para la garantía de los derechos fundamentales, procedente cuando no hay otros mecanismos de defensa disponibles y que es de carácter subsidiario y excepcional. Es por ello que, en presencia de otros mecanismos disponibles, el juez constitucional debe establecer si resulta aplicable alguna de las excepciones que admiten la procedencia excepcional de la tutela. Al respecto, precisó la sentencia bajo análisis:

Entonces, en los asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación determina que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre que también se verifique la inmediatez en la interposición de la misma, a saber:

a. Que a pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio; y b. Que si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional precisó que en una eventualidad de deportación inmediata, como la que experimentó el migrante accionante, el mecanismo disponible de nulidad y restablecimiento del derecho no resultaba idóneo ni eficaz para lograr la protección del derecho invocado por el actor. Lo anterior, debido a que la medida de deportación, ejecutada de manera inmediata le impidió el acceso a la JCA, haciendo que operara la caducidad de la acción. Lo anterior pone de manifiesto que las decisiones sancionatorias migratorias que imponen la medida de deportación o expulsión, según el caso, acarrearán el abandono físico del territorio por parte de la persona migrante. Esto le impide al extranjero, *de facto*, el acceso a justicia en el país en el que ha sido sancionado y que ha tenido que abandonar de forma abrupta.

Estas reglas jurisprudenciales fueron reiteradas en la sentencia su-397 del 2021^[10], al reconocer que la idoneidad y eficacia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe estudiarse en cada caso, pues no puede asumirse, sin más, que los accionantes están en capacidad de acudir a la JCA para controvertir una decisión de Migración Colombia que ha dispuesto su expulsión o deportación. Por ello, debe valorarse, caso a caso, si: (1) la persona cuenta con medios económicos para contratar representación legal; (2) la decisión sancionatoria afecta la unidad familiar y, en particular, el derecho superior de los niños y las niñas; (3) la persona ha sido deportada o expulsada o se encuentra en riesgo inminente de serlo, y (4) por la condición de migrante, existe una particular desprotección frente a las presuntas conductas ejercidas en su contra. Estas, entre otras consideraciones, pueden ser justificación suficiente para que sea el mecanismo constitucional de la tutela, y no la nulidad y el restablecimiento del derecho, el camino para oponerse al acto administrativo sancionatorio y obtener la protección del derecho fundamental al debido proceso.

2.2. El derecho fundamental al debido proceso administrativo y las sanciones migratorias

En el marco de los procedimientos administrativos, el respeto de las garantías del debido proceso funge como una forma de contención del poder de las autoridades, el cual se impone unilateralmente en contra de los destinatarios de los actos administrativos. Entre las garantías de este derecho fundamental se encuentran: la posibilidad de conocer y comprender el trámite administrativo en el que la persona se encuentra involucrada; el adelantamiento del procedimiento en un tiempo razonable; la observancia de las formas propias del procedimiento de acuerdo con el principio de legalidad; la posibilidad de conocer la decisión y controvertirla mediante el ejercicio de los recursos respectivos, garantizando los derechos de contradicción y defensa, entre otros.

En tal sentido,

La Corte ha señalado que en todo proceso judicial o administrativo es constitucionalmente imperioso que la persona contra la cual se dirige un cargo o acusación pueda hacer frente a los reproches formulados en su contra y que los argumentos que presente se consideren en la respectiva actuación

10 C. Const., Sent. su 397, nov. 19/2021. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

En este caso la Corte estudia la expulsión colectiva de siete nacionales venezolanos, quienes hacen parte de un grupo de 59 personas, todas de nacionalidad venezolana, sancionados con expulsión durante el Paro Nacional del 2019, acusados de cometer actos vandálicos y poner en riesgo la "seguridad nacional".

judicial o administrativa, pues esto no solo sirve al interés individual del mismo, sino también al esclarecimiento de la verdad¹¹.

En relación con el debido proceso, la Corte Constitucional ha precisado que las garantías de este derecho se deben aplicar a las actuaciones sancionatorias de carácter migratorio, independientemente del estatus migratorio de la persona sancionada¹². La jurisprudencia constitucional ha advertido que los extranjeros sancionados deben ser vinculados de forma oportuna y adecuada al procedimiento y que la decisión administrativa debe estar plenamente fundamentada, con el fin de que la persona migrante sancionada pueda ejercer apropiadamente su derecho de defensa. La Corte Constitucional ha reconocido también que la discrecionalidad administrativa es limitada y que, en todo caso, esta se encuentra sometida al principio de legalidad, el cual debe fundar todas las decisiones que adopta la administración.

Así pues, las garantías propias del derecho fundamental del debido proceso no pueden verse menoscabadas en el adelantamiento de los procedimientos sancionatorios migratorios. Si bien es cierto que es deber de los extranjeros en Colombia “acatar la Constitución y la ley obedecer a las autoridades”, según lo dispuesto en artículo 4 de la Constitución, no es menos que, de acuerdo con la Carta, los migrantes tienen derecho a gozar de las mismas garantías que los nacionales colombianos, incluso si se encuentran en situación migratoria irregular. Esta consideración resulta muy relevante, si se tiene en cuenta que parte muy importante de las sanciones migratorias tienen que ver, precisamente, con el ingreso y la permanencia irregular en territorio colombiano. En tal sentido, en la sentencia T-295 del 2018, la Corte Constitucional precisa que

A la luz de los postulados constitucionales, ni el legislador ni las autoridades administrativas pueden “desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquellos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”¹³.

En la sentencia T-295 del 2018 que se viene analizando, la Corte Constitucional menciona las etapas que deben agotarse en el adelantamiento del procedimiento sancionatorio migratorio. Al respecto, se señala que este abarca las siguientes fases: inicio de la actuación administrativa; la

11 Sentencia T-295 del 2018.

12 Al respecto, véanse, entre otras, las siguientes sentencias: T-295 del 2018, T-500 del 2018, T-143 del 2019, T-530 del 2019 y SU-397 del 2021.

13 Sentencia T-295 del 2018.

formulación de los cargos; la presentación de descargos; el periodo probatorio; la presentación de alegatos de conclusión y la decisión. Así mismo, la jurisprudencia de este alto tribunal ha precisado que las actuaciones de las autoridades administrativas migratorias no pueden ser arbitrarias, muy a pesar de la potestad que les asiste a los Estados para establecer sus políticas migratorias:

Aunque los Estados tienen la potestad de fijar políticas migratorias en virtud del ejercicio de su soberanía esto no significa que están habilitados para desplegar actuaciones arbitrarias. Puesto en otros términos, *no están en discusión las facultades de las autoridades migratorias sobre la aplicación de sus procedimientos*, pero ello no implica que en el despliegue de los mismos se desconozcan las disposiciones de orden legal y constitucional que garantizan el derecho al debido proceso¹⁴.

Finalmente, en la sentencia bajo análisis, la Corte Constitucional recoge los aspectos centrales del derecho al debido proceso en materia de sanciones migratorias. Dado que estas consideraciones son neurálgicas para los propósitos del presente trabajo, las resumo brevemente a continuación: (1) todo procedimiento administrativo supone que la persona destinataria de la acusación pueda defenderse de los cargos que se le formulan; (2) toda persona tiene derecho a ser oída en un plazo razonable en los procedimientos administrativos que se adelanten contra ciudadanos extranjeros y que pueden culminar con la sanción de deportación (o expulsión); (3) en los procedimientos que culminan con medida de deportación (o expulsión) deben observarse las reglas del debido proceso y la garantía de la dignidad humana, independiente del estatus migratorio de la persona; (4) las autoridades administrativas migratorias no pueden adoptar decisiones sancionatorias “sin observar garantías mínimas o tomar decisiones que afecten derechos fundamentales como el debido proceso, la defensa y contradicción”; (5) toda persona “que no comprenda o hable con suficiencia el idioma en el que se adelanta la respectiva actuación, debe ser asistida gratuitamente por un traductor o intérprete para defender sus derechos y controvertir las decisiones que pueda afectarla”.

Esta comprensión del alcance del derecho al debido proceso, así como su aplicación a las actuaciones administrativas, han sido abiertamente desconocida mediante la normativa que creó e implementó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), que es el mecanismo de regularización migratoria adoptado por el Estado colombiano desde el 2021. Así, en la parte motiva, tanto del Decreto 216 del 2021^[15] como de la

14 Ibid.

15 D. 216/2021, “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”.

Resolución 971 del 2021^[16] que dieron nacimiento al ETPV, se prevé “que en materia sancionatoria administrativa, las garantías del debido proceso no tienen el mismo alcance que en el ámbito penal”. Esta afirmación se sustenta en la inclusión de un aparte de la sentencia C-616 del 2002, que versa sobre el procedimiento sancionatorio en materia tributaria¹⁷. Tanto el decreto como la resolución mencionados concluyen que “en el derecho administrativo sancionador las garantías del debido proceso deben *aplicarse de manera atenuada*, porque sus reglas van dirigidas a personas que tienen deberes especiales” (énfasis añadido).

Un análisis detallado de las cuestiones problemáticas que el ETPV presenta en materia de debido proceso desborda el alcance de este capítulo¹⁸. No obstante, aquí es inevitable hacer una breve referencia a estas afirmaciones que hace el Estatuto, las cuales minan peligrosamente el alcance de este derecho fundamental en las actuaciones sancionatorias de carácter migratorio. Lo primero es que la inclusión de una sección de jurisprudencia sobre sanciones tributarias no solo es cuestionable jurídicamente por su falta de pertinencia específica, sino porque con ello se intenta justificar las cuestiones violatorias del derecho al debido proceso que trae el decreto, así como la resolución que lo desarrolla.

En línea con lo que he venido argumentando a lo largo de este escrito, es necesario insistir en que las garantías del derecho al debido proceso no se atenúan en las actuaciones administrativas. Por supuesto que estas garantías no operan en el mismo sentido que en el proceso penal, pero esto no indica que puedan ser suprimidas. De acuerdo con la Constitución, así como la jurisprudencia constitucional que aquí he referenciado sobre casos específicamente relacionados con sanciones de carácter migratorio impuestas por Migración Colombia, es claro que las garantías del derecho fundamental al debido proceso sí resultan aplicables en estos procedimientos. Esto es así, incluso, cuando se trata de los llamados “otros eventos de expulsión”, cuyo análisis realizaré en la siguiente sección.

No se pone en duda que los extranjeros tienen “deberes especiales”, según se afirma en los considerandos del decreto y de la resolución, con

16 Res. 971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”.

17 El párrafo de la sentencia C-616 del 2002 citado dice: “La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías —quedando a salvo su núcleo esencial— en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”. C. Const., Sent. C-616, ago. 6/2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 Al respecto, véase: Gracy Pelacani, Carolina Moreno V., Laura Cristina Dib-Ayesta y Mairene Tobón Ospino, “Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. *Informes CEM. Informe 3-2021* (Bogotá: Centro de Estudios Migratorios, 2021), <https://bit.ly/3v4emFS>.

el propósito de justificar la atenuación del derecho al debido proceso. Precisamente, entre estos “deberes especiales” de los extranjeros está el de cumplir con las normas del ordenamiento jurídico colombiano, de acuerdo con el artículo 100 de la Carta, conforme al cual, además, los extranjeros en Colombia tienen los mismos derechos que los nacionales, salvo las excepciones que disponga la Constitución y la ley. Conviene recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma de rango constitucional ni legal que restrinja la aplicación del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas. Por el contrario, tanto la Carta como la Ley 1437 del 2011 (CPACA) incorporan de manera explícita la aplicación del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas. Finalmente, la eventual restricción de este derecho correspondería, únicamente, al constituyente o al legislador, no a las autoridades administrativas vía decreto y mucho menos mediante una resolución.

3. Las particularidades de los “otros eventos de expulsión” y el debido proceso

La observancia de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso es un claro límite al ámbito de discrecionalidad de la actuación de la autoridad migratoria. Ello es así, inclusive, frente a los procedimientos para la imposición de sanciones que devienen de los llamados “otros eventos de expulsión”. Sin embargo, es la adopción de las sanciones migratorias a partir de estas causales uno de los escenarios en los que se puede constatar con mayor nitidez la profunda fragilidad de las garantías del derecho al debido proceso en materia migratoria. De acuerdo con el artículo 35 de la Resolución 2357 del 2020 sobre procedimientos sancionatorios de Migración Colombia, estas decisiones se denominan “expulsión discrecional”.

Esta competencia normativa, además, ha sido entendida por la propia autoridad migratoria como un mecanismo que la habilita para la adopción de decisiones de expulsión que no requieren motivación, más allá de la enunciación de la norma que prevé tal competencia. Dicha consideración no solo resulta tremendamente lesiva del derecho fundamental al debido proceso y de las garantías que he descrito en el acápite anterior, sino que además ha sido explícitamente desestimada por la jurisprudencia constitucional. En efecto, mediante sentencia T-500 del 2018^[19], la Cor-

19 C. Const., Sent. T-500, dic. 19/2018. M. P. Diana Fajardo Rivera.

En este caso la Corte concede el amparo del derecho al debido proceso y a la unidad familiar de un médico cubano quien ejercía la profesión médica en Colombia con una credencial obtenida mediante una identificación falsa. El migrante había sido sancionado con decisión de expulsión, por ser considerado un riesgo para la seguridad nacional. La sentencia deja sin efecto la resolución de expulsión y la prohibición de ingreso al territorio nacional.

te Constitucional advirtió a la autoridad migratoria que sus decisiones sancionatorias no pueden ser adoptadas mediante el desconocimiento de las reglas jurisprudenciales del debido proceso, incluso si se trata de los “otros eventos de expulsión”.

Esta sentencia es supremamente pertinente en el presente análisis, ya que en dicha oportunidad la Corte Constitucional estudió el reproche que se hacía contra una decisión de expulsión adoptada por Migración Colombia con fundamento en el riesgo para la “seguridad nacional”, a partir de los “otros eventos de expulsión”. Para la Corte Constitucional, la discrecionalidad administrativa no puede ser arbitrariedad: “la discrecionalidad que en estos eventos persigue el restablecimiento del orden público no es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con el ejercicio de una atribución irrazonable o arbitraria”.

Esta regla sobre la naturaleza de los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio fue reiterada explícitamente en sentencia su-397 del 2021, en los siguientes términos:

La Corte ha precisado que, conforme a lo establecido en el artículo 100 de la Carta y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, *la discrecionalidad del Estado para crear los procedimientos y definir la situación migratoria del extranjero, no puede entenderse como una potestad arbitraria exógena al Estado constitucional*. (Énfasis añadido)

La competencia sancionatoria a partir de los “otros eventos de expulsión” es especialmente relevante por los riesgos que representa para el derecho al debido proceso de la persona migrante destinataria de la sanción. Al amparo de tales causales, previstas mediante resolución que la propia autoridad migratoria expide, Migración Colombia se habilita a sí misma para la expedición de actos administrativos sancionatorios a partir del adelantamiento de procedimientos ultra sumarios. Estos trámites administrativos concluyen con la expedición de decisiones de ejecución inmediata, no susceptibles de recurso alguno ante la autoridad que los ha expedido y supremamente lesivos de los derechos de las personas migrantes y de sus núcleos familiares.

La experiencia acumulada de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes en esta materia indica que, en muchos casos, dichas actuaciones se llevan a cabo en tiempos muy breves y sin el agotamiento de las distintas etapas del procedimiento previo a la sanción. Además, estos procedimientos concluyen con la expedición de una resolución carente de motivación real y suficiente, en la que escasamente se enuncia la competencia normativa de Migración Colombia para expedir el acto, sin un análisis de las pruebas disponibles en el expediente administrativo correspondiente. La relevancia de la motivación de las decisiones sancionatorias de carácter migratoria, incluso frente a actos que versan sobre los

“otros eventos de expulsión”, fue puesta de manifiesto nuevamente por la Corte Constitucional en la sentencia su-397 del 2021 al indicar que

La motivación de las decisiones es una de las facetas del derecho fundamental al debido proceso, cuya satisfacción no se reduce a la presentación de argumentos ligados a la aplicación formal de las normas, sino que, por el contrario, exige la exposición de razones suficientes que expliquen de manera clara, detallada y precisa el sentido de la determinación adoptada.

El ejercicio de esta amplia competencia administrativa sancionatoria, sin la correlativa garantía de debido proceso y derecho a la defensa del extranjero sancionado, resulta tremendamente gravoso. Ello es así, si se tiene en cuenta que esta competencia va de la mano de la posibilidad de conducir y detener a la persona migrante bajo verificación migratoria y destinataria de la medida de expulsión. Al respecto, el artículo 2.2.1.13.3.2 del Decreto 1067 del 2015 sobre conducción de extranjeros, establece que “El extranjero que sea objeto de un trámite de deportación o expulsión, *podrá ser retenido preventivamente hasta por treinta y seis (36) horas y/o sometido a vigilancia o custodia por las autoridades migratorias hasta que la medida se haga efectiva*” (énfasis añadido).

Esta disposición normativa supone una privación de la libertad por parte de autoridades administrativas que no cuenta con un límite temporal claro, en cuanto puede extenderse indefinidamente hasta que la medida se haga efectiva, según lo establece la norma. Además, dicha disposición tampoco prevé requisitos precisos para ejecutar dicha “retención” que, por ejemplo, disponga el control judicial de tal decisión. Mantener a la persona migrante privada de su libertad, sin contacto con sus familiares o sin poder acceder a un abogado/a que represente sus intereses, además de la ejecución inmediata de la expulsión o deportación del territorio, implica una supresión absoluta del derecho de defensa y de acceso a la justicia que asisten a toda persona en Colombia, incluidas las extranjeras.

La forma de proceder de la autoridad migratoria en la expedición de actos administrativos sancionatorios, especialmente cuando estos devienen de los llamados “otros eventos de expulsión” o “expulsión discrecional”, no solo supone un franco desconocimiento de los principios del ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia constitucional en la materia. Estas decisiones administrativas, así como la regulación normativa que las sustenta, resultan contrarias también a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano en materia de debido proceso legal del artículo 8.1, así como del derecho a un recurso idóneo, efectivo y rápido del artículo 25.1 de la CADH²⁰.

20 Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha extendido las garantías del debido proceso a cualquier procedimiento en el que se decidan los derechos de las personas, no solo los de tipo judicial, sino también las actuaciones administrativas²¹. En este sentido, la Corte IDH ha entendido que cuando la CADH prevé el derecho de toda persona a ser oída ante un juez o tribunal para la determinación de sus derechos, ha de entenderse que esta expresión cubija a toda autoridad, siempre que a partir de su decisión se definan derechos y obligaciones de las personas. El ejercicio de esta función materialmente jurisdiccional, como lo es precisamente la decisión sobre abandono del territorio por parte de la persona migrante sancionada, vía “expulsión discrecional”, requiere, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, su apego a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la CADH.

Por ejemplo, en el caso *Wong Ho Wing c. Perú*, la Corte IDH sentó que

en procesos tales como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el artículo 8 de la Convención²².

Estos procedimientos administrativos sumarios y las decisiones carentes de motivación sustancial que de allí se derivan, además de desconocer lo dispuesto en el artículo 8 de la CADH sobre debido proceso legal, también riñen con lo previsto en el artículo 25 sobre el acceso a un recurso idóneo, efectivo y rápido.

Si bien en principio la persona migrante sancionada puede acudir a la JCA mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la legalidad del acto y obtener la reparación del perjuicio sufrido, lo cierto es que este mecanismo judicial termina siendo ilusorio. Según lo describí antes en este capítulo, la persona migrante destinataria de la decisión de expulsión, especialmente cuando se deriva de la mal llamada “expulsión discrecional”, es obligada a abandonar súbitamente el territorio colombiano, impidiendo así el acceso real y efectivo a la justicia. Para estas personas, una vez fuera de territorio colombiano, resulta muy difícil, cuando no imposible, acceder a los servicios legales de asesoría

21 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero del 2001. Serie C, N.º 71, Párrafo 71; Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón c. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1.º de julio del 2011. Serie C, N.º 227, párrafo 115.

22 Corte IDH. Caso *Wong Ho Wing c. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio del 2015. Serie C, N.º 297. Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre del 2013. Serie C, N.º 272.

y representación de un abogado/a profesional, lo cual es requisito para el adelantamiento de este proceso judicial.

Este argumento de barreras para el acceso a la justicia vale incluso para el escenario de la acción de tutela, pues a pesar de que es expedito y que no requiere la representación de abogado para su ejercicio, el abandono físico del territorio es, *per se*, una barrera que obstaculiza el acceso a la justicia. La cuestión no es ni siquiera de fondo para determinar el mecanismo judicial idóneo para la garantía de los derechos de la persona migrante expulsada. La persona migrante sancionada se encuentra fuera del territorio nacional, separada de su familia y de la red que pudo haber construido en el país de destino. Ello hace que las posibilidades de acceder a la justicia se vean completamente anuladas, situación que resulta más compleja si se tiene en cuenta que tampoco existió la posibilidad de discutir la decisión administrativa ante la propia autoridad que la expidió. Así, se trata de un marco normativo que suprime el ejercicio del derecho al debido proceso legal y el acceso a la justicia mediante un recurso efectivo, pues no hay tal.

La actuación administrativa bajo los supuestos de “otros eventos de expulsión” no solo conlleva la afectación del derecho fundamental al debido proceso, sino también de otros derechos como el de la unidad familiar. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la autoridad migratoria, previamente a la adopción de la decisión, debe analizar el entorno familiar de la persona migrante destinataria de la sanción administrativa. Cuando estas decisiones sancionatorias de carácter migratorio no tienen en consideración las condiciones personales y familiares de la persona expulsada o deportada, en particular cuando allí hay menores de edad, la resolución administrativa adolece de un vicio de ilegalidad suficiente para la anulación del acto administrativo sancionatorio, en cuanto violatorio del debido proceso²³.

23 C. Const., Sent. T-530, nov. 12/2019. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

En esta sentencia la Corte Constitucional concede la protección de los derechos al debido proceso y a la unidad familiar de un menor colombiano, hijo de un migrante cubano con estatus migratorio regular en territorio colombiano, quien fue cobijado con una medida de deportación. El acto administrativo sancionatorio se adoptó a partir de una posible falsedad en el registro civil de matrimonio, que le había permitido al padre del menor acceder a una visa y permanecer de manera regular en territorio colombiano. El migrante de nacionalidad cubana instaura la tutela en nombre de su hijo, solicitando la protección de su derecho al debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella.

Otras sentencias de la Corte Constitucional sobre unidad familiar en materia de sanciones migratorias son: sentencia T-500 del 2018 y su-397 del 2021.

En el ámbito interamericano, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Familia Pacheco Tineo c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre del 2013, Serie C, N.º 272 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto del 2014, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Dicho de otro modo, la evaluación concreta y previa del entorno familiar de la persona migrante sancionada es un requisito ineludible cuando hay hijos/as menores de edad de por medio. Esto es así toda vez que la decisión en cuestión puede lesionar los derechos de los niños y las niñas, debido a la fractura física del núcleo familiar, producto de la orden de abandono del territorio nacional y de la prohibición de ingreso. Así pues, la Corte Constitucional ha reconocido el efecto adverso que estas decisiones administrativas trae para los derechos de los menores de edad, los cuales terminan comprometidos con la separación *de facto*, producto de la expulsión o deportación. Lo anterior, a su vez, resulta contrario al interés superior del menor de edad, que las autoridades deben preservar, y la prevalencia de sus derechos en el ordenamiento jurídico colombiano. En breve, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la unidad familiar no solo es un derecho del que gozan los hijos e hijas de personas migrantes sometidas a procedimientos sancionatorios migratorios. La unidad familiar es también un presupuesto del derecho al debido proceso administrativo, el cual debe irradiar el adelantamiento de estos procedimientos sancionatorios.

4. Las decisiones administrativas de contención de la covid-19 y el surgimiento de nuevas situaciones de expulsión

Tan pronto como las autoridades colombianas comenzaron a adoptar las decisiones administrativas orientadas a contener la propagación del virus covid-19, se evidenciaron las dificultades de la población migrante en situación de vulnerabilidad para cumplir con las medidas de confinamiento estricto y obligatorio que estuvieron vigentes por varios meses. Esta época de pandemia se caracterizó, además, por los desalojos que afectaron de manera especial a las personas migrantes y refugiadas venezolanas, empobrecidas por las medidas de confinamiento. Así mismo, los albergues y lugares de acogida para las personas migrantes fueron cerrados de forma temprana e intempestiva. Todos estos factores incrementaron la población migrante y refugiada en situación de calle, que se vio en imposibilidad de cumplir las medidas de cuarentena. Este contexto afectó de manera especial y desproporcionada a la población migrante en situación migratoria irregular, toda vez que estas personas se hallaban particularmente expuestas a la imposición de sanciones administrativas de carácter migratorio, como las deportaciones y expulsiones, debido al incumplimiento de las medidas de confinamiento obligatorio adoptadas por las autoridades.

Las facultades de verificación migratoria en cabeza de Migración Colombia no menguaron en vigencia de las cuarentenas decretadas para

contener la propagación de la covid-19. La imposibilidad de cumplir con el confinamiento obligatorio, así como la situación de calle en la que se encontraron muchas personas migrantes y refugiadas desalojadas, las expuso a incurrir en conductas que configuran eventos de infracción migratoria. Además, en tiempos de la covid-19 emergió con crudeza una perversa asociación entre población migrante y criminalidad, por una parte, y población migrante y foco de contagio y propagación de virus, por otra. Esta relación, promovida en muchos casos desde la propia institucionalidad²⁴, no solo fomenta la xenofobia y la discriminación en contra de las personas migrantes y refugiadas en Colombia²⁵, sino que se traduce, a su vez, en terreno fértil para sustentar la imposición de las medidas sancionatorias de expulsión a partir de los llamados “otros eventos de expulsión”, aduciendo razones de seguridad nacional, salud pública u orden público²⁶.

En efecto, en los momentos más agudos de la pandemia en el 2020, la autoridad migratoria colombiana, en vista del incremento de los retornos de las personas hacia Venezuela y de las aglomeraciones que se estaban presentando en los municipios de frontera, emitió un comunicado oficial en el que recordó a la población migrante su deber de cumplir con las medidas de cuarentena obligatoria, so pena de las sanciones migratorias correspondientes²⁷. En esta oportunidad no solo se reiteró la posibilidad

24 Algunos pronunciamientos de la entonces alcaldesa de Bogotá, Claudia López, son ilustrativos en este sentido. En un evento público, la mandataria declaró: “Yo no quiero estigmatizar, ni más faltaba, a los venezolanos, pero hay unos inmigrantes metidos en criminalidad que nos están haciendo la vida de cuadritos. Aquí, el que venga a ganarse la vida decentemente, bienvenido; pero el que venga a delinquir deberíamos deportarlo sin contemplación”. Esta declaración fue ampliamente difundida por redes sociales y medios de comunicación, entre los que destacan la cuenta oficial de Twitter de la Alcaldía, así como la cuenta personal de la mandataria.

Alcaldía de Bogotá, “No quiero estigmatizar a los venezolanos, pero hay unos que en serio nos están haciendo la vida de cuadritos. Aquí el que venga a trabajar bienvenido sea, pero el que venga a delinquir deberíamos deportarlos inmediatamente: alcaldesa @ClaudiaLopez”, Twitter, 29 de octubre, 2020, <https://bit.ly/3v2BleV>.

Sobre otros comentarios realizados por la mandataria distrital, véase: “Claudia López vuelve a discriminar a los venezolanos en Colombia”, *El Nacional*, 9 de noviembre del 2020, <https://bit.ly/3I5puVWL>.

25 Al respecto, véase el análisis del Barómetro de Xenofobia, dado a conocer por la organización El Derecho A No Obedecer, el cual advirtió sobre el aumento de las publicaciones xenófobas, luego del pronunciamiento realizado por la alcaldesa de Bogotá, Claudia López, antes citado. El Barómetro de Xenofobia es una plataforma que sistematiza, analiza y difunde como información pública el resultado del análisis de las conversaciones en Twitter; páginas web y medios de comunicación sobre la población migrante venezolana en Colombia. De acuerdo con los datos de la plataforma, el trino mencionado generó múltiples alertas dado que aumentaron las publicaciones xenofóbicas en un 918 % en Bogotá, con respecto al día anterior; mientras que en las otras ciudades fue: del 900 % en Cúcuta, del 376 % en Cali, del 300 % en Barranquilla y del 250 % en Medellín.

El Derecho A No Obedecer: “El asesinato de Oswaldo Muñoz ayer en @transmilenio y las declaraciones de @ClaudiaLopez estimularon el crecimiento en un 83% de las conversaciones xenofobas a nivel nacional. ¿Cómo impactan las declaraciones de funcionarios públicos la conversación sobre xenofobia?”, Twitter, 30 de octubre, 2020, <https://bit.ly/3H4AKRM>.

26 Al respecto, véase, por ejemplo: “Más de 40 extranjeros han sido expulsados por no cumplir aislamiento”, *El Tiempo*, 20 de marzo del 2020, <https://bit.ly/3s3W99l>.

27 “Comunicado oficial 11 de abril de 2020”, *Unidad Administrativa Especial Migración Colombia*, acceso el 23 de mayo del 2021, <https://bit.ly/3AtdRok>.

de sanción para las personas migrantes, sino también para las empresas transportadoras que prestaban el servicio de traslado de las personas venezolanas hacia la zona de frontera y que no cumplieran con la obligación de reportar el listado completo de pasajeros a través del Sistema de Información de Registro de Extranjeros (SIRE) de Migración Colombia. El comunicado de Migración Colombia señaló:

Es importante recordar que en estos momentos, tal y como lo ordenó el señor Presidente de la República y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional y administraciones locales, todo el país se encuentra en un periodo de aislamiento obligatorio, con el fin de evitar la propagación del COVID-19.

Estas medidas sanitarias, que restringen la movilidad de personas no solo dentro de las ciudades, sino también por carretera, son aplicadas tanto para ciudadanos nacionales como extranjeros, en aras de proteger la salud de todas las personas que se encuentran en territorio nacional.

Los ciudadanos que sean sorprendidos incumpliendo la medida de aislamiento obligatorio, indistintamente a su nacionalidad, serán sujetos de sanciones administrativas y penales por parte de las autoridades colombianas.

Luego, mediante la Resolución 1265 del 2020^[28], sobre retorno de los nacionales venezolanos desde Colombia y hacia Venezuela, expedida por Migración Colombia, se previó que “Los extranjeros de nacionalidad venezolana que voluntariamente retornen a su país, no serán objeto de medida sancionatoria alguna, aun cuando se encuentre en situación migratoria irregular”. A pesar de que la resolución en comento indica que las personas que retornen “voluntariamente” no serían objeto de sanciones migratorias, aun si se encuentran en situación migratoria irregular, esto no excluye la posibilidad siempre latente de una eventual sanción administrativa. Esto se debe a que el proceso de retorno puede tomar días y no siempre ocurre de forma inmediata. Muchas personas migrantes debieron esperar incluso varios días antes de poder partir hacia zona de frontera debido a las aglomeraciones en estos municipios²⁹. Otras tantas

28 Res. 1265/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Por el cual se establecen las acciones institucionales para el retorno voluntario de migrantes venezolanos a la República Bolivariana de Venezuela”.

29 Sobre el particular, el director de Migración Colombia, Juan Francisco Espinosa, señaló “[...] que debido a las restricciones impuestas por Venezuela para el retorno de sus nacionales, este proceso podría tomar hasta más de 6 meses”. De acuerdo con la nota publicada el 16 de junio del 2020 en el sitio web de Migración Colombia, “[...] serían más de 24 mil los migrantes venezolanos que estarían a la espera, en diferentes ciudades del país, de que se habilite el paso hacia Venezuela por los corredores humanitarios. De esta cifra, más de 15 mil se encontrarían en la ciudad de Bogotá, 8 mil en la costa Caribe, más de 3 mil en Antioquia, cerca de mil en Cali, al igual que en Ipiales y Bucaramanga. Respecto al número de migrantes que se encuentran represados en zona de frontera, el Director de Migración Colombia aclaró que son cerca de 800 los que permanecen en Norte de Santander y 100 en Arauca, por lo que el tránsito de buses hacia estas regiones está restringido

lo hacen caminando y no en transporte terrestre. Esto indica que muchas personas migrantes y refugiadas pudieron exponerse a recibir una sanción por desatender las medidas de confinamiento estricto, sin que se configure a su favor una situación de retorno que excluyera la posibilidad de recibir la correspondiente sanción.

En breve, la imposibilidad de cumplir con las medidas de confinamiento, en unos casos, o de conseguir medios de vida para permanecer en Colombia en tiempos de COVID, en otros, emergieron como nuevos supuestos de hecho para la imposición de sanciones migratorias a partir de los “otros eventos de expulsión”. Como lo he advertido a lo largo de este texto, dichos supuestos normativos son supremamente proclives a la arbitrariedad de la autoridad administrativa. Además, en este particular contexto de pandemia, resultaron ser un escenario de sanción especialmente gravoso para la población migrante más vulnerable, debido a su situación de pobreza y estatus migratorio irregular.

5. Las salidas voluntarias y la dilución silenciosa del derecho al debido proceso

Antes de concluir este trabajo, considero importante hacer una breve referencia a lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Resolución 2357 del 2020, en el que se incorporan las llamadas “salidas voluntarias”. Según esta norma, las salidas voluntarias son la manifestación de voluntad que hace la persona migrante en situación irregular de abandonar el territorio por sus propios medios, luego de realizada su verificación migratoria, evitando así el inicio de un procedimiento sancionatorio en su contra. A pesar de que este mecanismo se apellida voluntario, allí existe una relación de verticalidad entre autoridad migratoria, por una parte, y persona migrante, por otra, que deja poco margen para la voluntariedad.

En el marco de la “salida voluntaria”, la autoridad migratoria evidencia la configuración de una causal que amerita una eventual sanción administrativa de carácter migratorio, frente a la cual podría imponerse una medida de deportación o expulsión. Resulta bastante cuestionable la voluntariedad que supuestamente soporta este tipo de diligencias. Esto es así, debido a la relación de subordinación en la que se encuentra la persona migrante en situación irregular, quien se ve compelida a suscribir el

hasta que se logre evacuar buena parte de los mismos. Esto con el fin de evitar represamientos que pongan en riesgo a los migrantes y las comunidades”. “Retorno de venezolanos a su país tomaría hasta 6 meses debido a las restricciones de Venezuela: Director de Migración Colombia”, *Migración Colombia*, 16 de junio del 2020, acceso el 23 de mayo del 2021, <https://bit.ly/30AlXid>.

Véase también: “En frontera de Cúcuta hay represamiento por migrantes caminantes y retornados en buses”, *Proyecto Migración Venezuela*, 1.º de junio del 2020, acceso el 23 de mayo del 2021, <https://bit.ly/359d9SD>.

acuerdo voluntario para evitar una eventual sanción. Esta relación asimétrica se ve agravada por, al menos, dos razones. Por una parte, debido a la falta de información suficiente sobre la decisión que la persona migrante está tomando y sus implicaciones. Por otra parte, porque se suscribe de forma muy expedita y sin asistencia legal oportuna que oriente a la persona migrante en la toma de esta decisión.

Por tanto, aunque la verificación migratoria sigue siendo el mecanismo para identificar a las personas extranjeras en situación irregular en Colombia, se acude a las “salidas voluntarias”, las cuales facilitan el abandono del territorio nacional de estas personas sin la necesidad de agotar los procedimientos administrativos sancionatorios que concluyen con medida de deportación o expulsión. Ello implica que el ingreso o la permanencia irregular de personas migrantes en territorio colombiano se puede resolver de una forma aún más expedita y sumaria que los procedimientos administrativos sancionatorios como los derivados de los “otros eventos de expulsión”. Esta disposición socava gravemente el derecho fundamental al debido proceso puesto que, sencillamente, no se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio que concluye en la expedición de un acto administrativo que dispone el abandono del territorio. En ausencia de acto administrativo, que es el que puede ser controvertido mediante los mecanismos legales disponibles, no hay lugar a la iniciación de ningún instrumento, ni administrativo ni judicial, para atacar la manifestación de “salida voluntaria”.

Dicho de otro modo, las salidas voluntarias suponen la supresión de las garantías propias del debido proceso y son, peligrosamente, terreno fértil para estimular la expulsión *de facto* de las personas migrantes en situación irregular en territorio colombiano. Esta constatación es de la mayor importancia, si se tiene en consideración que, durante los años 2020 y 2021, el porcentaje de nacionales venezolanos en Colombia en situación migratoria irregular superó el de aquellos con estatus regular. Finalmente, aquellos reparos que señalé en la primera sección de este trabajo sobre el marco normativo en materia migratoria resultan aplicables en relación con la norma que dispone las salidas voluntarias. Esta manifestación sobre “el interés en abandonar el país” no está prevista en una ley y tampoco lo está en el Decreto 1067 del 2015. La “salida voluntaria” está contemplada en un acto administrativo de carácter general, expedido por la propia autoridad migratoria que lo aplica. Vía resolución, y a su justa medida, Migración Colombia es la que determina el alcance del derecho fundamental al debido proceso, el cual, sin duda, se encuentra cada vez más diluido en materia migratoria.

Conclusiones reflexivas

En el presente capítulo he explorado el alcance del derecho al debido proceso en materia de sanciones administrativas de carácter migratorio en el contexto colombiano. Para este propósito enmarqué normativamente las competencias sancionatorias en cabeza de Migración Colombia y describí las garantías del derecho fundamental al debido proceso a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Corte IDH, con especial énfasis en los llamados “otros eventos de expulsión”.

A partir de este análisis, es claro entonces que el debido proceso es un derecho fundamental de obligatoria aplicación en los procedimientos administrativos sancionatorios, como lo son los migratorios. Las garantías de este derecho fundamental deben ser preservadas, incluso en las decisiones que se derivan de los “otros eventos de expulsión”. Aunque estas decisiones se originen en una competencia discrecional y en virtud del principio de soberanía del Estado, siguen estando sometidas al principio de legalidad y no pueden desconocer el núcleo esencial del derecho al debido proceso.

En particular, en aquellas situaciones que surgen en los “otros eventos de expulsión”, la amplia discrecionalidad para la toma de la decisión administrativa sancionatoria migratoria, aunada a la ausencia de control administrativo de dichos actos, son muestra de un diseño normativo que resulta supremamente cómodo para la actuación de la autoridad, pero tremendamente adverso para los derechos de las personas migrantes sujetas a sanciones administrativas y sus núcleos familiares. Este diseño normativo y las decisiones administrativas que de allí se derivan riñen con los postulados constitucionales y legales y con la jurisprudencia constitucional en materia de debido proceso. También son contrarios a lo dispuesto en la CADH, así como a la jurisprudencia de la Corte IDH en lo que se refiere al debido proceso legal del artículo 8.1.

Como lo ha establecido de forma pacífica y reiterada la jurisprudencia constitucional colombiana, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, el debido proceso es un derecho fundamental que se aplica a todas las actuaciones administrativas y la discrecionalidad administrativa, aunque amplia, no puede ser una excusa para la arbitrariedad. Esta regla jurisprudencial ha sido recogida nuevamente en la sentencia SU-397 del 2021, en la que la Corte ha dejado claro que, en nombre de la “seguridad nacional” y bajo el amparo de los “otros eventos de expulsión”, no pueden suprimirse las garantías de este derecho fundamental del que gozan los extranjeros presentes en Colombia, independientemente de su nacionalidad y de su estatus migratorio.

Por todo lo anterior, Colombia requiere un marco normativo, de orden legal y no administrativo, que fije unas fronteras claras que encausen la

acción administrativa de la autoridad migratoria para la adopción de las decisiones sancionatorias, especialmente en las mal llamadas “expulsiones discrecionales”. El marco normativo actual no está en armonía con los postulados constitucionales y legales del derecho al debido proceso administrativo. Mucho menos lo está cuando se hace uso intensivo de las “salidas voluntarias”, que es una vía que impide el ejercicio de las garantías del debido proceso administrativo. Lo anterior da cuenta de la profunda fragilidad que caracteriza el derecho fundamental al debido proceso en las actuaciones administrativas de carácter migratorio en el contexto colombiano, la cual ha sido peligrosamente profundizada a partir de la expedición del ETPV, en el cual se establece, de manera explícita, que el derecho al debido proceso en materia administrativa tiene un alcance de protección menor.

Referencias

- Alcaldía de Bogotá, “No quiero estigmatizar a los venezolanos, pero hay unos que en serio nos están haciendo la vida de cuadritos. Aquí el que venga a trabajar bienvenido sea, pero el que venga a delinquir deberíamos deportarlos inmediatamente: alcaldesa @ClaudiaLopez”, *Twitter*, 29 de octubre, 2020, <https://bit.ly/3v2BIeV>.
- “Claudia López vuelve a discriminar a los venezolanos en Colombia”, *El Nacional*, 9 de noviembre del 2020. <https://bit.ly/3I5puWL>.
- “Comunicado oficial 11 de abril de 2020”. *Unidad Administrativa Especial Migración Colombia*. <https://bit.ly/3AtdRok>.
- El Derecho A No Obedecer, “El asesinato de Oswaldo Muñoz ayer en @transmilenio y las declaraciones de @ClaudiaLopez estimularon el crecimiento en un 83% de las conversaciones xenófobas a nivel nacional. ¿Cómo impactan las declaraciones de funcionarios públicos la conversación sobre xenofobia?”, *Twitter*, 30 de octubre del 2020. <https://bit.ly/3H4AKRM>.
- “En frontera de Cúcuta hay represamiento por migrantes caminantes y retornados en buses”. *Proyecto Migración Venezuela*, 1.º de junio del 2020. <https://bit.ly/359d9SD>.
- “Más de 40 extranjeros han sido expulsados por no cumplir aislamiento”, *El Tiempo*, 20 de marzo del 2020. <https://bit.ly/3s3W99l>.
- Moreno V., Carolina y Gracy Pelacani. “Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?”. *Latin American Law Review*, N.º 05 (2020): 139-157. doi: <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.
- Pelacani, Gracy, Carolina Moreno V., Laura Cristina Dib-Ayesta y Mairene Tobón Ospino. “Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. *Informes CEM. Informe 3-2021*, Bogotá: Centro de Estudios Migratorios, 2021. <https://bit.ly/3v4emFS>.
- “Retorno de venezolanos a su país tomaría hasta 6 meses debido a las restricciones de Venezuela: Director de Migración Colombia”. *Migración Colombia*, 16 de junio del 2020. <https://bit.ly/30AlXid>.

Jurisprudencia

- C. Const., Sent. T-295, jul. 24/2018. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- C. Const., Sent. T-500, dic. 19/2018. M. P. Diana Fajardo Rivera.
- C. Const., Sent. T-143, mar. 29/2019. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- C. Const., Sent. T-530, nov. 12/2019. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- C. Const., Sent. su-397, nov. 19/2021. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- C. Const., Sent. C-616, ago. 6/2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 71.
- Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón c. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1.º de julio del 2011. Serie C, N.º 227.
- Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre del 2013. Serie C, N.º 272.
- Corte IDH. Opinión Consultiva oc-21/14, 19 de agosto del 2014, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
- Corte IDH. Caso Wong Ho Wing c. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio del 2015. Serie C, N.º 297.

Normas

- D. 2591/1991.
- D. 1067/2015.
- D. 216/2021.
- L. 1437/2011.
- L. 2136/2021.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Res. 2357/2019, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res. 1265/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res. 971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

El refugio en Colombia para la población venezolana: entre pocas solicitudes y muchos menos reconocimientos

Gracy Pelacani

Resumen

La región latinoamericana acoge el más alto número de nacionales venezolanos que han dejado su país en los últimos cinco años. Sin embargo, la necesidad de protección internacional de dicha población no ha sido reconocida, tal y como lo demuestra el bajo número de reconocimientos de la condición de refugiado en la región, con la excepción del caso de Brasil. En este texto se argumenta que Colombia no es ajena a esta tendencia regional, siendo el país que más acoge a nacionales venezolanos en el ámbito global, pero donde los reconocimientos de la condición de refugiado son muy escasos. Por tanto, se analiza a profundidad el sistema de refugio colombiano y se ponen de manifiesto sus falencias. Estas se han hecho todavía más evidentes durante la pandemia de la COVID-19 y con la adopción del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV). Se concluye afirmando que la reforma del sistema de refugio es urgente e inaplazable.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.671>

Introducción

La crisis humanitaria compleja, grave y multidimensional que está atravesando la República Bolivariana de Venezuela ha sido identificada como una de las causas determinantes del desplazamiento y la salida del país de miles de sus nacionales¹. Ante las violaciones a los derechos civiles, políticos, económicos y sociales que se documentan, las vulneraciones a los derechos a la alimentación y a la salud se identifican como algunos de los factores principales que impulsan esta migración². En especial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) concluyó que “los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, reunión y libertad de expresión, especialmente en el contexto de su respuesta a las manifestaciones, protestas sociales y expresiones de disenso”³ se han visto sistemáticamente vulnerados.

Ante esta situación, se calcula que de los 7 100 100 de nacionales venezolanos que han salido de Venezuela a septiembre del 2022, según datos de la Plataforma de Coordinación para Migrantes y Refugiados de Venezuela (R4V)⁴, cerca de 5 960 000 se encuentran en países de América Latina y el Caribe. Colombia, Perú, Ecuador, Chile y Brasil son los Estados que

- 1 “CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos”, CIDH, 8 de mayo del 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.
- 2 ONU. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), *Venezuela: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, 4 de julio del 2019, párr. 70, <https://www.refworld.org/es/docid/5d1e31224.html>.
- 3 *Ibid.*
- 4 “Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, ACNUR y OIM, <https://data2.unhcr.org/es/situations/platform>. Los datos reportados por la plataforma corresponden a la suma de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo venezolanos reportados por los Gobiernos anfitriones. Por tanto, son cifras aproximadas y cuya actualización depende los Gobiernos.

más acogen a nacionales venezolanos en la región⁵. A pesar de las dificultades para acceder a datos confiables que puedan dar cuenta de manera más exacta de las dimensiones de este fenómeno de movilidad humana, llama la atención que, ante el alto número de nacionales venezolanos acogidos por estos países, el número de reconocimientos de la condición de refugiado sea, por el contrario, más bien escaso.

Con la excepción de Brasil, cuyo caso se comentará en la segunda sección de este texto, los países que conjuntamente acogen alrededor del 69 % de la población venezolana en el ámbito global —a saber, Colombia, Perú, Chile y Ecuador— han reconocido el estatus de refugiado a nacionales venezolanos solamente en números equivalentes al 3,1 % del total de reconocimientos⁶. Estos datos, por cuanto parciales y no siempre actualizados, permiten concluir que este fenómeno migratorio no se ha leído, por lo menos hasta el momento y por estos países, como una migración de personas con necesidad de protección internacional.

Otra tendencia común en la región con respecto a esta migración es la creación de permisos o visas *ad hoc* reservados a la población venezolana. En abril del 2018 Chile, por ejemplo, creó la Visa de Responsabilidad Democrática para aquellos nacionales venezolanos que querían residir en el país, la cual requería la presentación de un pasaporte y documentos oficiales apostillados para ser obtenida⁷. Por su lado, desde agosto del 2019, Ecuador introdujo como requisito de ingreso para los nacionales venezolanos la titularidad de una visa humanitaria, la cual requiere presentar un pasaporte, aun vencido, y documentos oficiales apostillados. A los países que en la región exigen visa a los nacionales venezolanos hay que añadir, entre otros, Panamá, Trinidad y Tobago, Perú y, por último, México⁸.

Al respecto, el Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región afirma:

5 En el ámbito global, España, Brasil y Estados Unidos son los Estados que más han reconocido venezolanos como refugiados, con 88 500, 48 900 y 18 700 reconocimientos respectivamente a junio del 2021. "Plataforma de Coordinación para Refugiados".

6 Cálculos propios a partir de los datos de "Plataforma de Coordinación para Refugiados".

7 OEA, *Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región* (OEA, 2019), 76, <http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol.pdf>.

8 México anunció que desde finales de enero del 2022 empezaría a exigir visa a los nacionales venezolanos que quieran ingresar al país como visitantes, los cuales no están autorizados para realizar actividades remuneradas. Véase: Estados Unidos Mexicanos, Acuerdo por el que se da a conocer la aplicación de visa en pasaportes ordinarios a los nacionales de la República Bolivariana de Venezuela en la condición de estancia de Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas, DOF: 06/01/2022. Sobre los efectos de la introducción de este requisito para el ingreso y la permanencia, véase Andrew Selee y Jessica Bolter, *An Uneven Welcome: Latin American and Caribbean Responses to Venezuelan and Nicaraguan Migration* (Washington, DC: Migration Policy Institute, 2020), <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/Venezuela-Nicaragua-Migration2020-EN-Final.pdf>.

Varios países exigen documentos que no se pueden asegurar porque las instituciones venezolanas están fallando y no pueden o no están dispuestas a emitir o renovar los documentos requeridos. [...] Los pasaportes son cada vez más difíciles de conseguir. [...] En resumen, dichos requisitos de documentación solo pueden ser cumplidos por los más privilegiados, que poseen pasaportes válidos preexistentes o las conexiones, el tiempo y las finanzas para obtener un pasaporte y documentos apostillados. *Este obstáculo es imposible de superar para muchos.* (Énfasis añadido)

Colombia participa de ambas tendencias en la región. A pesar de acoger a cerca de 2 480 000 nacionales venezolanos en su territorio a febrero del 2022 según datos de la plataforma R4V, en diciembre del 2021 reportaba solamente 1300 reconocimientos de la condición de refugiado a nacionales venezolanos, equivalentes al 0,65 % del total de reconocimientos en el ámbito global. En la misma fecha, resultaban registradas 28 800 solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado por parte de nacionales venezolanos en Colombia, equivalentes al 2,96 % del total de solicitudes a escala global⁹.

Estas cifras reflejan y hablan, por un lado, de la posición asumida por el Gobierno colombiano ante la migración de personas provenientes de Venezuela, la cual se ha considerado, por lo menos hasta la adopción del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV) en marzo del 2021¹⁰, como una migración que carecía de vocación de permanencia y de personas que, en su mayoría, no necesitan protección internacional. Este último aspecto, como se argumentará, se ha visto reforzado luego de la adopción del ETPV y de la implementación de una práctica sistemática de rechazo de las solicitudes de refugio extemporáneas por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores colombiano. Por otro lado, estos números también son el resultado de las falencias del sistema de refugio de Colombia, el cual sigue sin poder responder de forma adecuada a la realidad migratoria del país.

Con el fin de ofrecer argumentos para sostener dichas afirmaciones, este texto se estructura de la siguiente forma: en la primera sección se profundiza sobre el acceso al refugio en la región latinoamericana por parte de nacionales venezolanos, haciendo particular énfasis en el caso de Brasil

9 En respuesta a una petición surgida en un caso adelantado por la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), en fecha del 1.º de junio del 2021, el Ministerio de Relaciones Exteriores afirmó que había 34 000 solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado pendientes. Así mismo, afirma expresamente que, en este contexto, "la decisión de cada caso puede tomar más de tres años".

10 D. 216/2021, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria". Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021".

y en los pronunciamientos al respecto del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En el segundo acápite, se ahonda en los detalles del sistema de refugio colombiano, con el fin de mostrar sus falencias y debilidades. En especial, se reflexiona sobre los obstáculos a los que han tenido que enfrentarse los solicitantes de refugio en Colombia a raíz de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia por la COVID-19, las cuales han profundizado su situación de vulnerabilidad. También se muestra cómo el ETPV contribuye a debilitar el sistema de refugio. Finalmente, se ofrece una serie de reflexiones conclusivas, para afirmar que el sistema necesita una reforma urgente e inaplazable.

1. Los llamados del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y la excepcionalidad del reconocimiento *prima facie* de los nacionales venezolanos como refugiados en la región latinoamericana

Ante la llegada de nacionales venezolanos, varios países de la región latinoamericana —Colombia, Chile, Perú y Ecuador, entre otros— han creado permisos o visas *ad hoc* para regular su entrada y permanencia¹¹. Al mismo tiempo, estos países reportan un número limitado de solicitudes de la condición de refugiado por parte de nacionales venezolanos y, en especial, un número aún más irrisorio de reconocimientos de la condición de refugiado.

Esta tendencia regional con respecto al refugio resalta todavía más si se consideran los diferentes llamados del ACNUR que, ya en marzo del 2018, señalaba que “las consideraciones de protección internacional se han hecho evidentes para una proporción significativa de venezolanos”¹². En esta misma nota de orientación sobre Venezuela, se alentaba a los Estados de la región a que, ante los retrasos y retos a los que podían enfrentarse sus sistemas de asilo, consideraran la adopción de otros mecanismos que permitieran una estancia legal a los nacionales venezolanos. Estos mecanismos, subrayaba el ACNUR, tendrían que cumplir con unos estándares mínimos: (1) ser accesibles, “independientemente de la fecha de entrada al país de acogida” y sin costo o con costos mínimos; (2) dar acceso

11 Para una panorámica, aunque no actualizada, de estos mecanismos, véanse: Andrew Selee, Jessica Bolter, Betilde Muñoz-Pogossian y Miryam Hazan, *Creatividad dentro de la crisis: opciones legales para inmigrantes venezolanos en América Latina* (Migration Policy Institute y OEA, 2019), <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/VenezuelansLegalPathwaysBrief-Spanish-Final.pdf>; Diego Acosta D., Cécile Blouin C. y Luise Feline Freier, “La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas”, *Documentos de trabajo* 3/2019 (Fundación Carolina, 2019), https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/04/DT_FC_03.pdf.

12 ACNUR, *Venezuela: Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos*, marzo del 2018, <https://www.refworld.org/es/docid/5aa076f74.html>.

a los derechos y servicios básicos, como atención en salud, educación, albergue, unidad familiar y trabajo, y finalmente, (3) ofrecer garantías de no retorno¹³.

En la actualización de esta nota de orientación en mayo del 2019, el ACNUR reconocía la posibilidad de desbordamiento de los sistemas de asilo y recordaba a los Estados que reciben población venezolana de la posibilidad de utilizar determinaciones grupales *prima facie*¹⁴ de la condición de refugiado. En esta misma nota, el ACNUR afirmaba que

Para los Estados que han incorporado la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena en su legislación nacional, o para los Estados que aplican esta definición en la práctica, en seguimiento de las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *el acnur considera que la mayoría de las personas nacionales de Venezuela, o personas apátridas que eran residentes habituales en Venezuela, se encuentran necesitadas de protección internacional bajo el criterio contenido en la Declaración de Cartagena, sobre la base de las amenazas a su vida, seguridad o libertad resultante de eventos que se encuentran actualmente perturbando gravemente el orden público en Venezuela*¹⁵. (Énfasis añadido)

En este contexto, el caso de Brasil representa una excepción de interés en la región¹⁶. Brasil es el tercer Estado por número de solicitudes de nacionales venezolanos, luego de Perú y Estados Unidos, es decir, contaba con el 8,8 % de solicitudes en el ámbito global a diciembre del 2021. Así mismo, es el segundo Estado por número de reconocimientos a escala

13 *Ibid.*, 2.

14 "La determinación grupal *prima facie* significa el reconocimiento de la condición de refugiado por parte de un Estado o del ACNUR con base en circunstancias evidentes y objetivas en el país de origen o, en el caso de los solicitantes de asilo apátridas, el país de su anterior residencia habitual. [...] A pesar de que el enfoque *prima facie* se puede aplicar en los procedimientos individuales de determinación de la condición de refugiado [...], se utiliza con más frecuencia en situaciones grupales, por ejemplo, cuando la determinación de la condición individual es impracticable, imposible o innecesaria en situaciones a gran escala". ACNUR, *Directrices sobre protección internacional N.º 11, Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado*, HCR/GIP/15/11, 24 de junio del 2015, párr. 1 y 2, <https://www.acnur.org/5c6c387a4.pdf>.

15 ACNUR, Venezuela: *Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización 1*, 21 de mayo del 2019, <https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>.

16 El caso del Perú también representa una excepción en la región. El Perú es el Estado en el que se ha presentado el más alto número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en el ámbito global, equivalentes al 62,5 % de todas las solicitudes presentadas por estos nacionales. Para profundizar en este aspecto, véase el capítulo de Cécile Blouin en este volumen, que desarrolla un análisis extenso de la forma en que el Perú ha reaccionado ante el fenómeno de la migración venezolana. Véanse, también, Amnistía Internacional, *Buscando refugio: Perú da la espalda a quienes huyen de Venezuela* (Amnistía Internacional, 2020), 18-19, <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4616752020SPANISH.PDF>; Paula Camino y Uber López Montreuil, "Asylum under pressure in Peru: the impact of the Venezuelan crisis and COVID-19", *Forced Migration Review*, N.º 65 (2020), 54, <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/recognising-refugees/camino-lopez.pdf>.

global, después de España, con el equivalente al 24,5 % de reconocimientos a junio del 2021¹⁷.

Desde marzo del 2017, Brasil estableció la posibilidad para los nacionales venezolanos de solicitar un permiso temporal de residencia con validez hasta por dos años, siempre y cuando hubieran hecho ingreso al territorio por vía terrestre y renunciaran a cualquier solicitud de refugio. Así mismo, a los solicitantes de refugio en ese país se les reconoce el derecho al trabajo, el acceso a la salud, educación y seguridad social¹⁸. Sin embargo, lo más relevante de este caso es el uso, por parte de Brasil, en diferentes ocasiones, de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena para reconocer *prima facie* dicha condición a nacionales venezolanos¹⁹.

Como otros países de la región²⁰, Brasil ha traspuesto a su marco normativo nacional la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984, a partir de la cual se considerarán como refugiadas a

las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público²¹.

Sobre estos reconocimientos han surgido varios cuestionamientos, en especial por la falta de transparencia del *Comitê Nacional para os Refugiados* con respecto a los criterios utilizados para identificar los solicitantes

17 Cálculos propios a partir de los datos de "Plataforma de Coordinación para Refugiados".

18 Así mismo, tras dos años en el país es posible solicitar un permiso de residencia permanente. Diego Acosta Arcarazo y Laura Madrid Sartoretto, "¿Migrantes o Refugiados? La Declaración de Cartagena y los venezolanos en Brasil", *Análisis Carolina* 9/2020, 5-6, <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/03/AC-9.2020.pdf>.

19 *Ibid.* En agosto del 2021 la CONARE de Brasil anunció que el procedimiento simplificado para el reconocimiento *prima facie* de nacionales venezolanos como refugiados, a partir del reconocimiento de la situación de violaciones graves y generalizadas de derechos humanos que ocurren en Venezuela, sería extendido hasta diciembre del 2022. Ministério da Justiça e Segurança Pública, *Prorrogada até 2022 análise simplificada dos processos de reconhecimento da condição de refugiados venezolanos*, 6 de agosto del 2021, <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/prorrogada-ate-2022-analise-simplificada-dos-processos-de-reconhecimento-da-condicao-de-refugiados-venezuelanos>.

México también ha hecho uso de la Declaración de Cartagena en beneficio de nacionales venezolanos, pero de una forma que se ha definido como "esporádica e inconsistente". Acosta, Freier y Blouin, "La emigración venezolana", 12.

20 En el 2020, quince países en la región habían incluido la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena a sus marcos normativos nacionales. Véase, al respecto, Juan Ignacio Mondelli, "La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el Derecho Internacional", *Revista Temas de Derecho Constitucional* 1, N.º 1 (diciembre, 2019): 27-54.

21 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Conclusión tercera, 1984, <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>. Véase también ACNUR, *Summary Conclusions on the interpretation of the extended refugee definition in the 1984 Cartagena Declaration* (ACNUR, 2013), <https://www.unhcr.org/53bd4d0c9.pdf>.

incluidos en el reconocimiento grupal²². Aun así, la aplicación de la definición ampliada y el reconocimiento *prima facie* como refugiados de los nacionales venezolanos sigue siendo una decisión única en la región que otros países no han replicado²³, a pesar de los llamados del ACNUR y de los organismos internacionales sobre la necesidad de protección internacional de esta población y de la naturaleza forzada de su migración²⁴. Queda por ver si esta quedará como una excepción en la región o si otros países seguirán el ejemplo brasileiro.

Se añaden a la preocupación por esta tendencia regional las inquietudes que genera la nueva categoría creada en el 2019 por el ACNUR para identificar parte de estos nacionales como “venezolanos desplazados en el extranjero”. En su informe *Tendencias globales de desplazamiento forzado en 2019*, el ACNUR estimaba que 3,6 millones de nacionales venezolanos se encontraban en esta situación y definía esta categoría como

Las personas de origen venezolano que *probablemente necesiten protección internacional según los criterios contenidos en la Declaración de Cartagena, pero que no solicitan asilo en el país en el que se encuentran*. Independientemente de su condición, los venezolanos desplazados en el extranjero necesitan protección contra los retornos forzosos y acceso a los servicios básicos²⁵. (Énfasis añadido)

Esta nueva categoría, aunada a la reticencia de la mayoría de los países de la región latinoamericana de entender este desplazamiento como el de personas con necesidad de protección internacional, podría contribuir a profundizar aún más la situación de vulnerabilidad de los nacionales venezolanos en la región. Esto es así toda vez que, por un lado, se omite reconocer la naturaleza declarativa y no constitutiva del reconocimiento

- 22 Liliانا Lyra Jubilit y João Carlos Jarochinski Silva, “Group recognition of Venezuelans in Brazil: an adequate new model?”, *Forced Migration Review*, N.º 65 (2020): 42-44, <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/recognising-refugees/jubilit-jarochinskisilva.pdf>.
- 23 Para un análisis extenso de la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena al caso venezolano, véase: Isabel Berganza Setién, Cécile Blouin y Luise Feline Freier, “El elemento situacional de violación masiva de derechos humanos de la definición ampliada de Cartagena: hacia una aplicación en el caso venezolano”, *Revista Chilena de Derecho* 47, N.º 2 (2020): 385-410, <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/17593>.
- 24 Véase, entre otros, CIDH, Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas, 2 de marzo del 2018, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>. Sobre la aplicación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena a los nacionales venezolanos, véase Luise Feline Freier, Isabel Berganza y Cécile Blouin, “The Cartagena Refugee Definition and Venezuelan Displacement in Latin America”, *International Migration* 60, N.º 1 (2022).
- 25 ACNUR. *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2019* (ACNUR, 2020), 64, <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>. El ACNUR mantiene esta categoría en su informe del 2020 y estima que 3,9 millones de nacionales venezolanos se encuentran “desplazados en el extranjero”. ACNUR. *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2020* (ACNUR, 2021), 7, <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>.

de la condición de refugiado²⁶ y, por otro lado, por la falta de consideración de las razones que podrían explicar el bajo número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de nacionales venezolanos. Entre otras, podría tratarse de obstáculos en el acceso al procedimiento, falta de información sobre la existencia de la figura del refugio y sobre el procedimiento para solicitarlo, largos tiempos de espera para recibir una respuesta sobre la solicitud, así como por la creación de mecanismos alternativos más accesibles y convenientes que la solicitud de refugio para permanecer regularmente en el territorio del país de destino²⁷. Como se profundizará en la próxima sección, varios de estos elementos son relevantes en el caso colombiano.

2. Los aspectos esenciales del sistema de refugio en Colombia

La forma en que el Estado colombiano ha reaccionado frente a la migración de personas provenientes de Venezuela tiene que analizarse y entenderse a la luz de este contexto regional²⁸. Colombia, como varios países de la región, creó en el 2017 un permiso *ad hoc* y temporal para la población venezolana, el Permiso Especial de Permanencia (PEP)²⁹ y, en marzo del 2021, el ETPV. Así mismo, presenta un muy bajo número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado por parte de nacionales venezolanos, sumado a un todavía más limitado número de reconocimientos. Para comprender más en detalle esta situación, conviene detenerse en las características del sistema de refugio colombiano para luego ahondar en las problemáticas que la situación actual ha revelado.

Como la mayoría de los países en la región, Colombia ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Del mismo modo, ha firmado la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y ha incluido en su normativa nacional la definición ampliada de refugiado

26 Esto significa que la persona será refugiada tan pronto como reúna los requisitos de la definición, es decir, no adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento de esta por parte del Estado al cual solicita protección. ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional* (Ginebra: ACNUR, 2019), 17, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d9ed92a4>.

27 Véase al respecto: Ligia Bolívar, "ACNUR y los venecos", *Proyecto Migración Venezuela, Revista Semana*, 21 de junio del 2020, <https://migravenezuela.com/web/articulo/acnur-y-los-venecos/1990>.

28 Véase, para un extenso recuento de la realidad regional con respecto al tema del refugio y del asilo, Daniela Mayorquín, "El refugio como alternativa a la migración forzada de venezolanos en Colombia", en: *Venezuela migra: aspectos sensibles del éxodo hacia Colombia*, editado por Alejandro Castro (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 338-344.

29 Para un análisis de este permiso véase Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, "Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?", *Latin American Law Review*, N.º 05 (2020): 139-157, doi: <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>.

allí contenida. La Ley 2136 del 2021³⁰, la recién adoptada ley que determina las definiciones, los principios y lineamientos para la reglamentación de la Política Migratoria Integral del Estado colombiano (PMI), establece en su artículo 62 que serán refugiadas aquellas personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él;
- b) Que se hubiera visto obligada a salir de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente al orden público, o
- c) Que haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en caso de que se procediera a la expulsión, devolución o extradición al país de su nacionalidad o, en el caso que carezca de nacionalidad, al país de residencia habitual³¹.

Así, la persona que quiera solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado al Estado colombiano podrá hacerlo de dos formas: la primera, al ingresar al territorio por uno de los puestos de control migratorio. En este caso, la solicitud será recibida por la autoridad migratoria —la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia—, la cual, en el plazo máximo de veinticuatro horas, deberá transmitirla a la autoridad competente, el Despacho del Viceministro de Asuntos Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores. El solicitante tendrá un plazo de cinco días para ampliar o ratificar su solicitud, por cualquier medio. De lo contrario, la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de

30 L. 2136/2021, “Por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PMI, y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 51 756, 4 de agosto del 2021.

31 Como se verá, los literales de este artículo reproducen la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (literal a), la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena (literal b) y la prohibición de expulsión, devolución o extradición de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (literal c). Este artículo es una reproducción textual del artículo 2.2.3.1.1.1 del Decreto 1067 del 2015. D. 1067/2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”, *Diario Oficial* 49 523, 26 de mayo del 2015.

Refugiado (CONARE) recomendará rechazar la solicitud y la autoridad migratoria tomará las medidas correspondientes para su salida del territorio.

La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado también podrá presentarse una vez el solicitante se encuentre en territorio colombiano. En este caso, deberá presentarla al estudio de la CONARE en un término máximo de dos meses, calculados a partir de su ingreso. Sin embargo, la Comisión estudiará solicitudes presentadas fuera de este término, siempre y cuando se justifique de forma oportuna su presentación extemporánea. Así mismo, la solicitud podrá presentarse en cualquier momento, cuando las razones para solicitar la protección internacional hayan surgido en un momento sucesivo a la salida de la persona de su país de origen o de residencia habitual y le impidan hacer regreso a este, lo que se conoce como refugiado *sur place*.

En el Estado colombiano, la CONARE es el órgano encargado de recibir, analizar, estudiar y formular una recomendación no vinculante al ministro de Relaciones Exteriores, que tomará la decisión sobre el reconocimiento de la condición de refugiado o su negación. Una vez la solicitud haya sido admitida para estudio, la Comisión solicitará a la autoridad migratoria la expedición de un salvoconducto de permanencia sc-2 al solicitante y a los beneficiarios de la solicitud³². La expedición del salvoconducto será gratuita, así como sus prórrogas, que deberán realizarse cada 180 días a solicitud del solicitante antes de su vencimiento³³, hasta la resolución de la solicitud ante la autoridad migratoria. Durante el término de vigencia del salvoconducto, la presencia del solicitante en el territorio será regular. La CONARE, una vez la solicitud sea admitida para su estudio, citará al solicitante a una entrevista personal y a entrevistas adicionales de ser necesario, con el fin de contar con la información suficiente sobre el caso. No presentarse a esta entrevista implica la pérdida de vigencia del salvoconducto de permanencia y, por ende, conduce a la irregularidad migratoria.

Con base en el principio de unidad familiar, el solicitante podrá incluir en su solicitud como beneficiarios a determinados miembros de su núcleo familiar, como su cónyuge, compañero permanente e hijos menores de edad, entre otros. De ser admitida la solicitud, estos también recibirán un salvoconducto de permanencia en las mismas condiciones y, cuando el solicitante sea reconocido como refugiado, la condición podrá extenderse

32 La normativa colombiana prevé dos tipos de salvoconductos: para salir del país (tipo 1) y para permanecer en el país (tipo 2). A este segundo tipo pertenece el salvoconducto que se expide a los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado. Véase D. 1067/2015, art. 2.2.1.1.4.9.

33 Como se verá, se trata de un cambio reciente. Antes, el solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado tenía que solicitar la prórroga de su salvoconducto cada noventa días. D. 1016/2020, "Por medio del cual se modifican los artículos 2.2.1.1.4.9. y 2.2.3.1.4.1. del Decreto 1067 de 2015 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores", *Diario Oficial* 51 375, 14 de julio del 2020.

a sus beneficiarios³⁴. Igualmente, de conformidad con la normativa internacional, el solicitante y sus beneficiarios estarán protegidos por el principio de no devolución a un país “donde su vida, libertad e integridad personal peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”³⁵.

Con respecto a los derechos del solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado en Colombia, conviene mencionar que el titular de salvoconducto y sus beneficiarios podrán afiliarse al Sistema de Seguridad Social y así recibir atención integral en salud. De la misma forma, el salvoconducto permitirá matricularse a los centros educativos. Sin embargo, los titulares de un salvoconducto de permanencia encuentran un sinnúmero de dificultades para acceder a servicios bancarios y no están expresamente autorizados para ejercer actividades económicas en Colombia³⁶. Esto significa que los solicitantes de refugio, a lo largo del procedimiento de estudio de su solicitud, no podrán ingresar al mercado del trabajo formal en Colombia. Al mismo tiempo, no reciben ningún auxilio o subsidio por parte del Estado colombiano en su condición de solicitantes para garantizar, por lo menos, su subsistencia y condiciones mínimas de vida digna mientras que se surte el procedimiento.

Por último, al recibir una respuesta positiva a su solicitud y a ser reconocido como refugiado por el Estado colombiano, el solicitante recibirá una visa como Migrante (tipo “M”) y un documento de viaje. De lo contrario, cuando la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado es negada, la autoridad migratoria cancelará el salvoconducto de permanencia y expedirá un salvoconducto de salida válido por un término de treinta días, tiempo durante el cual la persona tendrá que abandonar el territorio nacional. Como alternativa, podrá solicitar la expedición de otros permisos que le permitan quedarse en el territorio en situación migratoria regular. Contra la decisión que niega el reconocimiento se admite únicamente el

34 Podrán incluirse en la solicitud y se extenderá el reconocimiento de la condición de refugiado al cónyuge o compañero(a) permanente; hijos menores de edad; hijos mayores de edad hasta los 25 años que dependan económicamente del refugiado; hijos en condiciones de discapacidad de acuerdo con los preceptos de la legislación colombiana; hijos del cónyuge o compañero(a) permanente que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo. Véase D. 1067/2015, art. 2.2.3.1.6.13.

35 D. 1067/2015, art. 2.2.3.1.6.20.

36 Anteriormente, el salvoconducto de permanencia para solicitantes de refugio tenía una anotación relativa a la prohibición expresa de ejercer actividades económicas. La anotación fue eliminada recientemente, pero, aun así, el Ministerio de Relaciones Exteriores confirmó que el solicitante de refugio que quiera trabajar en territorio colombiano deberá contar con los documentos necesarios para ello, es decir, una visa. Véase una entrevista reciente de la canciller colombiana que confirma lo anterior: Juan Naranjo Navarro, “Colombia honra sus compromisos internacionales en lo que concierne al refugio”, *Proyecto Migración Venezuela, Revista Semana*, 20 de junio del 2020, <https://migravenezuela.com/web/articulo/colombia-honra-sus-compromisos-internacionales-en-lo-que-concierne-al-refugio/1981>.

recurso de reposición, un recurso administrativo, lo cual será resuelto por la misma autoridad que tomó la decisión.

2.1. Los límites del sistema de refugio a la luz del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos

Para comprender la relevancia de la imposibilidad de ejercer actividades económicas, es importante considerar que la normativa que regula el procedimiento de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado en Colombia no prevé términos precisos para el desarrollo de las etapas del procedimiento y para la toma de una decisión definitiva sobre la solicitud. Esto significa que el procedimiento, y la espera respectiva, tendrán una duración indeterminada. Igualmente, para el solicitante violar las autorizaciones establecidas en el salvoconducto conlleva, entre otras circunstancias, la pérdida de vigencia de este y la irregularidad migratoria.

Esta limitación que se impone a los solicitantes de refugio cobra aún más importancia si se piensa que el Estado colombiano adoptó, desde marzo del 2021, el ETPV, que tendrá una vigencia de diez años (en principio)³⁷. En primer lugar, el Estatuto establece la obligación para los solicitantes de nacionalidad venezolana de incluir su información en el Registro Administrativo para Migrantes Venezolanos (RUMV). En segundo lugar, prevé la posibilidad para quienes sean titulares de un salvoconducto, como solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado, de aplicar por un Permiso por Protección Temporal (PPT). Si el permiso es autorizado, el solicitante deberá elegir si opta por este permiso y si desea seguir con su solicitud. En el primer caso, tendrá que manifestar de forma expresa su voluntad de desistir voluntariamente de la solicitud para que el PPT le sea expedido. Si no se autoriza la expedición del PPT, el solicitante seguirá con su solicitud y siendo titular de un salvoconducto.

Ahora bien, la relación entre el sistema de refugio y el ETPV es problemática por al menos tres razones. La primera, es que el titular de un PPT podrá realizar cualquier actividad u ocupación legal en Colombia; en este sentido, transitar al Estatuto y aplicar a este permiso resulta ser indudablemente una mejor opción para el solicitante que, como ya se dijo, no está autorizado para ejercer alguna actividad u ocupación siendo titular de un salvoconducto, por el tiempo que dure el examen de su solicitud. La segunda razón es que el Estatuto es una forma de protección temporal para los nacionales venezolanos que cumplan con determinados requisitos y permite regularizar la situación migratoria por el tiempo de vigencia del Estatuto. En este sentido, no contempla el reconocimiento de la

37 Véase, en particular; D. 216/2021, art. 2, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria".

necesidad de protección internacional del individuo y, en consecuencia, no lo protege contra la no devolución³⁸.

Finalmente, como tercera y más preocupante razón se señala que, a partir de una decisión adoptada en octubre del 2021 y que consta en un acta de la CONARE que no es pública, la Comisión está rechazando de forma retroactiva todas aquellas solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado presentadas por nacionales venezolanos con una extemporaneidad superior a dos años, cuando estas no hayan sido admitidas a trámite. En el acta de rechazo que reciben los solicitantes se explica que esta decisión se adopta considerando que la persona no justifica de manera oportuna la extemporaneidad de su solicitud y que puede acogerse al ETPV. Esta medida y el rechazo automático de una solicitud por el solo hecho de que esta se interpuso con una extemporaneidad de más de dos años es contraria a las obligaciones internacionales de Colombia, aún más considerando que acogerse el ETPV debe ser una decisión voluntaria para los solicitantes y que la expedición del Permiso por Protección Temporal en el marco del Estatuto depende del cumplimiento de una serie de requisitos y es, finalmente, una decisión discrecional de la autoridad migratoria.

En este contexto, es importante mencionar que el Estado colombiano no cuenta con ningún otro permiso³⁹ o medida complementaria de protección que, más allá de la condición de refugiado, conlleve el reconocimiento de la necesidad de protección internacional del solicitante, a pesar de que no cumpla con los requisitos para que se le reconozca como refugiado⁴⁰. En especial, se piensa en figuras como la protección subsidiaria en el contexto de la Unión Europea⁴¹ o en otras medidas complementarias de

38 Véase al respecto Gracy Pelacani, Carolina Moreno V., Laura Cristina Dib-Ayesta y Mairene Tobón Ospino, "Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria". *Informes CEM. Informe 3-2021*, (Bogotá: Centro de Estudios Migratorios, 2021), <https://bit.ly/3v4emFS>.

39 Los PEP se dejaron de expedir a partir del 1.º de marzo del 2021, con ocasión de la publicación del Decreto 216 del 2021 que crea el ETPV. Los permisos de permanencia para el fomento de la formalización (PEPFF) también se dejaron de expedir el 30 de mayo del 2021, cuando se adoptó el Estatuto. Los nacionales venezolanos pueden ingresar a Colombia sin la necesidad de contar con una visa, mientras tengan un pasaporte vigente o vencido (hasta por diez años) para permanecer por un tiempo máximo de 180 días por año y ejercer un número limitado de actividades. Podrán también acceder a los tres tipos de visa disponible para cualquier extranjero cuando cumplan los requisitos para ello y puedan costear el estudio y la expedición de la visa respectiva. Para profundizar en este punto, véase: Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, "El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional", en *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*. CODS-IDRC, editado por Alejandro Fajardo y Alejandra Vargas (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021), 191-192.

40 Para conocer la diferencia entre protección temporal y complementaria, véase ACNUR, Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, *Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional*, Doc. EC/50/S-C/crp.18, párr. 21, 9 de junio del 2000.

41 Según la Directiva 2011/95/UE artículo 2, (f), se define a una "persona con derecho a protección subsidiaria": un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país

protección que regularicen la situación migratoria de la persona, le den acceso a los derechos básicos y la protejan contra la no devolución⁴².

Esto es así, a pesar de que el Decreto 1067 del 2015 haga referencia a la posibilidad de adoptar medidas complementarias, al prever que la CONARE “adelantará las gestiones tendientes al trámite de documentos para los solicitantes a quienes no se les haya reconocido la condición de refugiado, a efectos de una posible regularización en el país por otra vía distinta al refugio o la salida definitiva del país”⁴³. Precisamente, en uno de los pocos casos en materia de refugio sobre los cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana, la CONARE otorgaba medidas complementarias a nacionales venezolanos cuya solicitud de refugio había sido negada. Estas medidas consistían en aplicar a uno de los visados contemplados por la normativa colombiana sobre visas⁴⁴. Por último, no sobra recordar que las limitaciones señaladas en esta sesión se materializan en obstáculos a los que tendrán que enfrentarse todos los solicitantes de refugio, con la diferencia que los extranjeros con nacionalidades diferentes a la venezolana no tendrán la posibilidad de acceder a un mecanismo de regularización como el ETPV.

Luego de aclarar los aspectos principales del procedimiento para solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado en Colombia, los derechos y servicios a los cuales acceden los solicitantes y los límites de este sistema, en la siguiente sección se profundiza en las falencias del sistema de refugio del Estado colombiano. En particular, se ahonda en las formas en que la falta de adecuación del sistema a la realidad actual del

de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”. Véase: Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre del 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DO L 337 de 20.12.2011, p. 9/26.

42 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la protección complementaria como toda “protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la ampliada, consistente, principalmente, en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida, libertad, seguridad o integridad se verían amenazadas”. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto del 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC-21/14, 19 de agosto del 2014 párr. 238. Véase, también, Jane McAdam, “Human Rights and Forced Migration”, en *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, editado por Elena Fiddian Qasmiyeh, Gil Loescher, Katy Long y Nando Sigona (Oxford: Oxford University Press, 2014), 205.

43 D. 1067/2015, art. 2.2.3.1.6.21. Sin embargo, en julio del 2019 se creó el Permiso Especial Complementario de Permanencia (PECP). Este se otorgó a los nacionales venezolanos que hubieran solicitado refugio entre el 19 de agosto del 2015 y el 31 de diciembre del 2018 cuya solicitud hubiera sido rechazada o no se les hubiera reconocido la condición de refugiado. Res. 3548/2019, Ministerio de Relaciones Exteriores, “Por medio de la cual se crea un Permiso Especial Complementario de Permanencia (PECP)”.

44 C. Const., Sent. T-205, abr. 26/2017. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

país impacta a la población migrante y refugiada proveniente de Venezuela y se hace énfasis en su situación de vulnerabilidad.

2.2. Las falencias y fragilidades del sistema de refugio del Estado colombiano

La llegada creciente de nacionales venezolanos a Colombia y su demanda de reconocimiento de protección internacional ha revelado la falta de adecuación del sistema de refugio a la realidad actual del país. Se trata de un sistema que está colapsado por un número de solicitudes —casi la totalidad hechas por nacionales venezolanos— que no tiene la capacidad de procesar en tiempos razonables⁴⁵. Esto ha ocasionado que la espera de una respuesta por parte de un solicitante pueda llegar a ser de varios años, durante los cuales tendrá la responsabilidad de renovar su salvoconducto cada 180 días para permanecer de forma regular en el país. Además, como se subrayó en la sección anterior, la normativa en materia de refugio no prevé un término preciso dentro del cual la CONARE y el Ministerio de Relaciones Exteriores deban tomar una decisión sobre la solicitud. Se trata de un tiempo durante el cual el solicitante de refugio, además, no está autorizado para ejercer actividades económicas en Colombia y le resulta extremadamente complejo acceder a servicios financieros, entre otros.

La falta de adecuación del sistema a la situación presente se manifiesta también en el hecho de que la actual normativa no menciona la posibilidad de llevar a cabo procedimientos acelerados o simplificados de reconocimiento de la condición de refugiado, así como lo sugerido por el ACNUR en el caso de la población venezolana, ante el colapso de los sistemas de refugio nacionales⁴⁶. Tampoco prevé la posibilidad de reconocimientos grupales *prima facie* cuando las circunstancias así lo requieran. Aun así, no parece estar pensándose, desde las autoridades colombianas, en una reforma del sistema de refugio. En junio del 2020, con ocasión de la conmemoración del día mundial del refugiado y ante una pregunta que pretendía explorar la posibilidad de que Colombia utilizara mecanismos de reconocimiento grupal con respecto a la población venezolana, la canciller

45 Véase *supra* nota 8 donde se hace referencia al derecho de petición, del que se informa que hay alrededor de 20 000 solicitudes. Los datos sobre el número de solicitudes y la nacionalidad de los solicitantes no son públicos. Sin embargo, en una entrevista del 20 de junio del 2020, la canciller colombiana, Claudia Blum, compartió datos que revelan que la gran mayoría de solicitudes son de nacionales venezolanos. Estos mismos datos muestran que en el periodo 2016-2018 las solicitudes de refugio se han duplicado cada año, pasando de 317 en el 2016, a 62 en el 2017 y a 1723 en el 2018. En el 2019 se presentaron 10 632 solicitudes, de las cuales 10 479 fueron de nacionales venezolanos. Véase: Navarro, “Colombia honra sus compromisos”.

46 ACNUR. Venezuela: Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos. 2018. <https://www.refworld.org/es/docid/5aa076f74.html>; ACNUR. Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización 1. <https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>.

colombiana señaló: “Colombia continúa analizando las solicitudes de refugio caso a caso, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1067 del 2015”⁴⁷.

En esta misma línea, la Ley 2136 del 2021 no contempla ningún cambio significativo en este sentido y no hace más que reproducir la definición de refugiado de la normativa actual, reiterar las competencias de la CONARE y del Ministerio de Relaciones Exteriores y, finalmente, reenvía al procedimiento regulado por el Decreto 1067 del 2015.

2.3. La fragilidad del sistema de refugio revelada por las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia de la covid-19

En este contexto, las medidas adoptadas por el Gobierno colombiano para hacer frente a la pandemia de la covid-19 han evidenciado, todavía más, la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los nacionales venezolanos en Colombia y la fragilidad de su sistema de refugio. Los solicitantes se han visto particularmente afectados, en primer lugar, por la suspensión de los trámites presenciales por parte de la autoridad migratoria desde marzo hasta septiembre del 2020, lo que implicó que les fuera imposible retirar la prórroga de sus permisos con consecuencias de la mayor importancia para el acceso y la garantía de sus derechos; en segundo lugar, por la forma en que las autoridades migratorias colombianas han regulado el retorno de los nacionales venezolanos a su país de origen. Enseguida, se profundiza en cada uno de estos aspectos.

Con el objetivo de enfrentar las consecuencias de la pandemia de la covid-19, a principios de marzo del 2020 se declaró la emergencia sanitaria en Colombia⁴⁸, adoptándose en diferentes momentos medidas tales como el aislamiento social obligatorio, cuarentenas y cierre de actividades comerciales no esenciales. Luego, se ordenó el cierre de los pasos fronterizos autorizados terrestres y fluviales con la República Bolivariana de Venezuela y, después, con los demás Estados con los cuales Colombia comparte fronteras terrestres, fluviales y marítimas⁴⁹. Finalmente, el presidente

47 Navarro, “Colombia honra sus compromisos”.

48 Res. 1462/2020, Ministerio de Salud y Protección Social, “Por la cual se prorroga la emergencia sanitaria por el nuevo Coronavirus que causa la covid-19, se modifican las Resoluciones 385 y 844 de 2020 y se dictan otras disposiciones”.

49 D. 402/2020, “Por el cual se adoptan medidas para la conservación del orden público. El cierre de los pasos fronterizos se extendió hasta el 16 de enero de 2021, con el Decreto 1550 de 2020 del Ministerio del Interior”. D. 1297/202, “Por el cual se prorroga la vigencia del Decreto 1168 de 25 de agosto de 2020 ‘Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus covid-19, y el mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable’”. Quedan exentas las actividades de emergencia humanitaria, transporte de carga y mercancía, caso fortuito o fuerza mayor y la salida del territorio nacional de ciudadanos extranjeros de manera coordinada por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, con las autoridades distritales y municipales competentes.

de la República de Colombia declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por un término de treinta días, y lo declaró nuevamente por el mismo término en mayo del mismo año⁵⁰.

A raíz de estas medidas, la autoridad migratoria decidió suspender provisionalmente los términos de vigencia de los salvoconductos en marzo del 2020, exceptuando, entre otros, los salvoconductos de permanencia expedidos a los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado⁵¹. Esto implicaba que los solicitantes no quedaban eximidos de la responsabilidad de renovar sus salvoconductos de permanencia en los términos previstos, so pena de encontrarse en situación migratoria irregular y quedar excluidos, entre otras, del Sistema de Seguridad Social y, por ende, de la posibilidad de recibir atención integral en salud. Esto ocurría al mismo tiempo que la autoridad migratoria suspendía la atención presencial en sus oficinas, impidiendo de esta forma al solicitante retirar la prórroga de su salvoconducto, cuyo respaldo se reducía a un correo de esta autoridad autorizando dicha prórroga.

Fue solo hasta el 1.º de abril del 2020 que la autoridad migratoria modificó su anterior resolución, incluyendo los salvoconductos por solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado entre los documentos a los que se aplicaba la suspensión de términos⁵². Para los solicitantes de refugio que quedaron excluidos de la aplicación de esta medida, tal situación significó contar únicamente con un correo de la autoridad migratoria como respaldo de su situación migratoria regular en el país. En algunos casos conocidos por la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), las entidades prestadoras de salud se rehusaron a reconocer el correo de la autoridad migratoria como comprobante suficiente de la situación migratoria regular de la persona, llegando, por este motivo, a suspender la afiliación de los solicitantes al sistema de salud al no contar con un documento de identificación válido en Colombia. Esto conllevó la afectación de su derecho a la salud y, en algunos

50 D. 471/2020; D. 637/2020, "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional".

51 Res. 0918/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se adoptan medidas extraordinarias temporales para la prestación de los trámites y servicios migratorios a nivel nacional y se dictan otras disposiciones", 19 de marzo del 2020, <https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Estado%20de%20Emergencia%20Covid-19/RESOLUCION%200918%20DE%202020.pdf>.

52 Res. 1006/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se adoptan medidas urgentes y transitorias para garantizar la prestación del servicio y se suspenden términos en procesos y procedimientos adelantados por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia", 1.º de abril del 2020, art. 4, par. 1.º. Véase, también, Res. 1260/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se prorroga el término de vigencia de las Resoluciones 0779, 0918 y 1006 del 2020 proferidas por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia", 28 de mayo del 2020, [https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Estado%20de%20Emergencia%20Covid-19/Resoluci%3b3n%201260%20de%202020%20\(1\)0.pdf](https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Estado%20de%20Emergencia%20Covid-19/Resoluci%3b3n%201260%20de%202020%20(1)0.pdf).

casos, incluso la pérdida de la vida por el retraso en recibir tratamientos urgentes⁵³.

El segundo aspecto que merece atención es el trato recibido por la población venezolana en el marco de la pandemia de la covid-19, el cual ha generado una importante dinámica de retorno a su país de nacionalidad. Un retorno que, como se subraya en otra parte de este volumen⁵⁴, encuentra su razón de ser en la situación de la población migrante venezolana en Colombia, caracterizada por un precario acceso a mecanismos de regularización migratoria, al mercado del trabajo, a una vivienda digna y a servicios básicos, entre otros. Esta situación de vulnerabilidad se ha visto todavía más profundizada en el contexto de la pandemia de la covid-19, privando a estas personas del acceso a ingresos mínimos para garantizar su subsistencia diaria y, en muchos casos, llevando a su desalojo. Así mismo, la población migrante, sobre todo la que se encontraba en situación migratoria irregular, ha sido excluida de las ayudas predispuestas por el Gobierno nacional y por los gobiernos locales⁵⁵. No obstante, las autoridades colombianas han querido interpretar este retorno como “voluntario”.

Con el fin de regular el retorno “voluntario” de estas personas a Venezuela, la autoridad migratoria estableció los criterios a los que debían acogerse alcaldes o gobernadores, así como las consecuencias para el estatus migratorio de las personas que hicieran retorno a su país a través de los pasos fronterizos autorizados. En particular, determinó que

Los extranjeros de nacionalidad venezolana en condición de refugio que retornen voluntariamente a su país, podrán incurrir en causal de cesación de la condición de refugiado, conforme el artículo 2.2.3.1.8.2, numeral 4 del Decreto 1067 de 2015: “Voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida”.

De igual manera, quien sea solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado y voluntariamente abandone el país, se encontrará incurso en causal de rechazo de la solicitud, contemplada en el artículo 2.2.3.1.6.3, numeral 1 del Decreto 1067 de 2015.

53 Véase, para un recuento más detallado de estos casos y sus consecuencias para la garantía del derecho a la salud de estas personas, el capítulo de Laura Cristina Dib-Ayesta en este mismo volumen.

54 Eduardo Trujillo, en este mismo volumen, profundiza en las características de la dinámica de retorno de los nacionales venezolanos a su país de origen y en las violaciones a sus derechos en este contexto.

55 “El covid-19 agudiza la exclusión de migrantes venezolanos”, 070, 6 de abril del 2020, <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/el-covid-19-venezolanos-migrantes/>; Sinar Alvarado, “Colombia, el virus y los olvidados de siempre”, *The New York Times*, 17 de abril del 2020, <https://www.nytimes.com/es/2020/04/17/espanol/opinion/coronavirus-colombia.html>.

Para tal efecto, Migración Colombia comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores las novedades que en ese sentido se presenten⁵⁶. (Énfasis añadido)

Se trata, evidentemente, de disposiciones problemáticas toda vez que asumen la voluntariedad del retorno de estas personas a su país de origen, lo cual es, como mínimo, cuestionable a partir de los aspectos subrayados en esta sección. También se omite realizar un examen caso por caso de las circunstancias del retorno y se establecen consecuencias automáticas para el estatus migratorio y la condición de refugiado, con implicaciones fundamentales; es tan cuestionable la voluntariedad del retorno de estos nacionales a Venezuela, que la misma autoridad migratoria colombiana había previsto un llamado “nuevo retorno” a Colombia cuando volvieran a abrirse los pasos fronterizos autorizados⁵⁷.

Así, las fragilidades y falencias del sistema de refugio colombiano, algunas de las cuales se han explorado en esta sección, explican, por lo menos en parte, el número limitado de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado de nacionales venezolanos en Colombia que aún necesiten de protección internacional. Como bien lo expresa Ligia Bolívar:

Los procedimientos para solicitar refugio en la mayoría de los países de la región son disuasivos. Si a usted le dan un papel cuando solicita refugio que dice que no puede trabajar mientras dure el trámite, y resulta que el trámite dura dos o tres años, ¿va a pedir refugio? Usted pide PEP, tarjeta provisional, lo que sea, menos refugio⁵⁸.

Estas palabras y las situaciones analizadas en esta sección pretenden mostrar las grietas del sistema de refugio del Estado colombiano, las cuales se han hecho todavía más evidentes durante la pandemia de la COVID-19. Unas fisuras que son todavía más preocupantes por la reticencia demostrada hasta el momento por Colombia en reconocer la profunda necesidad de reforma de este sistema para responder a los desafíos de la situación actual y para no profundizar ulteriormente la vulnerabilidad de los solicitantes de refugio. En la siguiente y última sección se ofrecen unas reflexiones conclusivas.

56 Res. 1265, 2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Por el cual se establecen las acciones institucionales para el retorno voluntario de migrantes venezolanos a la República Bolivariana de Venezuela”, <https://www.migracioncolombia.gov.co/downloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202020/RESOLUCIO%cc%81N%201265%20DE%2020200.pdf>.

57 Alicia Liliana Méndez, “Migración Colombia se alista para regreso de venezolanos tras pandemia”, *El Tiempo*, 6 de julio del 2020, <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/migracion-colombia-se-alista-con-identificacion-biometrica-para-regreso-de-venezolanos-tras-pandemia-514580>.

58 Bolívar, “ACNUR y los venecos”.

Reflexiones conclusivas

En este texto se ha querido ahondar en las falencias y fragilidades del sistema de refugio del Estado colombiano. Estas se han revelado, particularmente, ante la creciente llegada de nacionales venezolanos, sobre todo a partir del 2015. A pesar de que Colombia es el país en la región latinoamericana y en el ámbito mundial que más acoge a nacionales venezolanos, las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado son muy limitadas y lo es todavía más el número de nacionales venezolanos a los que se ha visto reconocida esta condición.

Para intentar comprender la razón de ser de este panorama, en primer lugar, este texto ha ahondado en la situación de los nacionales venezolanos en la región latinoamericana. Los países de la región han privilegiado la creación de permisos y visas *ad hoc* para esta población y han preferido hacer un escaso uso de la figura del refugio y del reconocimiento de las necesidades de protección internacional de estas personas. En especial, se ha querido profundizar en el caso de Brasil como excepción en la región, por ser este el único país que ha hecho uso, en diferentes ocasiones, de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena para reconocer *prima facie* como refugiados a nacionales venezolanos.

Enseguida, se han abordado los aspectos principales del sistema de refugio del Estado colombiano como la forma en que se solicita el reconocimiento de la condición de refugiado en Colombia, las autoridades que intervienen en las diferentes etapas del procedimiento, los derechos que se garantizan al solicitante de refugio en Colombia y a sus beneficiarios. En particular, se ha hecho énfasis en que los solicitantes de refugio no cuentan con autorización expresa para ejercer actividades económicas por el tiempo que dure el estudio de su solicitud y se tome una decisión definitiva al respecto. Así mismo, se ha puesto de relieve que la normativa actual no prevé un término preciso para el desarrollo de las etapas del procedimiento ni para la toma de una decisión de reconocimiento o rechazo de la solicitud.

Posteriormente, se ha querido mostrar que las falencias del sistema de refugio se han hecho todavía más evidentes con la adopción del ETPV y en el marco de las medidas adoptadas por el Estado colombiano para hacer frente a la pandemia de la COVID-19. En particular, los solicitantes de refugio se han visto afectados por las dificultades para acceder a la prórroga de su salvoconducto de permanencia, lo cual ha impactado de forma profunda su acceso a derechos, sobre todo a la salud. En segundo lugar, por las medidas adoptadas por la autoridad migratoria para regular el retorno de los nacionales venezolanos a su país de origen. La autoridad asumió que se trataba de retornos voluntarios y que, para el nacional venezolano reconocido como refugiado, el retorno implicaba la cesación de su condición, mientras que para la persona solicitante de refugio sería causal

de rechazo de su solicitud. Estas falencias y fragilidades del sistema de refugio del Estado colombiano, por ende, pretenden explicar, por lo menos en parte, su escaso uso por parte de los nacionales venezolanos.

A la luz de estas reflexiones, se afirma que el sistema de refugio colombiano se encuentra en la urgente necesidad de una reforma para responder a la realidad actual del país, de la región y a sus desafíos. Este es un llamado inaplazable considerando que la recién aprobada ley migratoria no prevé ninguna modificación significativa del sistema de refugio actual. Cuanto más se tarde en dotar al país de un sistema de refugio a la altura de los retos que enfrentamos, tanto más se profundizará la situación de vulnerabilidad de quienes arriban a territorio colombiano en búsqueda de protección.

Referencias

- Acosta Arcarazo, Diego, Luise Feline Freir y Cécile Blouin. “La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas”. *Documentos de trabajo* 3/2019. Fundación Carolina, 2019.
- Acosta Arcarazo, Diego y Laura Madrid Sartoretto. “¿Migrantes o Refugiados? La Declaración de Cartagena y los venezolanos en Brasil”. *Análisis Carolina* 9/2020, 3 de marzo del 2020. <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/03/AC-9.2020.pdf>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. *Formas complementarias de protección: su naturaleza y relación con el régimen de protección internacional*. Doc. EC/50/S-C/crp.18, 9 de junio del 2000.
- . *Directrices sobre protección internacional N.º 11, Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado*. HCR/GIP/15/11, 24 de junio del 2015. <https://www.acnur.org/5c6c387a4.pdf>.
- . *Venezuela: Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos*, marzo del 2018. <https://www.refworld.org/es/docid/5aa076f74.html>.
- . *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y directrices sobre protección internacional*. Ginebra: ACNUR, 2019. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5d9ed92a4>.
- . *Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización 1*, 21 de mayo del 2019. <https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>.
- . *Summary Conclusions on the interpretation of the extended refugee definition in the 1984 Cartagena Declaration*. ACNUR, 2013. <https://www.unhcr.org/53bd4d0c9.pdf>.
- . *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2019*. ACNUR, 2020. <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>.
- . *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2020*. ACNUR, 2021. <https://www.acnur.org/stats/globaltrends/60cbddfd4/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2020.html>.

- Alvarado, Sinar. "Colombia, el virus y los olvidados de siempre". *The New York Times*, 17 de abril del 2020. <https://www.nytimes.com/es/2020/04/17/espanol/opinion/coronavirus-colombia.html>.
- Amnistía Internacional. *Buscando refugio: Perú da la espalda a quienes huyen de Venezuela*. Amnistía Internacional, 2020. <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4616752020SPANISH.PDF>.
- Berganza Setién, Isabel, Cécile Blouin y Luise Feline Freier. "El elemento situacional de violación masiva de derechos humanos de la definición ampliada de Cartagena: hacia una aplicación en el caso venezolano". *Revista Chilena De Derecho* 47, N.º 2 (2020): 385-410, <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/17593>.
- Bolívar, Ligia. "ACNUR y los venecos", *Proyecto Migración Venezuela, Revista Semana*, 21 de junio del 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/acnur-y-los-venecos/1990>.
- Camino, Paula y Uber López Montreuil. "Asylum under pressure in Peru: the impact of the Venezuelan crisis and covid-19", *Forced Migration Review*, N.º 65 (2020): 54. <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/recognising-refugees/camino-lopez.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>.
- . "CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos", CIDH, 8 de mayo del 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.
- Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC-21/14, 19 de agosto del 2014.
- Freier F., Luisa, Isabel Berganza y Cécile Blouin. "The Cartagena Refugee Definition and Venezuelan Displacement in Latin America". *International Migration* 60, N.º 1 (2022): 18-36.
- Jubilut, Liliana Lyra y João Carlos Jarochinski Silva. "Group recognition of Venezuelans in Brazil: an adequate new model?". *Forced Migration Review*, N.º 65 (2020): 42-44, <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/recognising-refugees/jubilut-jarochinskisilva.pdf>.
- Mayorquín, Daniela. "El refugio como alternativa a la migración forzada de venezolanos en Colombia". En *Venezuela migra: aspectos sensibles del éxodo hacia Colombia*, editado por Alexandra Castro, 333-382. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- McAdam, Jane. "Human Rights and Forced Migration". En *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, editado por Elena Fiddian Qasimiyeh, Gil Loescher, Katy Long y Nando Sigona, 203-214. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Méndez, Alicia Liliana. "Migración Colombia se alista para regreso de venezolanos tras pandemia", *El Tiempo*, 06 de julio del 2020, <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/migracion-colombia-se-alista-con-identificacion-biometrica-para-regreso-de-venezolanos-tras-pandemia-514580>.
- Mondelli, Juan Ignacio. "La obligatoriedad de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en el Derecho Internacional". *Revista Temas de Derecho Constitucional* 1, N.º 1 (diciembre, 2019): 27-54.
- Moreno V., Carolina y Gracy Pelacani. "Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?". *Latin American Law Review*, N.º 05 (2020): 139-157, doi: 10.29263/lar05.2020.07.

- . “El contexto de la migración venezolana en Colombia: un análisis de la respuesta institucional en perspectiva regional”. En *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*. CODS-IDRC, editado por Alejandro Fajardo y Alejandra Vargas, 171-217. Bogotá: Universidad de los Andes, 2021. <https://cods.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/2021/04/Comunidad-Venezuela.pdf>.
- Naranjo Navarro, Juan. “Colombia honra sus compromisos internacionales en lo que concierne al refugio”, *Proyecto Migración Venezuela, Revista Semana*, 20 de junio del 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/colombia-honra-sus-compromisos-internacionales-en-lo-que-concierne-al-refugio/1981>.
- Organización de las Naciones Unidas (onu). Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH). *Venezuela: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. 4 de julio del 2019. <https://www.refworld.org/es/docid/5d1e31224.html>.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región*. OEA, 2019. <http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol.pdf>.
- Otálvaro, Elizabeth y María Paula Murcia. “El Covid-19 agudiza la exclusión de migrantes venezolanos”. 070, 6 de abril del 2020. <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/el-covid-19-venezolanos-migrantes/>.
- “Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”. ACNUR y OIM, <https://data2.unhcr.org/es/situations/platform>.
- Pelacani, Gracy, Carolina Moreno V., Laura Cristina Dib-Ayesta, y Mairene Tobón Ospino. “Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. *Informes CEM. Informe 3-2021*. Bogotá: Centro de Estudios Migratorios, 2021. <https://bit.ly/3v4emFS>.
- “Prorrogada até 2022 análise simplificada dos processos de reconhecimento da condição de refugiados venezuelanos”, *Ministério da Justiça e Segurança Pública*, <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/prorrogada-ate-2022-analise-simplificada-dos-processos-de-reconhecimento-da-condicao-de-refugiados-venezuelanos>.
- Selee, Andrew, Jessica Bolter, Betilde Muñoz-Pogossian y Miryam Hazan. *Creatividad dentro de la crisis: opciones legales para inmigrantes venezolanos en América Latina*. Migration Policy Institute y OEA, 2019. <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/VenezuelansLegalPathwaysBrief-Spanish-Final.pdf>.
- Selee, Andrew y Jessica Bolter. *An Uneven Welcome: Latin American and Caribbean Responses to Venezuelan and Nicaraguan Migration*. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2020. <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/Venezuela-Nicaragua-Migration2020-EN-Final.pdf>.

Jurisprudencia

C. Const., Sent. T-205/17, abr. 26/2017. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Normativa

Colombia. “Informe de Conciliación al proyecto de Ley Número 36 de 2019 Senado, 459 de 2020 Cámara, acumulado con el Proyecto de Ley Número 001 de 2019

- Senado Por medio de la cual establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado colombiano (PIM), y se dictan otras disposiciones". *Gaceta del Congreso*, N.º 594, 8 de junio del 2021. <https://www.juandavelez.com/wp-content/uploads/2021/06/Informe-de-Conciliacio%cc%81n-al-PL-036-de-2019S-acum.-001-de-2019S-459-de-2020-Ca%cc%81mara.-Poli%cc%81tica-Integral-Migratoria-2-3.pdf>.
- Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, 1984. <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>.
- D. 1067/2015.
- D. 402/2020.
- D. 471/17, marzo del 2020.
- D. 637/2020.
- D. 1016/2020.
- D. 1297/2020.
- D. 216/2021.
- Directiva 2011/95/UE, do L 337 de 20.12.2011.
- Estados Unidos Mexicanos, Acuerdo por el que se da a conocer la aplicación de visa en pasaportes ordinarios a los nacionales de la República Bolivariana de Venezuela en la condición de estancia de Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas, DOF: 06/01/2022.
- Res. 0740/2018, Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Res. 3548/2019, Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Res. 0918/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res 1006/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res 1260/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res. 1265/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res. 1462/2020, Ministerio de Salud y Protección Social.
- Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

El acceso a la salud de la población migrante y refugiada en Colombia: una aproximación desde la experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes

Laura Cristina Dib-Ayesta

Resumen

La población migrante y refugiada en Colombia enfrenta grandes barreras para acceder a la atención en salud. Para quienes se encuentran en situación migratoria irregular y, por algunas circunstancias específicas, en el caso de personas de nacionalidad venezolana, los obstáculos son aún más difíciles de sortear. Este capítulo tiene como propósito brindar un panorama amplio e integral de la problemática que comprende el acceso a la salud de las personas migrantes y refugiadas en Colombia desde la experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes. El capítulo muestra la relación que existe entre la regularización migratoria y el acceso a la salud, así como la complejidad del marco normativo nacional aplicable a la atención en urgencias y a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.672>

Introducción

La Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, en aproximadamente tres años, se ha convertido en un referente del derecho migratorio en Colombia y ha ganado una experiencia invaluable por medio del contacto con las personas migrantes y refugiadas, a quienes brindamos nuestros servicios legales gratuitos. Esta experiencia acumulada ha sido, en gran medida, en torno a una de las principales barreras que enfrenta esta población en Colombia y es, precisamente, el acceso a la salud.

Este capítulo tiene como propósito brindar un panorama amplio e integral de la problemática desde la experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes, mostrando las dificultades que experimentan de manera diferenciada las personas migrantes y refugiadas para lograr tanto la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud (sgsss) como la atención en urgencias. Las particularidades de los flujos migratorios provenientes de Venezuela, aunadas al hecho de que constituyen casi la totalidad de la población que hasta ahora ha atendido la Clínica, ameritan una serie de precisiones que expliquen las circunstancias específicas de las personas de esta nacionalidad.

Con el fin de ofrecer ese panorama, el capítulo se estructura de la siguiente forma: en primer lugar y para comprender la envergadura de la problemática que enfrenta el sistema de salud en Colombia, resulta fundamental entender la situación del sistema de salud venezolano y las necesidades insatisfechas con las que llega esta población a Colombia. En los siguientes acápites me referiré a la experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes para, a partir de esta, mostrar la relación que existe entre la regularización migratoria y el acceso a la salud. Luego, abordaré el marco normativo nacional aplicable a la atención en urgencias y a la afiliación al sgsss. Finalmente, esgrimiré algunas conclusiones sobre esta temática.

1. Contexto: las necesidades insatisfechas en salud de la población que migra hacia Colombia

Colombia es un país de tránsito y de destino para flujos migratorios provenientes de países asiáticos y africanos, así como de Haití y Cuba, que cruzan la selva del Darién para luego atravesar Centroamérica y México con destino hacia los Estados Unidos¹. Sin embargo, el flujo migratorio más numeroso actualmente es el de personas provenientes de Venezuela, que supera los 1,8 millones en Colombia². Esto es relevante porque el volumen de personas provenientes de Venezuela y la gravedad de la crisis humanitaria compleja que atraviesa ese país, explican que esta población llegue a los países de acogida en búsqueda de la atención de sus necesidades insatisfechas en materia de salud.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advirtió que la crisis humanitaria que atraviesa Venezuela “constituye un factor determinante del desplazamiento” y que muchas personas migran debido a la falta de acceso a sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales³; en particular, debido al grave deterioro de los servicios de salud, la insuficiencia de alimentos y la dificultad en el acceso a servicios públicos⁴. En este sentido y advirtiendo asimismo la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y, en algunos casos, a la salud sexual y reproductiva, la CIDH ha emitido una serie de medidas cautelares con respecto al Estado venezolano, para la protección de grupos determinados o determinables de personas que padecen necesidades específicas en salud, que permiten conocer en mayor profundidad el estado del sistema de salud del vecino país⁵.

Esta situación, caracterizada por la escasez y el desabastecimiento de medicamentos, la ausencia prolongada de energía eléctrica y agua en los hospitales, y el éxodo del personal de la salud⁶, hace parte de una viola-

1 OIM, “Migrantes extracontinentales en América del Sur: Estudio de casos”, *Cuadernos Migratorios*, N.º 5 (2013).

2 “R4V, Plataforma de Coordinación para Migrantes y Refugiados de Venezuela”, *ACNUR y OIM*, <https://r4v.info/es/situations/platform>; “Distribución de Venezolanos en Colombia (agosto del 2021)”, Migración Colombia, <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/estadisticas/tag/infografias>.

3 CIDH, “CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos”, Comunicado N.º 106/20 (8 de mayo del 2020).

4 *Ibid.*

5 Véanse, entre otras: CIDH, C. L. y otros respecto de Venezuela. Personas identificadas con Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (Sida). Res. 76/2018 (4 de octubre del 2018); Hospital Maternidad Concepción Palacios respecto de Venezuela. Res. 13/2019 (18 de marzo del 2019); Niños, niñas y adolescentes pacientes en trece servicios del Hospital José Manuel de los Ríos respecto de Venezuela (ampliación). Res. 43/2019 (21 de agosto del 2019); 12 mujeres con cáncer de mama respecto de Venezuela. Res. 68/2020 (14 de octubre del 2020).

6 CIDH, “Capítulo IV: Venezuela”, *Informe Anual 2019* (OEA/Ser.LJ/V/II, Doc. 5) (24 de febrero del 2020), párrs. 434 y ss.

ción masiva de derechos humanos que explica la salida también masiva de personas venezolanas de su país, así como la alta vulnerabilidad en que se encuentran al llegar a sus países de destino. En una de las resoluciones de medidas cautelares frente a Venezuela del 2020, la CIDH señaló que hay una escasez del 61,1 % de medicinas e insumos médicos, el 50 % de los quirófanos están inactivos y el 80 % de los servicios de diagnóstico son inservibles⁷.

Estas necesidades en salud superan las estructuras de apoyo social existentes en Colombia, incluyendo al sistema de salud⁸. La razón por la que se afirma que la migración en sí misma “es un determinante estructural que tiene un impacto diferencial en la salud y a lo largo de la vida de las personas”⁹ es porque en el tránsito migratorio se incrementa el riesgo de ser sometidos a múltiples formas de violencia, en especial las mujeres y niñas, así como del contagio de enfermedades transmisibles¹⁰. Adicionalmente, la imposibilidad de cubrir las necesidades básicas, la ruptura y separación de las familias, la discriminación y la xenofobia, incrementan el riesgo de sufrir afectaciones a la salud mental¹¹. En ese contexto, se ven más perjudicados los grupos históricamente discriminados y en una situación de mayor vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres y niñas (en especial aquellas lactantes y gestantes), personas con alguna discapacidad, adultos mayores, niños, niñas y adolescentes (NNA), población LGTBI, personas indígenas, entre otros.

2. La experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes

Desde sus inicios, la necesidad que más ha atendido la Clínica Jurídica para Migrantes es el acceso a la salud. A pesar de que las cifras que la Clínica maneja internamente no constituyen una muestra representativa de la población migrante y refugiada en Colombia —ni siquiera en Bogotá—, estos datos sí presentan al menos dos tendencias importantes: (1) el acceso a la salud es una de las principales necesidades de esta población y (2) existe un vínculo ineludible entre la regularización migratoria y la posibilidad de ver satisfecha dicha necesidad.

7 CIDH. Res. 68/2020, párr. 23. CIDH. “CIDH y redesca condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social”, Comunicado de prensa 052/2019 (1.º de marzo del 2019).

8 Profamilia y Usaid, *Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia: ¿Cómo mejorar la respuesta local dentro de la emergencia sanitaria?* (Bogotá, 2020), 15.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, 16.

11 *Ibid.*, 101.

Del total de necesidades atendidas y que se clasifican de conformidad con las categorías establecidas en la plataforma en la que registramos los casos atendidos (nacionalidad, educación, vivienda/desalojo, entre otras)¹², la salud representa el 28 % de estas. De las 64 personas que habían acudido a la Clínica hasta el 14 de octubre del 2020¹³ con el objetivo de sortear las barreras jurídicas que existen para la atención en salud, cabe destacar que 43, es decir el 67 %, se encuentran en situación migratoria irregular. Las personas en situación irregular, no afiliadas al scsss y que padecen enfermedades graves, constituyen el 47 % de la población que acude a la Clínica. Por *enfermedades graves* ha de entenderse aquellas que pongan en peligro la vida de la persona, como es el caso de enfermedades como el cáncer, el VIH, la insuficiencia renal, la insuficiencia hepática, entre otras.

A continuación, describiré dos de los casos más críticos atendidos por la Clínica, que ilustran y ejemplifican lo que enfrentamos en decenas de casos. Las historias de estas personas muestran las dificultades que existen para afiliarse al scsss, la insuficiencia de las estrategias jurídicas frente a la realidad que viven, el riesgo inminente en el que se encuentran las personas migrantes que requieren atención urgente en salud y el temor que enfrentan al activar la vía judicial, en la medida en que puede conducir a un procedimiento administrativo sancionatorio por ingreso y permanencia irregular. Utilizaré seudónimos, para proteger a la identidad de nuestros usuarios.

2.1. Andrés Hernández

El señor Hernández, de nacionalidad venezolana, había sido diagnosticado en Venezuela con un cáncer que comprometía la orofaringe y la laringofaringe. Debido a la imposibilidad de acceder al tratamiento en Venezuela, ingresó a Colombia de manera irregular por no contar con un pasaporte y solicitó el reconocimiento de su condición de refugiado. Obtuvo un salvoconducto sc-2 y fue afiliado a una entidad promotora de salud (EPS) en el régimen subsidiado de salud. Sin embargo, su salvoconducto venció el 9 de febrero del 2020 y la prórroga no fue autorizada sino hasta el 18 de marzo, fecha para la cual ya se habían suspendido los trámites presenciales de Migración Colombia a causa de la declaratoria de emergencia sanitaria de la covid-19¹⁴.

12 La Clínica hace parte del Programa de Asistencia Legal a Personas con Necesidad de Protección Internacional y Víctimas del Conflicto Armado de la Corporación Opción Legal. Este programa cuenta con un aplicativo para la gestión de los casos y el registro de información en el ámbito nacional, Ánfora, de donde fueron tomados estos datos en lo concerniente específicamente a la Universidad de los Andes.

13 Esta es la fecha de corte de los datos tomados para la elaboración de este capítulo.

14 Con el objetivo de prevenir y controlar la propagación de la covid-19 en las instalaciones de Migración Colombia, se suspendieron los trámites presenciales y se suspendió provisionalmente la

Debido al vencimiento de su salvoconducto, la EPS suspendió su afiliación, a pesar de que padecía una enfermedad catastrófica y que la demora en la expedición de la prórroga del salvoconducto no había sido imputable a él. No fue sino hasta el 1.º de abril que Migración Colombia expidió una resolución que suspendía la contabilización de los términos para el vencimiento de los salvoconductos expedidos en el marco del trámite de reconocimiento de la condición de refugiado¹⁵, de modo que no cobijaba la situación del señor Hernández por ser previa a esa fecha. En su caso, a pesar de contar con un correo de Migración Colombia mediante el cual autorizaba la prórroga, la EPS se negó a reactivar la afiliación, dejando al usuario sin acceso a las citas que requería de oncología y radiología, y sin el tratamiento de quimioterapia.

Desde la Clínica interpusimos una acción de tutela solicitando al juez que ordenara a la EPS reactivar la afiliación con base en el hecho de que se trataba de una persona con necesidad de protección internacional, con estatus regular y que no había podido acceder a la prórroga del salvoconducto por un hecho de fuerza mayor como lo es la pandemia. El juez en este caso concedió la medida provisional solicitada, ordenando que se agendaran las citas y se entregaran los medicamentos que requería. Luego, en su fallo de tutela, amparó los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la salud, ordenando a la EPS la programación de las citas y entrega de los medicamentos que requería con urgencia. Sin embargo, debido a que negó el tratamiento integral y a la omisión de pronunciarse sobre la solicitud de reactivación inmediata al scsss, impugnamos esta decisión. Asimismo, nos vimos en la obligación de presentar un incidente de desacato porque las órdenes no fueron cumplidas dentro de las 48 horas otorgadas por el juez de primera instancia. El juez emitió dos autos en fechas distintas, requiriendo el cumplimiento de la orden, mientras la salud del señor Hernández se deterioraba a pasos agigantados.

El 20 de mayo del 2020 el señor Hernández falleció, lo que llevó al archivo del incidente de desacato por carencia de objeto, no sin que antes el juez advirtiera que la EPS había incumplido con las órdenes judiciales y que su actuación no había sido diligente ni prudente en la prestación del servicio. El fallo de segunda instancia que concedía el amparo de la atención integral en salud llegó el 1.º de julio del 2020, más de un mes después de la muerte del señor Hernández. Se interpuso una queja ante la

contabilización del tiempo de vigencia de los salvoconductos de permanencia y de algunos permisos, incluido el PEP. Véase: Res. 918/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. "Por la cual se adoptan medidas extraordinarias temporales para la prestación de los trámites y servicios migratorios a nivel nacional y se dictan otras disposiciones".

15 Res. 1006/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se adoptan medidas urgentes y transitorias para garantizar la prestación del servicio y se suspenden términos en procesos y procedimientos adelantados por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia".

Superintendencia de Salud que, a la fecha en la que se escribe este capítulo, sigue en curso.

2.2. Ronald Pérez

El señor Pérez, de nacionalidad venezolana, se vio forzado a salir de su país debido a la difícil situación económica que enfrentaba. Se encontraba en estatus migratorio irregular, pues no contaba con un pasaporte y su paso hacia Colombia no fue por un puesto de control habilitado. Una noche de mayo del 2020 se acercó a una clínica privada, pensando que se trataba de un hospital público, para ser atendido por urgencias al sentir un agudo dolor en el pecho. Tras practicarle algunos exámenes, le indicaron que tenía una obstrucción en las arterias y que estaba padeciendo un infarto al corazón, por lo que requería que se le practicara inmediatamente un cateterismo, pero este procedimiento tenía un costo de 10 000 000 de pesos.

Al no contar con los recursos para costearlo, decidió dirigirse a una institución prestadora de servicios de salud (ips) pública. Le entregaron una cuenta de cobro de todos los procedimientos correspondientes a la atención inicial de urgencias por el monto de 750 000 pesos. Aun a sabiendas de que el médico había indicado que debía dirigirse cuanto antes a una ips en la que le pudieran practicar el cateterismo, no lo dejaban salir de la clínica hasta que no pagara el saldo adeudado. Después de una difícil negociación, accedieron a permitirle firmar un pagaré y cancelar 50 000 pesos de la deuda para poder salir de allí.

Una vez en la ips pública fue ingresado a cuidados intensivos, donde sufrió otros dos infartos mientras se surtían los trámites para poder practicarle el cateterismo que requería. Más tarde e inexplicablemente, el hospital le informó que no contaba con la infraestructura necesaria para realizar esa intervención, de modo que debía ser remitido a una institución de nivel iv. Antes de que ocurriera tal remisión, el 26 de mayo del 2020 interpusimos una acción de tutela en contra del hospital solicitando: (1) que se tutelaran los derechos del señor Pérez a la vida, a la vida digna y a la salud; (2) que se ordenara al hospital en cuestión brindar la atención y los procedimientos necesarios para preservar su salud y su vida, entre esos el cateterismo que requería con urgencia, y que se ordenara al Fondo Financiero Distrital cubrir la totalidad de los procedimientos, por configurarse una urgencia.

El juez de tutela de primera instancia concedió una medida provisional, ordenando al hospital en el que se encontraba que realizara “todos los procedimientos médicos y medidas urgentes que sean necesarias para preservar su vida y salud de cara a su diagnóstico”. Tomando en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en cuanto a la necesidad de considerar la remisión como parte de la atención en urgencias cuando se requiera

para evitar desenlaces irreparables sobre la vida y la integridad de una persona que enfrenta un alto riesgo¹⁶, se interpuso un derecho de petición ante el hospital solicitando la remisión de forma urgente e inmediata. Este derecho de petición nunca fue contestado y la remisión no ocurrió sino dos semanas después de su ingreso.

El juez de primera instancia tuteló los derechos a la salud y a la vida del señor Pérez y, en consecuencia, ordenó tanto al hospital como a la Secretaría Distrital de Salud realizar, por medio de una IPS de su red de prestadores y en un término de 48 horas, los procedimientos quirúrgicos que requería. Adicionalmente, instó al accionante a atender a la normatividad vigente de afiliación al SGSSS, lo que incluye “la regularización inmediata de la situación migratoria, pues en el presente trámite *no se advierte que la accionante ni el agenciado hayan adelantado el proceso respectivo para obtener el permiso especial de permanencia*” (énfasis añadido).

Se impugnó esa decisión, precisamente porque el *a quo* no valoró la imposibilidad de acceder a mecanismos de regularización migratoria, lo que a su vez hacía imposible su afiliación al SGSSS. Allí, se hizo un recuento como el que se hará en este capítulo, de las barreras de acceso a cada uno de los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, el juez de segunda instancia reiteró las normas sobre la afiliación al SGSSS, señalando que se requiere un documento válido y la acreditación de la permanencia regular en el territorio para poder surtir ese trámite, por lo que confirmó el fallo de primera instancia.

Mientras esto ocurría, el señor Pérez pasó dos semanas en el hospital, a la espera de la remisión a una IPS de mayor complejidad. Cuando finalmente fue remitido a otro centro de salud, pasó una semana más a la espera de que se le practicara la cirugía del corazón que se sabía necesaria desde el primer día que presentó un infarto. El 12 de junio del 2020, durante la intervención que llevaba tres semanas esperando, falleció. Las condiciones de su muerte no solo denotan negligencia por parte de los prestadores del servicio, sino que ejemplifican los obstáculos que enfrentan las personas migrantes en el sistema de salud. La familia del señor Pérez debió asumir todas las cuentas pendientes en los hospitales por los que fue atendido.

En este caso también debe destacarse que el juez de primera instancia, en su auto de admisión de la tutela, vinculó a Migración Colombia, por lo que el señor Pérez, mientras se encontraba hospitalizado, recibió una citación a comparecer ante la autoridad migratoria “en aras de aclarar su situación migratoria” ante un funcionario adscrito a la Coordinación de Verificaciones de la Regional Andina de Migración Colombia. Presentamos un memorial indicando las razones por las cuales el señor Pérez no

16 C. Const., Sent. T-403, ago. 30/2019. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C. Const., Sent. T-197, may. 14/2019, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

podía comparecer y Migración Colombia insistió entonces en que acudiera su pareja, también en estatus irregular, en nombre propio y en calidad de agente oficioso del señor Pérez. Para el momento en el que esta tuvo que acudir a la cita ya había fallecido el señor Pérez y la autoridad migratoria se abstuvo de iniciarle un procedimiento sancionatorio por permanencia irregular.

Estos son solo dos de los casos más críticos entre las decenas de casos que ha atendido la Clínica en materia de salud. Espero que estas historias, por demás dolorosas e injustas, permitan ilustrar las barreras que explicaré en los siguientes apartados y muestren la necesidad de que se adopte una política pública integral y con enfoque de derechos humanos, orientada a garantizar a las personas migrantes y refugiadas el ejercicio de sus derechos en Colombia.

3. La ineludible relación entre la regularización migratoria y el acceso a la salud: el caso particular de las personas de nacionalidad venezolana

Como se desprende de las historias de los señores Andrés Hernández y Ronald Pérez, y como mostraré en el acápite sobre las normas en materia de salud en Colombia, un requisito fundamental para recibir una atención integral en salud es ser titular de la documentación válida que acredite la permanencia regular. De allí que la principal barrera para la garantía de este derecho sea la regularización migratoria. Ahora bien, ¿por qué ha sido tan difícil para la población migrante y refugiada, pero en particular para las personas provenientes de Venezuela, regularizar su estatus migratorio en Colombia? La experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes nos ha mostrado que estos obstáculos siguen siendo desconocidos por jueces y autoridades, razón por la cual hemos implementado como práctica la inclusión de un acápite en nuestras acciones jurídicas que los explique¹⁷.

La principal dificultad que enfrenta esta población es la imposibilidad de acceder a documentos oficiales en Venezuela. Se trata de una situación ampliamente informada desde hace varios años y es que acceder a un pasaporte en el vecino país es sumamente difícil y oneroso, toda vez que, frente a la inoperatividad de las autoridades, las personas se ven obligadas a acceder al documento por medio de actos de corrupción, que a menudo

17 Según se requiera en cada caso, la Clínica Jurídica para Migrantes incluye en derechos de petición, acciones de tutela, solicitudes de refugio, intervenciones ciudadanas ante la Corte Constitucional y demás documentos, un acápite titulado "Barreras para la regularización migratoria que enfrentan las personas provenientes de Venezuela". Allí explicamos lo que señalo en este acápite, en un esfuerzo por mostrar a las autoridades y jueces que existen barreras infranqueables para acceder a los mecanismos de regularización migratoria para las personas venezolanas.

exceden los cientos —incluso miles— de dólares¹⁸. La CIDH se ha referido a esta situación como violatoria de los derechos a la identidad y a la libre circulación y residencia por parte del Estado venezolano, que impide el ingreso regular a otros Estados¹⁹.

Antes de la entrada en vigor del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), el Ministerio de Relaciones Exteriores adoptó medidas para permitir el ingreso, tránsito y salida del territorio colombiano con el pasaporte venezolano vencido hasta por dos años²⁰, pero ello no necesariamente resolvía la barrera que enfrentaba esta población para cumplir con el requisito exigido para acceder a una visa o al Permiso Especial de Permanencia (PEP), consistente en haber sellado el pasaporte en un puesto habilitado de control migratorio al ingresar. Con la adopción del ETPV, esta situación se ve atenuada: primero, porque solo las personas que ingresen al territorio nacional durante los dos primeros años de la vigencia del Estatuto deberán acreditar el requisito de haber ingresado de forma regular, sellando su pasaporte; segundo, porque el Ministerio de Relaciones Exteriores autorizó que el pasaporte venezolano, vencido hasta por diez años, sea utilizado para ingresar, transitar, permanecer y salir del territorio colombiano²¹.

Una situación que encontramos a diario en la Clínica es que hay usuarios que tienen pasaporte pero que, como la autoridad migratoria venezolana (Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, SAIME) no sella los pasaportes vencidos al salir del territorio venezolano, Migración Colombia se ve impedida para sellar el documento al ingresar porque, a falta del sello de salida, no podrían dar cuenta de los movimientos

18 Emily Avendaño, "Las mafias del Saime por un pasaporte", *El Estímulo*, 10 de octubre del 2017; Guillermo D. Olmo, "Por qué es tan difícil conseguir un pasaporte para salir de Venezuela", *Publimetro*, 29 de agosto del 2018; "El Saime da un tiro de gracia a derechos a la identidad y al libre tránsito", *Transparencia Venezuela*, 21 de noviembre del 2019; "Director del Saime sobre pasaportes: No tiene sentido imprimirlos sino cuando volvamos a una normalidad relativa", *Efecto Cocuyo*, 8 de octubre del 2020.

19 CIDH. *Venezuela: Informe Anual 2019*, párr. 117. Véase también: CIDH, Res. 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas (2 de marzo del 2018); ONU. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, 12 de julio del 2019, párr. 73.

20 Res. 872/2019, Ministerio de Relaciones Exteriores, "Por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido". Adicionalmente, el Ministerio de Relaciones Exteriores publicó el Proyecto de Resolución "por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito, permanencia y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido, y se deroga la Resolución 872 de 2019" (estuvo abierto a comentarios entre el 30 de abril al 4 de mayo del 2021). Este plantea extender la anterior medida por un término de diez años contados a partir de la fecha de vencimiento del pasaporte o de su prórroga. Dicho proyecto, que al momento en el que se escribe este capítulo no ha pasado a ser parte del ordenamiento, puede ser consultado en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/proyecto_resolucion_sobre_admision_de_pasaportes_venezolanos_vencidos.pdf.

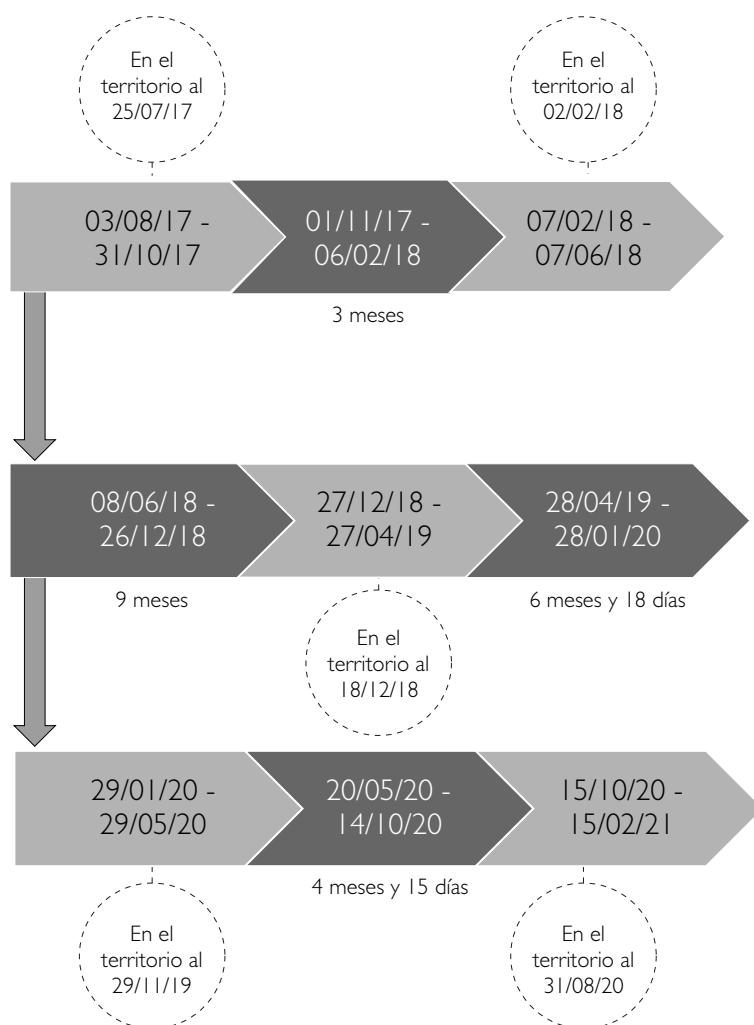
21 Res. 2231/2021, Ministerio de Relaciones Exteriores, "Por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito, permanencia y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido, y se deroga la Resolución 872 de 2019".

migratorios de esa persona. También se reportan con frecuencia robos y destrucción de documentos o cobros indebidos en la frontera por parte de las autoridades venezolanas. Con estas dificultades prácticas en mente, procederé a referirme brevemente a las barreras de acceso que enfrentan las personas venezolanas para acceder a una visa y, en segundo lugar, a las que en su momento enfrentaban para acceder al PEP. Luego, me referiré al ETPV y, por último, haré unas precisiones específicas sobre el salvoconducto de permanencia para el trámite de refugio.

En cuanto a los requisitos para adquirir visas, no solo es necesario presentar un pasaporte con sello de ingreso al territorio, sino también documentos apostillados, contratos laborales, entre otros²², que resultan de muy difícil acceso para la población venezolana en situación de vulnerabilidad. Más aún, los costos del trámite para la obtención de una visa y de una cédula de extranjería pueden superar los 300 dólares, de modo que no es accesible para una población con necesidad de protección internacional o cuya migración ha sido forzada, en su mayoría en situación de extrema pobreza²³. Cabe destacar que constituye una obligación de las personas venezolanas que se acojan al ETPV solicitar y obtener una visa durante la vigencia de este²⁴.

En el 2017, el Ministerio de Relaciones Exteriores creó el PEP específicamente para la población proveniente de Venezuela. Sin embargo, a pesar de que para entonces ya era bien conocida la situación de emisión de pasaportes en ese país, desde su creación se exigió “haber ingresado al territorio nacional por Puesto de Control Migratorio habilitado con pasaporte”²⁵. Adicionalmente el PEP, que ha entrado en un régimen de transición en virtud de la entrada en vigor del ETPV y que ya no está siendo emitido²⁶, tenía importantes limitaciones de carácter temporal; se trataba de una medida fragmentaria y que no fue permanente, sino que se habilitó en cinco oportunidades y, para cada una de ellas, se estableció la fecha en la que la persona debía haber ingresado para poder solicitarlo y abrió un plazo de cuatro meses para tramitarlo. A continuación, se muestran los periodos que estuvieron cubiertos por este mecanismo y los que no (figura 1).

- 22 Res. 6045/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y deroga la Resolución 5512 del 4 de septiembre de 2015”.
- 23 “Dejusticia presenta el panorama de las rutas de regularización migratoria en Colombia”, *Dejusticia*, 2 de octubre del 2020.
- 24 Res. 971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”, art. 40, numeral 3.
- 25 Res. 5797/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores, “Por medio de la cual se crea un permiso especial de permanencia”, art. 1.
- 26 D. 216/2021, “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo el Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”, art. 19. Res. 971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”, art. 38.



□ Fecha para la cual la persona debía estar en el territorio para solicitar el PEP

■ Periodo habilitado para solicitar el PEP

■ Periodo sin habilitación del PEP

FIGURA 1.
Fechas del PEP

Fuente: elaboración propia con base en las resoluciones del Ministerio de Relaciones Exteriores que establecen términos para el PEP y de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, que los implementa (Anexo 1).

De la figura 1 se desprende que *durante más de veintitrés meses, es decir durante casi dos años de los tres años por los cuales existió el PEP, este mecanismo de regularización migratoria no estuvo habilitado*. También es importante destacar que el PEP estaba dirigido a autorizar la permanencia de los nacionales venezolanos que se encontraran en el territorio nacional “sin la necesidad de establecerse”, por lo que no era equivalente a una visa ni permitía acumular tiempo para obtener la visa de residente²⁷. Otra desventaja importante es que este permiso omitía la posibilidad de que se solicitara para el núcleo familiar como beneficiarios; de allí que tengamos casos en la Clínica Jurídica para Migrantes en los que los padres son o fueron portadores de PEP, pero los hijos se encontraban en situación migratoria irregular y sin documento válido para lograr la afiliación en los términos del Decreto 064 del 2020 antes descrito.

El único PEP que no exigía el pasaporte sellado era el PEPFF (para el Fomento de la Formalización)²⁸, pero a la fecha no se tienen datos oficiales de cuántas personas han podido acceder a este²⁹ y en la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes solo tuvimos un usuario que pudo hacerlo. Esta falta de cifras tampoco permite analizar objetivamente cuáles pudieron haber sido algunas falencias en el proceso de obtención del PEPFF, que dejó de emitirse con ocasión de la entrada en vigor del ETPV. Ahora bien, al tratarse de un trámite que no estaba en manos de la persona extranjera, sino del potencial empleador, es posible que esto haya sido una dificultad para acceder al documento, porque no dependía de la voluntad de quien lo solicitaba. También cabe preguntarse si, en un contexto en el que priman la precarización y la informalidad³⁰, existían suficientes incentivos para que los empleadores llevaran a cabo este trámite.

27 El artículo 21 de la Resolución 6045 del 2017 establece entre las causales para obtener una visa de residente o tipo R, haber permanecido en el territorio nacional de forma continua o ininterrumpida por dos o cinco años, según apliquen los supuestos allí previstos. Los requisitos que se deben acreditar en esos casos están contemplados en el artículo 56 de dicha resolución. Ahora bien, es importante tomar en cuenta que el artículo 11, parágrafo segundo, del Decreto 216 del 2021, que crea el ETPV, establece que los titulares de PEP vigente al momento de la entrada en vigencia del Estatuto, “podrán acreditar con este documento su permanencia en Colombia para los efectos de la acumulación de tiempo para aplicar a una Visa Tipo R”.

28 D. 117/2020; “Por el cual se adiciona la Sección 3 al Capítulo 8 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización-PEPFF”.

29 No hay cifras publicadas en los sitios web de Migración Colombia ni del Ministerio del Trabajo. Sin embargo, el director de Migración Colombia dijo el 4 de septiembre del 2020 que 3400 personas se habían beneficiado del PEPFF. Véase: <https://twitter.com/MigracionCol/status/1301906963748589570?s=20>.

30 Véase: BID y OIT, “Inclusión laboral para la población migrante proveniente de Venezuela en Colombia. Sistematización del piloto para la identificación y mitigación de barreras de acceso al mercado laboral del servicio público de empleo”, BID y OIT, 2020, <https://reliefweb.int/report/colombia/inclusi-n-laboral-para-la-poblaci-n-migrante-proveniente-de-venezuela-en-colombia>; CODHES et al. *Necesidades de protección de las personas venezolanas forzadas a migrar, refugiadas y en riesgo de apatridia en Colombia. Informe país como aporte a la audiencia temática 168 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, Bogotá, 2018, 19-22, <https://codhes.files>.

Según el Ministerio de Salud y Protección Social, para diciembre del 2019 un 80,6 % de las personas con PEP no estaba afiliada al sgsss³¹, lo que significa que la regularización migratoria no es la única barrera para lograr la vinculación al sistema. Aunque seguramente pueden ser más las razones, de la experiencia de la Clínica es posible identificar al menos dos situaciones que explican por qué alguien en situación migratoria regular podría no estar afiliado al sgsss. La primera tiene que ver con el desconocimiento sobre el funcionamiento del sistema de salud en Colombia y los pasos a seguir para afiliarse. La segunda es que hay una serie de dificultades, agudizadas durante la pandemia causada por la COVID-19, para obtener el puntaje Sisbén. Salvo las excepciones previstas en el Decreto 064 del 2020, el puntaje Sisbén es un requisito indispensable para afiliarse al sgsss y desde la Clínica Jurídica para Migrantes hemos registrado retrasos en la realización de la encuesta y en la posterior entrega del puntaje durante la pandemia, lo que a su vez impide que las personas puedan culminar su proceso de afiliación a una EPS³².

Luego, si para agosto del 2021, 1,4 de los más de 1,8 millones de personas venezolanas se encontraban en situación migratoria irregular³³ y la permanencia regular es un requisito para la afiliación, esto significa que más del 80 % de esta población no estaba afiliada al sistema de salud. Tomando en consideración estas dificultades asociadas al estatus migratorio, el Gobierno colombiano le ha apostado al ETPV, al que me referiré a continuación y que se espera contribuya a cerrar esta enorme brecha en el acceso a la salud.

En febrero del 2021 se anunció esta medida, que luego se crearía en virtud del Decreto 216 del 2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores, definido como “un mecanismo jurídico de protección temporal” que busca, primero, generar un registro de información de la población migrante venezolana y, segundo, otorgar un “beneficio temporal de regularización” a quienes cumplan los requisitos allí establecidos. En principio, se trata de una medida con una vigencia de diez años³⁴ y a la que pueden acceder las personas que ya fuesen portadoras de un PEP, un Permiso de Ingreso y

wordpress.com/2018/07/informe-migrantes-y-refugiados-vz-en-col.pdf; Fundación Panamericana para el Desarrollo (FUPAD), *Estudio sobre las posibilidades de vinculación laboral de población venezolana migrante en Bogotá, Barranquilla y Cartagena*, <https://www.fupad.org/wp-content/uploads/Informe-completo-version-digital.pdf>.

31 Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, *Documento CONPES N.º 3976*, 25.

32 En tres casos nos vimos en la necesidad de interponer una acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Planeación para que llevaran a cabo la encuesta.

33 “Distribución de Venezolanos en Colombia”.

34 El artículo 2 del Decreto 216 del 2021 indica que el Gobierno podrá prorrogar o dar por terminados los efectos del Estatuto en cualquier momento, en virtud de la facultad discrecional que le asiste en materia de relaciones exteriores. De allí que se señale que su vigencia es, en principio, de diez años.

Permanencia (PIP) o un Permiso Temporal de Permanencia (PTP) vigente; quienes contaran con un salvoconducto de permanencia en el marco de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; quienes se encontraran de forma irregular en el territorio al 31 de enero del 2021 y, por último, quienes ingresaran al territorio de forma regular durante los primeros dos años de vigencia del Estatuto.

A pesar de tratarse de una medida positiva y única en su tipo en la región, sigue dejando algunos vacíos de protección que permiten sostener que el acceso a la regularización migratoria y por tanto a la afiliación al sgss, continúa siendo un reto en Colombia. En primer lugar, es necesario hacer énfasis en que desde marzo del 2020 hasta junio del 2021 las fronteras terrestres, fluviales y marítimas entre Colombia y Venezuela permanecieron cerradas con ocasión de la pandemia de la covid-19³⁵. Esto significa que la única forma de ingresar a Colombia desde Venezuela durante ese periodo era por vía aérea, lo que requería contar con un pasaporte y con los recursos económicos para ello. Sin embargo, las necesidades apremiantes que obligan a las personas venezolanas a huir de su país persisten, razón por la cual, posterior al 31 de enero del 2021, han seguido ingresando personas de forma irregular e insegura. Para estas personas ya no existe la posibilidad de acceder a un PEP y la única vía que tienen disponible es la solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado, para quienes se enmarquen bajo dicha definición.

En segundo lugar, si bien el Estatuto le permitiría a la población venezolana acceder a un Permiso por Protección Temporal (PPT) válido para afiliarse al sgss, al cabo de diez años estas personas deberán haber logrado sortear las dificultades ya descritas y haber conseguido un pasaporte, los recursos económicos y los requisitos necesarios para poder transitar hacia una visa. Si en ese periodo no logran reunirlos, quedarán en situación irregular, por fuera del término para considerar el reconocimiento de condición de refugiado o habiendo desistido de la solicitud³⁶, y podrán ser sometidas a un procedimiento administrativo sancionatorio.

Por último, el contexto actual exige una mención especial al salvoconducto de permanencia sc-2 para trámite de refugio. El Decreto 1067 del 2015 prevé que el salvoconducto es un documento de carácter temporal y que podrá expedir Migración Colombia al extranjero que deba

35 D. 412/2020, "Por el cual se dictan normas para la conservación del orden público y se dictan otras disposiciones". Esta medida ha sido prorrogada en múltiples oportunidades. Véase: <https://www.migracioncolombia.gov.co/tramites-y-servicios/tag/Cierre%20de%20Frontera#:~:text=FRONTERAS%20DE%20COLOMBIA%20PERMANECER%20CERRADAS,01%20de%20octubre%20de%202020>.

36 Por un lado, el Decreto 1067 del 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores prevé que la persona deberá presentar su solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado dentro de los dos meses posteriores a su ingreso y, por otro lado, el Decreto 216 (art. 17) y la Resolución 971 (art. 37) establecen que para que la persona pueda acceder a un PPT, deberá haber desistido de su solicitud del reconocimiento de la condición de refugiada.

permanecer en el país, mientras la Cancillería adopta una decisión frente al reconocimiento de su condición de refugiado o asilado y la de su familia. Es decir, el salvoconducto no es un mecanismo de regularización *per se*, sino un documento destinado a permitir la estancia en el país a quien tramita una solicitud de refugio que, en caso de ser decidida positivamente, culminará en la expedición de un documento de viaje y una visa.

En el 2020, el Ministerio de Relaciones Exteriores extendió el término de vigencia de estos salvoconductos de 90 a 180 días³⁷. Ahora bien, considerando que no existe un término para que la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado (CONARE), del Ministerio de Relaciones Exteriores, resuelva la situación de una persona que solicita el reconocimiento de su condición de refugiado, esto crea un efecto perverso. Lejos de agilizar los trámites, la Cancillería adoptó esta medida en un contexto en el que las personas permanecen indefinidamente a la espera de la decisión. Además, en la Clínica Jurídica para Migrantes hemos asistido a personas cuyas solicitudes de refugio están siendo rechazadas y luego estas reciben un correo de la Cancillería indicando que deben acogerse al ETPV, incurriendo en una grave confusión entre una medida de regularización migratoria y una obligación internacional de protección internacional³⁸.

4. El derecho a la salud de las personas migrantes y refugiadas en el ordenamiento jurídico colombiano

El artículo 13 de la Constitución Política establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, y gozarán de los mismos derechos sin discriminación alguna, incluido el origen nacional. Asimismo, su artículo 100 establece que los extranjeros disfrutarán de los mismos derechos *civiles* que los nacionales y que gozarán de las mismas garantías que los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Por último, destacan los artículos 48 y 49, conforme a los cuales la seguridad social en salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado y “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”³⁹.

37 D. 1016/2020, “Por medio del cual se modifican los artículos 2.2.1.1.1.4.9 y 2.2.3.1.4.1 del Decreto 1067 de 2015”.

38 “Denuncian rechazos persistentes en las solicitudes de refugio de venezolanos en el país”, *Semana*, 3 de febrero del 2022, <https://www.semana.com/actualidad/articulo/denuncian-rechazos-persistentes-en-las-solicitudes-de-refugio-de-venezolanos-en-el-pais/202202/>.

39 Constitución Política de Colombia (1991).

Además, enmarcado en la obligación de proteger los derechos humanos en condiciones de igualdad y sin discriminación, el derecho a la salud está consagrado en una serie de instrumentos de derechos humanos de los cuales Colombia forma parte. En el sistema interamericano, se encuentra en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador⁴⁰ y, en el sistema universal, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁴¹ y en los artículos 25 y 28 de la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares⁴².

La Ley 1438 del 2011 establece que todas las personas residentes en el país deberán ser afiliados del sgsss, determina las reglas para el caso de aquellas personas que requieran atención en salud y no estén afiliados, y culmina señalando que, a los extranjeros no residentes y no asegurados, se les incentivará adquirir un seguro médico o plan voluntario de salud⁴³. Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social ha definido cuáles son los documentos válidos para poderse afiliar al sgsss y, posteriormente, a una EPS⁴⁴. Ese listado taxativo fue ampliado por medio de la Resolución 3015 del 2017 del mismo ministerio, que incluyó el PEP como un documento válido para lograr la afiliación⁴⁵, y luego por medio de la Resolución 1178 del 2021, que incluyó al PPT⁴⁶. En todo caso, en este acápite haré énfasis en la situación de las personas en situación migratoria irregular, que no cuentan con ninguno de esos documentos para afiliarse al sistema.

En el 2019 el ministerio expidió una circular externa dirigida a “gobernadores, alcaldes, secretarías de salud, del orden territorial o quienes hagan sus veces, entidades promotoras de salud y prestadores de servicios de

40 Aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 319 de 1996 (20 de septiembre).

41 Aprobado por el Estado colombiano mediante la Ley 74 de 1968 (26 de diciembre).

42 Aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 146 de 1994 (13 de julio).

43 L. 1438/2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, art. 32.

44 D. 780/2016. “Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social” (6 de mayo del 2016). En su artículo 2.1.3.5 dispone que los documentos de identificación para efectuar la afiliación y reportar las novedades son: (1) registro civil de nacimiento o certificado de nacido vivo (para menores de tres meses); (2) registro civil de nacimiento (para mayores de tres meses y menores de siete años de edad); (3) tarjeta de identidad (para mayores de siete y menores de dieciocho años); (4) cédula de ciudadanía (para mayores de edad); (5) cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia (para extranjeros); y (6) pasaporte de la ONU para quienes tengan la calidad de refugiados o asilados.

45 Res. 3015/2017, Ministerio de Salud y Protección Social, “Por medio de la cual se incluye el Permiso Especial de Permanencia como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social”. Esta habilitación para que las personas con PEP accedieran a la oferta institucional, se ratificó en el D. 1288/2018, “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos”.

46 Res. 1178/2021, Ministerio de Salud y Protección Social, “Por la cual se incluye el Permiso por Protección Temporal - PPT como documento válido de identificación de los migrantes venezolanos en los sistemas de información del Sistema de Protección Social”.

salud"⁴⁷. Esta circular abrió el camino a la expedición del más reciente Decreto 064 del 2020, toda vez que en ella se indicaba que cuando los padres, "sin atención a su estatus migratorio", no cumplieran con las condiciones para afiliarse al régimen contributivo, no estuviesen clasificados en los rangos I y II del Sisbén o no les hubiese sido aplicada la encuesta⁴⁸, el prestador de los servicios de quien demande la atención sería responsable de gestionar la inscripción ante la EPS del régimen subsidiado. Llama la atención que indica que "ninguna EPS podrá negar la afiliación de un recién nacido, niño, niña y menor de edad, por no contar con la encuesta Sisbén"⁴⁹.

En Colombia, las personas extranjeras en situación irregular "tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos"⁵⁰. La Corte Constitucional ha contribuido a esclarecer el contenido de la expresión *atención en urgencias*, señalando entre otros aspectos que (1) "debe interpretarse a partir del alcance que se le ha dado al derecho a la vida digna"; (2) es una obligación de cumplimiento inmediato y por tanto es exigible de forma directa; (3) es menester brindarla desde una perspectiva de derechos humanos y de salud pública, lo que implica que "debe venir acompañada de una atención preventiva fuerte que evite riesgos sanitarios tanto para los migrantes como para la comunidad que los recibe", y (4) la atención en urgencias puede incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas cuando "sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida"⁵¹. El ordenamiento distingue entre la atención *inicial* de urgencias, orientada a la estabilización de los signos vitales, y la atención de urgencias que

Busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad⁵².

47 Circ. Externa 23/2019, Ministerio de Salud y Protección Social, "Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los recién nacidos, menores de edad, hijos de padres no afiliados y a cargo del ICBF". Esta circular buscaba fomentar la implementación del Decreto 780 del 2016.

48 El Sisbén es el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales. Por medio de un puntaje que se obtiene mediante la aplicación de una encuesta, califica a la población según sus condiciones socioeconómicas.

49 Circ. Externa 23/2019.

50 C. Const., Sent. su-677, nov. 15/2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C. Const., Sent. T-025, ene. 29/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos. Las siguientes normas indican que la atención en urgencias debe brindarse independientemente de la capacidad de pago de la persona que la requiera: D. 412/1992, "Por el cual se reglamentan parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones"; D. 780/2016, Cap. 2; D. 2480/2018, "Por el cual se sustituye el Capítulo 6 del Título 2 de la Parte 9 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016".

51 Estas reglas se encuentran resumidas en C. Const., Sent. T-298, jun. 28/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos.

52 Res. 5269/2017, Ministerio de Salud y Protección Social, "Por la cual autoriza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)", art. 8.

En el 2017 se expidió un decreto por medio del cual se estableció el mecanismo a través del cual el Ministerio de Salud y Protección Social puso a disposición de las entidades territoriales recursos para el pago de atenciones de urgencia prestadas en territorio colombiano a nacionales de países fronterizos. Es oportuno subrayar que en las consideraciones se advierte que para que se brinde la atención en urgencias no es exigible documento o cancelación de pago alguno⁵³.

Luego, el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, expedido mediante la Ley 1955 del 2019, estableció que, con el propósito de lograr la cobertura universal del aseguramiento, cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliada al sgsss, le corresponde a la entidad competente, en coordinación con las EPS e IPS públicas o privadas, afiliar a estas personas al régimen que corresponda, subsidiado o contributivo. Un punto central es que esa misma norma indica que “los gastos en salud que se deriven de la atención a población pobre que no haya surtido el proceso de afiliación definido en el presente artículo, serán asumidos por las entidades territoriales”⁵⁴.

Sin embargo, como se demuestra en este capítulo, persisten algunas barreras infranqueables para lograr la afiliación en el caso de las personas migrantes en situación irregular y, frente a una población en situación mayoritariamente irregular⁵⁵ y que llega a Colombia con enormes necesidades insatisfechas en salud, la mayor parte del peso está recayendo sobre entidades territoriales del más bajo nivel⁵⁶.

La norma aplicable⁵⁷ establece cómo debe proceder el prestador de servicios de salud en tres escenarios en los que los padres del recién nacido no estén afiliados al sgsss:

- 53 D. 866/2017, “Por el cual se sustituye el Capítulo 6 del Título 2 de la Parte 9 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 en cuanto al giro de recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de los países fronterizos”.
- 54 L. 1955/2019, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, art. 236.
- 55 Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, *Radiografía Venezolanos en Colombia (30 de junio del 2020)*, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-junio-de-2020>. Según estos datos, para el 30 de junio del 2020, el 56,4 % de esta población se encontraba en situación irregular en el territorio nacional.
- 56 Ligia Melo Becerra, Andrea Otero Cortés, Jorge Ramos Forero y Ana María Tribín Uribe, “Impacto fiscal de la migración venezolana”, *Documentos de Trabajo sobre Economía Regional y Urbana*, N.º 289 (mayo, 2020), https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/9846/DTSERU_289.pdf?sequence=1&isAllowed=1. Allí se señala que los costos acumulados entre el 2017 y el 2019 en servicios de salud alcanzan 616 235 millones de pesos, lo que representa el 0,06 % del PIB. De los 557 423 millones de pesos gastados por la red pública durante el periodo referido, el Ministerio de Salud y Protección Social solo ha girado 130 000 millones de pesos.
- 57 D. 064/2020, “Por el cual se modifican artículos 2.1.3.11, 2.1.3.13, 2.1.5.1, 2.1.1 y 2.1.3.17, y se adicionan los artículos 1.5.4 y 2.1.5.5 del Decreto 780 2016 en régimen subsidiado, la afiliación de oficio y se dictan otras disposiciones”.

- (i) Si alguno de los padres reúne las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, se deberá registrar a los padres y al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscribir en una EPS de dicho régimen del municipio del domicilio padre cotizante.
- (ii) Cuando los padres no cumplan con las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y se encuentren calificados en los niveles I y II del Sisbén o pertenezcan a alguna población especial, se registrará e inscribirá a los padres y al recién nacido en el régimen subsidiado.
- (iii) En el caso de que a los padres no les haya sido aplicada la encuesta Sisbén o no pertenezcan a alguna población especial y no cumplan con las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, se registrará al recién nacido y a los padres en el Sistema de Afiliación Transaccional y serán inscritos en una EPS del régimen subsidiado del municipio de domicilio de los padres. Estos deberán solicitar, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la inscripción en la EPS, la aplicación de la encuesta Sisbén.

La atención en salud de los NNA, salvo en el caso de los recién nacidos⁵⁸, tiene el mismo alcance que en el caso de los adultos. Es decir, deben acreditar su situación migratoria regular para poder acceder a la atención integral en salud; de lo contrario, la atención se limita a las urgencias médicas. De hecho, en una desafortunada sentencia la Corte Constitucional negó el amparo del derecho fundamental a la seguridad social en salud de un menor de cinco años al que se le había negado la afiliación como beneficiario de su padre en el régimen contributivo, por no portar un documento válido⁵⁹. A pesar de que, como se ha demostrado suficientemente en este capítulo, en aquel momento no existían mecanismos de regularización migratoria para un menor sin pasaporte, la Corte indicó que los padres podían acudir a Migración Colombia “con el documento de identificación que tuviesen [...] con el fin de iniciar el respectivo procedimiento administrativo tendiente a regularizar su situación migratoria”⁶⁰. Adicionalmente, la Corte consideró que, como el menor no padecía de afectaciones a su salud, no se requería una intervención diferencial y urgente por parte del juez de tutela.

De allí la relevancia de la disposición del Decreto 064 del 2020, que establece que las reglas allí contenidas “también aplicarán a los menores

58 Los recién nacidos pueden ser afiliados con registro civil de nacimiento o certificado de nacido vivo, siempre que se trate de un menor de edad de tres meses. Deben ser afiliados independientemente del estatus migratorio de los padres y no les es exigible el puntaje Sisbén. Véase: D. 064/2020. C. Const., Sent. SU-677, nov. 15/2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. C. Const., Sent. T-298, jun. 28/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos. C. Const., Sent. T-178, may. 6/2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

59 Los documentos válidos para ello se encuentran enumerados en el D. 780/2016, art. 2.1.3.5.

60 C. Const., Sent. T-058, feb. 18/2020. M. P. Carlos Bernal Pulido.

de edad que no sean recién nacidos, esto es, a los mayores de 1 mes de nacidos y menores de 18 años, cuando demanden servicios de salud”. Por su parte, se incorporó a la población migrante venezolana entre los grupos que deben ser afiliados en el régimen subsidiado según reúnan las condiciones que allí se señalan. En particular indica:

Los migrantes venezolanos sin capacidad de pago pobres y vulnerables con Permiso Especial de Permanencia – PEP vigente, así como sus hijos menores de edad con documento de identidad válido en los términos del artículo 2.1.3.5 del presente decreto, que permanezcan en el país. El listado censal de esta población será elaborado por las alcaldías municipales o distritales⁶¹.

Este decreto establece que cuando el migrante no haya acreditado su permanencia regular, se terminará la inscripción en la EPS y, con ello, cesará la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud⁶².

Como se desprende de todas estas referencias normativas, el sistema de salud en Colombia es complejo y exige la acreditación de la permanencia regular en el territorio para poder acceder a este. Lo anterior, aunado al desconocimiento del ordenamiento jurídico interno de las personas migrantes, hace necesario el apoyo de un abogado para poder navegar un intrincado entramado normativo que es fragmentado y compuesto por una serie de normas de rango infralegal como decretos, resoluciones y circulares⁶³.

Esta complejidad del sistema también explica que el mayor avance hasta el momento en la garantía del derecho a la salud de la población migrante se haya logrado por medio del poder judicial. La Corte Constitucional, con algunas decisiones más afortunadas que otras, se ha pronunciado con mayor frecuencia desde el 2017 en adelante, sobre el acceso a la salud de la población migrante en situación irregular. Específicamente, se ha pronunciado con respecto a la atención de los NNA⁶⁴, mujeres gestantes y

61 D. 780/2016, art. 2.1.5.1.

62 *Ibid.*, art. 2.1.5.4. Esto se reitera nuevamente al señalar las causales de terminación de la inscripción a una EPS, establecidas en el art. 2.1.3.17, que incluye para el caso de las personas migrantes venezolanas, la no acreditación de la permanencia regular en el país.

63 Véase: Juan Manuel Amaya-Castro, Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, “La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública migratoria con enfoque de derechos en educación y salud”, *Informes CEM. Informe 1-2019*, <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>.

64 C. Const., Sent. T-705, nov. 30/2017. M. P. José Fernando Reyes Cuartas; C. Const., Sent. T-565, nov. 26/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos; C. Const., Sent. T-576, nov. 28/2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger; C. Const., Sent. T-058, feb. 18/2020. M. P. Carlos Bernal Pulido; C. Const., Sent. T-275, jul. 31/2020. M. P. José Fernando Reyes Cuartas; C. Const., Sent. T-390, sept. 7/2020. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

recién nacidos⁶⁵, y pacientes con enfermedades catastróficas⁶⁶ como cáncer y VIH. De allí que en tan solo catorce meses se hayan radicado 1,5 millones de acciones de tutela, de las cuales el 31,8 % ha sido para buscar la protección del derecho a la salud⁶⁷.

Un aspecto que queda por determinar es en cuanto a la implementación del ETPV tiene que ver con la articulación de esta medida con los registros de las EPS, donde un aspecto central será la actualización de los datos de las personas que obtengan el PPT, de tal manera que se garantice siempre la continuidad de la afiliación y se evite que ese tránsito entre documentos genere interrupciones en la atención en salud a las personas de nacionalidad venezolana que se benefician del Estatuto.

Conclusiones

El propósito de este capítulo es mostrar un panorama amplio e integral de la problemática del acceso a la salud de la población migrante y refugiada en Colombia, del que se desprenden varias conclusiones. Quizá la más evidente, pero también la más relevante, es que existe un vínculo estrecho entre la regularización migratoria y el acceso a la salud en Colombia y que, aunque el ETPV pretende contribuir a que la población venezolana pueda acceder a ambas cosas, siguen quedando excluidos quienes no logren entrar dentro de su ámbito de aplicación y persisten algunos vacíos de protección.

Para que las autoridades colombianas puedan adoptar medidas diferenciadas y con un enfoque de derechos humanos, es fundamental la comprensión del contexto venezolano y de situación a la que se enfrentan las personas que se ven obligadas a salir de ese país. Del ETPV se recibe con beneplácito que contempla la adopción de mecanismos que les permita regularizar su estatus migratorio por medio del PPT, a pesar de no contar con documentos oficiales, y se espera que ello contribuya a derrotar, en gran medida, las barreras que hoy enfrentan para acceder a la salud.

La experiencia de la Clínica muestra que la principal necesidad de las personas migrantes y refugiadas es la atención en salud y que, quienes demandan en mayor medida servicios legales para sortear los obstáculos

65 C. Const., Sent. su-677, nov. 15/2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C. Const., Sent. T-298, jun. 28/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos; C. Const., Sent. T-178, may. 6/2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

66 C. Const., Sent. T-210, jun. 1/2018. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C. Const., Sent. T-348, ago. 28/2018. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C. Const., Sent. T-025, ene. 29/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos; C. Const., Sent. T-197, may. 14/2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger; C. Const., Sent. T-403, ago. 30/2019. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C. Const., Sent. T-452, ago. 30/2019. M. P. José Fernando Reyes Cuartas; C. Const., Sent. T-246, jul. 15/2020. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

67 Cindy A. Morales, "La tutela en Colombia, un salvavidas para la salud de los venezolanos", *Consejo de Redacción*, 2021, <https://consejoderedaccion.org/Especiales/salud-en-el-exilio/tutela-Colombia-salvavida-salud-venezolanos.html>.

que hemos descrito, son las personas en estatus irregular y no afiliadas al scsss. También es claro que personas con estatus regular experimentan asimismo dificultades en el acceso a la salud, debido a su origen nacional y a que el marco normativo en materia de salud es complejo y está constituido por un entramado de normas de rango infralegal, que es de difícil comprensión para las personas extranjeras. Por último, si bien la vía judicial ha representado la ruta por la que debe optarse en casos tan graves como los descritos, lo cierto es que persiste el temor de que sea vinculada la autoridad migratoria y se constituya una acción con daño si esta decide iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio.

Referencias

- Amaya-Castro, Juan Manuel, Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani. “La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública migratoria con enfoque de derechos en educación y salud”. *Informes CEM. Informe 1-2019*, (2019). <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>.
- Avendaño, Emily. “Las mafias de Saime por un pasaporte”. *El Estímulo*, 10 de octubre del 2017.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Inclusión laboral para la población migrante proveniente de Venezuela en Colombia. Sistematización del piloto para la identificación y mitigación de barreras de acceso al mercado laboral del servicio público de empleo*, 2019. BID y OIT, 2020. <https://reliefweb.int/report/colombia/inclusi-n-laboral-para-la-poblaci-n-migrante-proveniente-de-venezuela-en-colombia>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “CIDH y REDESCA condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social”, Comunicado de prensa 052/2019 (1.º de marzo del 2019).
- . “Capítulo iv: Venezuela”, *Informe Anual 2019* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5) (24 de febrero del 2020). <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf>.
- . Comunicado de Prensa 106/2020, 8 de mayo del 2020.
- Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento (CODHES), Servicio Jesuita a Refugiados (SJR) Colombia, Servicio Jesuita a Refugiados (SJR) LAC, Pastoral Social-Caritas Colombia, Corporación Opción Legal, Observatorio de Migraciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Grupo Migraciones y Desplazamientos de la Universidad Nacional de Colombia y Fundacolven. *Necesidades de protección de las personas venezolanas forzadas a migrar, refugiadas y en riesgo de apatridia en Colombia. Informe país como aporte a la audiencia temática 168 período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*. Bogotá, 2018. <https://codhes.files.wordpress.com/2018/07/informe-migrantes-y-refugiados-vz-en-col.pdf>.
- “Dejusticia presenta el panorama de las rutas de regularización migratoria en Colombia”. *Dejusticia*, 2 de octubre del 2020.

“Denuncian rechazos persistentes en las solicitudes de refugio de venezolanos en el país”. *Semana*, 3 de febrero del 2022. <https://www.semana.com/actualidad/articulo/denuncian-rechazos-persistentes-en-las-solicitudes-de-refugio-de-venezolanos-en-el-pais/202202/>.

“Director del Saime sobre pasaportes: No tiene sentido imprimirlos sino cuando volvamos a una normalidad relativa”. *Efecto Cocuyo*, 8 de octubre del 2020.

“El Saime da un tiro de gracia a derechos a la identidad y al libre tránsito”. *Transparencia Venezuela*, 21 de noviembre del 2019.

Fundación Panamericana para el Desarrollo (FUPAD). *Estudio sobre las posibilidades de vinculación laboral de población venezolana migrante en Bogotá, Barranquilla y Cartagena*. <https://www.fupad.org/wp-content/uploads/Informe-completo-version-digital.pdf>.

Melo Becerra, Ligia, Andrea Otero Cortés, Jorge Ramos Forero y Ana María Tribín Uribe. “Impacto fiscal de la migración venezolana”. *Documentos de Trabajo sobre Economía Regional y Urbana*, N.º 289 (mayo, 2020). https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/9846/DTSERU_289.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Morales, Cindy A. “La tutela en Colombia, un salvavidas para la salud de los venezolanos”, *Consejo de Redacción*, 2021. <https://consejoderedaccion.org/Especiales/salud-en-el-exilio/tutela-Colombia-salvavida-salud-venezolanos.html>.

Olmo, Guillermo D. “Por qué es tan difícil conseguir un pasaporte para salir de Venezuela”. *Publimetro*, 29 de agosto del 2018.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. 12 de julio del 2019. <https://www.ohchr.org/es/documents/country-reports/report-united-nations-high-commissioner-human-rights-situation-human>.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). “Migrantes extracontinentales en América del Sur: Estudio de casos”. *Cuadernos Migratorios*, N.º 5 (2013).

Profamilia y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid). *Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia: ¿Cómo mejorar la respuesta local dentro de la emergencia sanitaria?* Bogotá, 2020. <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2020/05/Desigualdades-en-salud-de-la-poblacion-migrante-y-refugiada-venezolana-en-Colombia-Como-mejorar-la-respuesta-local-dentro-de-la-emergencia-humanitaria.pdf>.

“R4V, Plataforma de Coordinación para Migrantes y Refugiados de Venezuela”. *ACNUR y OIM*. <https://r4v.info/es/situations/platform>.

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. *Radiografía Venezolanos en Colombia (30 de junio del 2020)*. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-junio-de-2020>.

Jurisprudencia

C. Const. Sent. su-677, nov. 15/2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

C. Const. Sent. T-705, nov. 30/2017. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

C. Const. Sent. T-210, jun. 1/2018. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

C. Const. Sent. T-348, ago. 28/2018, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

- C. Const. Sent. T-025, ene. 29/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- C. Const. Sent. T-178, may. 6/2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- C. Const. Sent. T-197, may. 14/2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- C. Const. Sent. T-298, jun. 28/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- C. Const. Sent. T-403, ago. 30/2019. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- C. Const. Sent. T-452, ago. 30/2019. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- C. Const. Sent. T-565, nov. 26/2019. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- C. Const. Sent. T-576, nov. 28/2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- C. Const. Sent. T-058, feb. 18/2020. M. P. Carlos Bernal Pulido.
- C. Const. Sent. T-246, jul. 15/2020. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- C. Const. Sent. T-275, jul. 31/2020. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- C. Const. Sent. T-390, sep. 7/2020. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Normativa

Circ. Externa 23/2019, Ministerio de Salud y Protección Social.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación (DNP). *Documento CONPES N.º 3976*.

D. 412/1992.

D. 780/2016.

D. 866/2017.

D. 1288/2018.

D. 2480/2018, Ministerio de Salud y Protección Social.

D. 064/2020, Ministerio de Salud y Protección Social.

D. 117/2020.

D. 1016/2020.

D. 216/2021.

L. 74/1968.

L. 146/1994.

L. 319/1996.

L. 1438/2011.

L. 1955/2019.

Res. 3015/2017, Ministerio de Salud y Protección Social.

Res. 5269/2017, Ministerio de Salud y Protección Social.

Res. 5797/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Res. 6045/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Res. 872/2019, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Res. 2/2018.

Res. 76/2018.

Res. 13/2019.

Res. 43/2019.

Res. 68/2020.

Res. 918/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Res. 1006/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Res. 971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Res. 1178/2021, Ministerio de Salud y Protección Social.

Res. 2231/2021, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Anexo

I.

Normatividad implementada por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia relativa al Permiso Especial de Permanencia (PEP)

Actos administrativos que regulan el PEP y establecen términos	Resolución 5797 del 2017/ Ministerio de Relaciones Exteriores	Resolución 0740 del 05 de febrero del 2018/Ministerio de Relaciones Exteriores	Resolución 10677 del 18 de diciembre del 2018/ Ministerio de Relaciones Exteriores	Resolución 0240 del 23 de enero del 2020/Ministerio de Relaciones Exteriores
Actos administrativos que implementan	Resolución 1272 del 2017/ Migración Colombia	Resolución 0361 del 06 de febrero del 2018/Migración Colombia	Resolución 3317 del 19 de diciembre del 2018/Migración Colombia	Resolución 0238 del 27 de enero del 2020/Migración Colombia
Requisito temporal de permanencia en el territorio colombiano	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 28 de julio del 2017	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 20 de febrero del 2018	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 18 de diciembre del 2018	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 29 de noviembre del 2019
Plazo para solicitar el PEP	3 de agosto del 2017-31 de octubre del 2017	7 de febrero del 2018-07 de junio del 2018	27 de diciembre del 2018/27 de abril del 2019	29 de enero del 2020/29 de mayo del 2020

Retos para garantizar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en Colombia

Lucía Ramírez Bolívar
Erin Formby

Resumen

Más de dos millones de personas venezolanas han migrado forzosamente a Colombia a causa de la crisis política, social, económica y humanitaria que atraviesa ese país. El 24 % de esta población son niños, niñas y adolescentes, para quienes una de sus necesidades primordiales es la garantía del derecho a la educación.

El Estado colombiano ha tomado medidas importantes para promover el acceso, la permanencia y la promoción de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en el sistema educativo. Sin embargo, en la práctica esta población sigue enfrentando barreras para disfrutar de manera efectiva este derecho y muchos están en riesgo de desescolarización. La pandemia del coronavirus ha generado nuevas barreras, incluyendo la falta de acceso a la tecnología necesaria para que los niños, niñas y adolescentes puedan adelantar sus estudios desde casa.

Este artículo presenta un balance de la respuesta del Estado colombiano a las necesidades educativas de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos y documenta las barreras que enfrentan en su recorrido por el sistema educativo. Asimismo, ofrece algunas recomendaciones para que el Gobierno nacional aborde estos retos, entre ellas, la necesidad de capacitación de las secretarías de educación e instituciones educativas en temas migratorios, así como la creación de medidas que permitan la garantía efectiva de los tres componentes del derecho a la educación a los niños, niñas y adolescentes que no puedan aplicar al Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV).

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.673>

Introducción

La grave situación política, social y económica que atraviesa Venezuela, sumada a la emergencia humanitaria compleja, ha generado un éxodo masivo de personas venezolanas¹ a toda la región latinoamericana, quienes se ven obligadas a huir de su país en búsqueda de condiciones para sobrevivir². Las personas provenientes del vecino país llegan a Colombia —principal país receptor de la región³— con una serie de necesidades básicas insatisfechas relacionadas con la salud, la alimentación y la educación, entre otras.

Dentro de los distintos grupos poblacionales que están llegando a Colombia desde Venezuela, uno de los que requiere mayor protección son los niños, niñas y adolescentes. De acuerdo con la autoridad migratoria del Estado colombiano, Migración Colombia, del total de la población venezolana que ha arribado al país, el 24 % (602 467) corresponde personas entre cero y diecisiete años⁴.

- 1 La cifra de personas venezolanas que han salido del país supera los 7 000 000. "Refugiados y migrantes de Venezuela", *Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela*, acceso el 25 de octubre del 2022, <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.
- 2 José Koechlin y Joaquín Eguren, eds., *El éxodo venezolano: entre el exilio y la emigración* (Lima y Madrid: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Konrad Adenauer Stiftung, Organización Internacional para la Migraciones, Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo, 2018).
- 3 "Distribución de Venezolanos en Colombia 2021", *Migración Colombia*, 21 de julio del 2022, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022>.
- 4 El número de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos puede ser superior a lo indicado, pues no hay certeza sobre los datos de la población en situación migratoria irregular. "Distribución de Venezolanos en Colombia corte a 28 de febrero del 2022", *Migración Colombia*, 21 de julio del 2022, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022>.

Para esta población, uno de los derechos más importantes que debe ser garantizado es el de la educación. La Constitución Política de Colombia establece que la educación es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes (arts. 44 y 45). Por esta razón debe ser obligatoria entre los cinco y quince años, gratuita en las instituciones educativas (IE) del Estado (art. 67) y debe incluir hasta la educación media (grados décimo y undécimo)⁵.

Estas obligaciones fueron reiteradas por la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 del 2006) que, además, impone sanciones de hasta veinte salarios mínimos a quienes se abstengan de recibir a un niño o niña en las IE públicas⁶. En particular, el artículo 41 de esta ley establece que el Estado tiene la obligación de

garantizar las condiciones para que los niños y las niñas, desde su nacimiento, tengan acceso a una educación idónea y de calidad, bien sea en instituciones educativas cercanas a su vivienda, o mediante la utilización de tecnologías que garanticen dicho acceso, tanto en los entornos rurales como urbanos.

El marco normativo colombiano reconoce que el derecho a la educación es una herramienta fundamental para asegurar la igualdad de oportunidades, así como para alcanzar el pleno desarrollo personal y comunitario. Además, la educación potencia el desarrollo de habilidades que les permite a los niños y niñas relacionarse y desenvolverse socialmente, así como la adquisición de conocimientos que les facilitan ejercer su ciudadanía y contar con las herramientas necesarias para desarrollarse plenamente como seres individuales y sociales⁷. Así, las escuelas se convierten en entornos protectores, pues pueden ofrecer ambientes sanos, seguros y potenciadores, lo cual es particularmente importante en el caso de los estudiantes que pertenecen a grupos vulnerables como los niños, niñas y adolescentes que han tenido que migrar forzosamente⁸.

La migración y la educación interactúan “a través de relaciones mutuas y complejas que afectan a los que migran, los que se quedan y los que acogen o pueden acoger a migrantes y refugiados”⁹, tanto en el país de origen

5 L. 1753/2015, art. 55. Es importante tener en cuenta que esta disposición normativa sigue vigente, ya que no fue derogada expresamente por el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, expedido mediante L. 1955/2019.

6 L. 1098/2006, art. 28.

7 Catalina Turbay Restrepo, *El derecho a la educación: desde el marco de la protección integral de los derechos de la niñez y de la política educativa* (Bogotá: Unicef Colombia, 2000), 19, <https://www.unicef.org/colombia/media/2241/file/El%20derecho%20a%20la%20educaci%C3%B3n.pdf>.

8 Cream Wright, Changu Mannathoko y Maida Pasic, *Manual escuelas amigas de la infancia* (Nueva York: Unicef, 2009).

9 Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), *Resumen del Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2019: Migración, desplazamiento y educación*:

como en el de acogida¹⁰. Las afectaciones generadas por la migración, en particular la vulnerabilidad socioeconómica, tienen un efecto directo en el proceso de aprendizaje de niños, niñas y adolescentes¹¹. En este contexto, “el acceso a la educación es una protección esencial para los niños y los jóvenes en contextos de desplazamiento” y “contribuye a la adopción de soluciones ya que [les] proporciona conocimientos y aptitudes para reconstruir sus vidas y sus comunidades”¹².

Los esfuerzos del Gobierno colombiano para garantizar el derecho a la educación han permitido que más de 600 000 niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana se hayan matriculado en el sistema educativo¹³. Más del 95 % de estos estudiantes se encuentran en IE públicas, en 95 de las 96 entidades territoriales certificadas (ETC)¹⁴ del país, lo que evidencia la presencia de esta población en todo el territorio¹⁵. Sin embargo, aún existen circunstancias que afectan la implementación de las medidas adoptadas por el Ministerio de Educación Nacional (MEN) y Migración Colombia, que limitan el acceso, la permanencia y la promoción¹⁶ de esta población en el sistema educativo. Estas tres dimensiones del recorrido por el sistema educativo son determinantes para una garantía efectiva del derecho a la educación y se encuentran intrínsecamente relacionadas, pues de la permanencia en el sistema depende de que se garantice el acceso, y la promoción se logra si las y los estudiantes han podido permanecer en una IE.

Construyendo puentes, no muros (París: Unesco, 2019), 11, <https://www.gcedclearinghouse.org/sites/default/files/resources/190008spa.pdf>.

- 10 Christian Dustmann y Albrecht Glitz, “Migration and Education”, en *Handbook of the Economics of Education*, editado por Eric A. Hanushek, Stephen Machin y Ludger Woessmann (Ámsterdam: Elsevier, 2011), <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780444534446000043?via%3Dihub>.
- 11 James S. Coleman, “Equality of educational opportunity”, *Equity & Excellence in Education* 6, N.º 5 (1968): 19-28, <https://doi.org/10.1080/0020486680060504>.
- 12 ONU, *En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes: Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, A/70/59* (ONU, 2016), <https://undocs.org/es/A/70/59>.
- 13 Camilo Álvarez y Alejandra Sandoval, “Dificultades para el acceso a la educación de niños migrantes venezolanos en Colombia”, *Voz de América*, 7 de octubre del 2022, <https://www.vozdeamerica.com/a/dificultades-acceso-educacion-ninos-migrantes-venezolanos-colombia-/6780333.html>.
- 14 Las ETC tienen la competencia para administrar el servicio educativo en su jurisdicción con el fin de garantizar condiciones de cobertura, calidad, eficiencia, efectividad y transparencia. De acuerdo con la Ley 715 del 2001, son ETC los departamentos, los distritos, los municipios con más de 100 000 habitantes y los demás que, sin tener este número de habitantes, cumplan con los requisitos del proceso de certificación que adelanta el Ministerio de Educación Nacional.
- 15 Silvia Ruiz Mancera, Lucía Ramírez Bolívar y Valentina Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia de niños, niñas y adolescentes migrantes en el sistema educativo colombiano: Avances, retos y recomendaciones* (Bogotá: Dejusticia, 2020), <https://www.dejusticia.org/publication/acceso-promocion-y-permanencia-de-ninos-ninas-y-adolescentes-migrantes-en-el-sistema-educativo-colombiano-avances-retos-y-recomendaciones/>.
- 16 Se entiende por promoción: (1) dar continuidad y validar los estudios que estaban adelantando en Venezuela; (2) recibir certificaciones de los estudios adelantados en Colombia; (3) presentar las pruebas Saber 11, y (4) acceder a programas de formación técnica y graduarse.

Teniendo en cuenta la necesidad de que se garantice el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos, este artículo busca llamar la atención sobre las barreras normativas y de implementación que limitan su acceso, permanencia y promoción en el sistema educativo colombiano.

Para ello, este texto se divide en tres secciones: en la primera se describe de manera general la respuesta del Estado colombiano a las necesidades en materia educativa de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos; en la segunda parte se presenta un análisis de las principales barreras que enfrenta esta población para acceder, permanecer y graduarse de una IE. En particular se analizan algunas de las dificultades generadas como consecuencia de las medidas de confinamiento para responder a la pandemia de la COVID-19. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones y recomendaciones que pueden contribuir a una garantía efectiva de su derecho a la educación. La información que se presenta en este artículo fue recopilada entre febrero y abril del 2019 mediante un proceso de investigación cualitativa que incluyó la realización de entrevistas semiestructuradas con actores clave del sector educativo en once municipios que han recibido un número importante de niños, niñas y adolescentes migrantes.

1. Respuesta del Gobierno nacional a la garantía del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos

La respuesta del sector educativo a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes provenientes de Venezuela comenzó desde el 2015¹⁷, cuando el MEN resaltó la importancia del acceso a la educación para esta población y afirmó que las ETC debían tomar medidas para garantizar su ingreso al sistema educativo. Además, llamó la atención de que en el caso de que no contaran con suficientes cupos, deberían ofrecer modelos educativos flexibles¹⁸.

Desde ese momento, la normatividad relacionada con el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos se ha venido desarrollando hasta llegar a la expedición de la Circular Conjunta

17 Cir. 45/2015, Ministerio de Educación Nacional.

18 Los modelos educativos flexibles son propuestas de educación formal que permiten atender a poblaciones diversas o en condiciones de vulnerabilidad, que presentan dificultades para participar en la oferta educativa tradicional. Cir. 45/2015, Ministerio de Educación Nacional. Sin embargo, la oferta de estos modelos ha sido "muy baja en relación a las necesidades de la población, en especial para jóvenes que han permanecido muchos años fuera del sistema escolar y a los que se les dificulta la reincorporación o conclusión en formatos escolares rígidos". Henry Renna, *Derecho a la educación bajo presión: principales desafíos y acciones transformadoras en la respuesta educativa al flujo migratorio mixto de población venezolana en Colombia* (Santiago de Chile: Unesco, 2020), 29.

016 del 2018^[19] del MEN y Migración Colombia, dirigida a gobernaciones, alcaldías, secretarías de educación, rectorías y directivas docentes de las ETC y a las direcciones regionales de Migración Colombia. Esta circular establece una serie de medidas encaminadas a promover no solo el acceso, sino también la permanencia y la promoción de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en el sistema educativo.

Adicionalmente, la circular incluye una serie de lineamientos en materia migratoria y educativa que deberán seguir las IE. En términos de las obligaciones migratorias, si bien se reconoce que las normas exigen la presentación de una visa para los niños, niñas y adolescentes extranjeros que pretendan estudiar en el país, la circular señala que Migración Colombia se abstendrá de iniciar procesos administrativos en contra de las IE cuando los niños, niñas y adolescentes venezolanos no cuenten con este permiso. Además, con el fin de garantizar el derecho a la educación preescolar, básica y media, las IE no les pueden negar la matrícula por la falta de esta documentación; sin embargo, sí tienen la obligación de registrarlos en el Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros (SIRE) dentro de los treinta días calendario siguientes a la matrícula y cuando finalizan sus estudios, independientemente de su estatus migratorio.

Esas medidas han permitido que aproximadamente 600 000 niñas, niños y adolescentes provenientes de Venezuela hayan ingresado a IE públicas del país. De acuerdo con cifras del SIMAT, entre el 2018 y julio del 2020, esta población aumentó en un 940 % en las IE públicas (figura 1).

A continuación, presentamos un balance de los lineamientos de la Circular Conjunta 016 del 2018 en términos de acceso, permanencia y promoción.

1.1. Acceso

Para poder matricular a un niño, niña o adolescente en el sistema educativo público, el padre o la madre debe adelantar un procedimiento que incluye solicitar cupo en la IE de su preferencia²⁰. Sin embargo, es posible que la IE escogida ya no cuente con cupos, pues deben priorizar a los niños, niñas y adolescentes que están estudiando actualmente allí. Si este es el caso, las autoridades locales deberán dar preferencia a la inscripción de los estudiantes nuevos que hacen parte de la población vulnerable para disminuir la inequidad en el acceso²¹. En el caso de que la IE no cuente con

19 Cir. Conjunta 016/2018, Migración Colombia y Ministerio de Educación Nacional.

20 *La matrícula fácil, eficiente y necesaria* (Bogotá: Ministerio de Educación Nacional de Colombia, 2004), 3.

21 Res. 7791/2015, Ministerio de Educación Nacional, art. 10B.

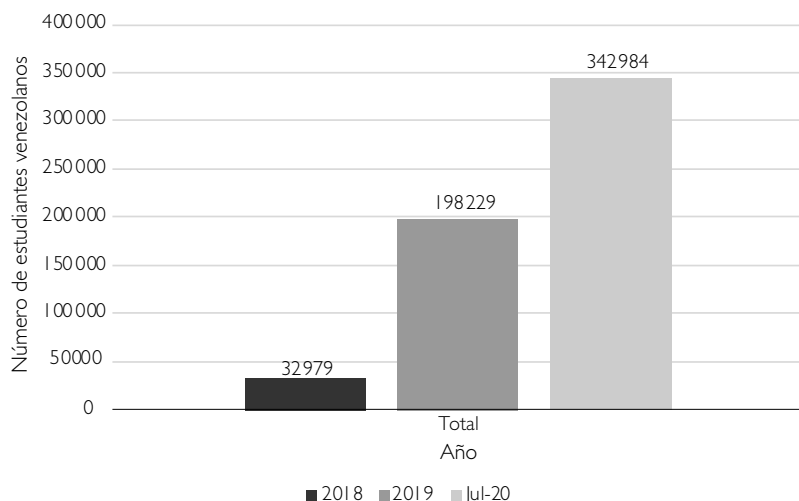


FIGURA 1.

Número de niños, niñas y adolescentes venezolanos matriculados en IE públicas entre el 2018 y julio del 2020^[22]

la capacidad, la Secretaría de Educación ubicará un cupo disponible en alguna institución, la cual puede no estar cerca al lugar de residencia de la familia²³.

Después de encontrar un cupo disponible, se inicia el proceso de matrícula, en el cual se registra al niño o niña en la IE y en el SIMAT²⁴, de acuerdo con la documentación con la que cuente para verificar su identidad y establecer su estatus socioeconómico. Si la persona migrante venezolana cuenta con el Permiso Especial de Permanencia (PEP)²⁵, el Permiso

22 Elaboración propia con datos del MEN. Ministerio de Educación Nacional de Colombia, "Generalidades de la atención".

23 *La matrícula fácil, eficiente y necesaria*, 4.

24 Cir. Conjunta 016/2018, 3.

25 El PEP es un documento otorgado por el Estado colombiano a personas migrantes y refugiadas venezolanas para regularizar su permanencia en el país por un plazo de dos años y las autoriza para trabajar. GIFFMM Colombia: *refugiados y migrantes venezolanos - Agosto 2020* (Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos [GIFFMM] y R4V, 2020), <https://r4v.info/es/documents/details/82623>; "Preguntas Frecuentes - PEP, 2020", *Migración Colombia*, acceso el 12 de mayo del 2021, <https://migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep/preguntas-frecuentes-pep>. Con la expedición del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), a partir del 28 de abril del 2021, el Gobierno colombiano no expedirá ningún PEP nuevo, aunque todos los PEP vigentes quedarán prorrogados hasta el 28 de febrero del 2023, por lo que este seguirá siendo un documento de identidad válido en el territorio hasta esa fecha. Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, art. 38.

por Protección Temporal (PPT)²⁶ o con cédula de extranjería²⁷, será registrado con el número de estos documentos; si está indocumentado deberá ser matriculado con un número establecido por la secretaría (NES)²⁸. El proceso de inscripción y matrícula es gratuito²⁹.

Una vez se ha adelantado el proceso de matrícula, el siguiente paso es determinar el grado en el cual se debe ubicar al niño, niña o adolescente migrante venezolano. Para ello, la Circular Conjunta 016 establece dos procesos: la *convalidación* que se adelanta ante el MEN, o el proceso de *validación* que realiza la IE receptora. En el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes que cuenten con documentos debidamente “legalizados y apostillados” que den cuenta de la terminación y aprobación de estudios de preescolar, básica y media en Venezuela, tendrán un plazo de seis meses para adelantar el proceso de *convalidación* de estudios ante el MEN³⁰. La familia puede solicitar esta convalidación de estudios por medio de la página web de esta institución de forma gratuita. Mientras se realiza este trámite, la IE debe ubicar al niño, niña y adolescente en el grado siguiente al último aprobado que fue cursado en Venezuela, de acuerdo con la tabla de equivalencia del Convenio Andrés Bello³¹.

Sin embargo, muchas personas migrantes provenientes de Venezuela no cuentan con documentos debidamente “legalizados y apostillados” que den cuenta de la terminación y aprobación de sus estudios en ese país. Tampoco existen vías para que pueda acceder a ellos, por lo cual la Circular Conjunta 016 amplió los procedimientos para convalidar los estudios de educación preescolar, básica y media adelantados en Venezuela.

Si el niño, niña o adolescente migrante no cuenta con esta documentación, la Circular Conjunta 016 establece que la IE a la cual pretende ingresar deberá realizar una prueba diagnóstica gratuita para determinar el nivel de conocimientos y para ubicar al niño o niña venezolano en el grado correspondiente³². Si el estudiante aprueba el proceso de *validación*, la IE deberá incluir en sus registros tanto el grado validado como todos

26 El ETPV creó el PPT, que es un documento de identificación que autoriza a la persona que lo porta a permanecer en el país por diez años, trabajar y acceder al sistema de salud, pensional, educativo y financiero. Será otorgado a las personas migrantes venezolanas que estén incluidas en el Registro Único de Migrantes Venezolanos y que cumplan con los demás requisitos del artículo 15 de la Resolución 0971 del 2021.

27 La matrícula fácil, eficiente y necesaria, 3.

28 Cir. Conjunta 016/2018, 3.

29 D. 4807/2011, art. 3.

30 Cir. Conjunta 016/2018, 4.

31 Cir. Conjunta 016/2018, 8. Véase Convenio Andrés Bello, *Tabla de Equivalencias 2019 de la educación primaria básica y media secundaria en los países de la Organización del Convenio de Andrés Bello*, acceso el 12 de mayo del 2021, http://convenioandresbello.org/tabla/wp-content/uploads/2019/09/tabla_de_equivalencias_del_cab_2019.pdf.

32 Cir. Conjunta 016/2018, 10.

los anteriores, lo que garantiza que sus registros académicos quedan completos³³.

1.2. Permanencia

Después de cumplir con estos pasos, el niño, niña o adolescente migrante venezolano queda matriculado en el sistema educativo colombiano. Así, podrá iniciar o continuar con sus estudios y ser promovido entre los grados y niveles que estructuran el sistema. Los tres niveles son (1) preescolar, (2) educación básica y (3) educación media, los cuales son etapas del proceso de formación que buscan abordar distintos objetivos educativos³⁴. Los niveles están conformados por grados, que se refieren a la ejecución ordenada del plan de estudios durante un año lectivo, por lo que cada grado tiene un año de duración (tabla 1)³⁵.

TABLA 1.
Estructura del sistema educativo colombiano según niveles y grados³⁶

Nivel	Preescolar	Básica-Primaria					Básica-Secundaria					Media	
Grado	Transición	1.º	2.º	3.º	4.º	5.º	6.º	7.º	8.º	9.º	10.º	11.º	
Edad (años)	5-6	6-7	7-8	8-9	9-10	10-11	11-12	12-13	13-14	14-15	15-16	16-17	

Dentro de las estrategias para evitar la deserción escolar³⁷ se encuentran el Programa de Alimentación Escolar (PAE), la entrega de útiles y el transporte escolar. El PAE proporciona un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes registrados en el SIMAT en IE públicas³⁸. A finales del 2021, 5 846 755 niños y niñas tanto colombianos como migrantes venezolanos fueron beneficiarios de este programa³⁹.

Los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos pueden acceder al PAE, aunque la Circular Conjunta 016 aclara que la decisión de garantizar el acceso a estos servicios depende de la disponibilidad de los

33 Cir. Conjunta 016/2018, 11.
34 L. 115/1994, art. 11.
35 Ibid.
36 Elaboración propia con base en la Ley 115 del 8 febrero de 1994.
37 En la actualidad, la tasa de deserción en la educación preescolar, básica y media del sector oficial es del 3,1 %. La tasa de deserción escolar para los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos no está disponible. Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.
38 Ministerio de Educación Nacional de Colombia, *Lineamientos técnico-administrativos y estándares del Programa de Alimentación Escolar (PAE)*, acceso el 12 de mayo del 2021, https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-235135_archivo_pdf_lineamientos_tecnicos.pdf.
39 Ministerio de Educación Nacional de Colombia, *Alimentación Escolar*, acceso el 27 de febrero del 2022, <https://educacionrindecuentas.mineducacion.gov.co/pilar1-educacion-de-calidad/alimentacion-escolar/>.

recursos y de las circunstancias particulares de la niña o el niño de acuerdo con lo establecido en la Resolución 16432 del 2015^[40], pero no de su país de procedencia⁴¹. De acuerdo con el MEN, en el 2019 cerca de 136 000 niños y niñas migrantes venezolanos se beneficiaron del programa⁴² y en el 2020 alrededor de 259 000^[43].

El MEN viene haciendo esfuerzos con el fin de ampliar el PAE para los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos, dado que ellos y sus familias se enfrentan a situaciones de inseguridad alimentaria que se han exacerbado durante la pandemia⁴⁴. Esta situación los puede llevar a asumir responsabilidades de cuidado y de búsqueda de ingresos⁴⁵. Una encuesta digital de Child Resilience Alliance destaca la importancia del PAE para las familias migrantes, pues el 94 % de los padres y madres encuestados lo consideraron como el servicio complementario “más importante”⁴⁶.

Otra estrategia para evitar la deserción escolar es la provisión del servicio de transporte. El acceso a este servicio es esencial, sobre todo para los niños, niñas y adolescentes que tienen que asistir a IE lejos de sus hogares. Según la encuesta de Child Resilience Alliance, el 71 % de los padres y madres participantes señalaron que un servicio de transporte escolar ayudaría a sus hijos e hijas a asistir a la IE⁴⁷.

1.3. Promoción

La promoción entre grados ocurre por medio de la evaluación del aprendizaje que adelantan las IE, las cuales podrán definir sus propias escalas de valoración del desempeño de las y los estudiantes⁴⁸. Si las y los adolescentes migrantes venezolanos logran permanecer en el sistema educativo hasta el grado 11, deberán presentar las Pruebas Saber 11, un examen diagnóstico que tiene como objetivo medir el nivel educativo de las y los estudiantes e instituciones educativas de todo el país.

La presentación de las Pruebas Saber 11 es un requisito para poder acceder a la educación superior, pues permite determinar las competencias

40 Res. 16432/2015, Ministerio de Educación Nacional.

41 Cir. Conjunta 016/2018, 3.

42 Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio de NNA venezolanos en el sistema educativo colombiano: Respuesta actual y recomendaciones* (Bogotá: UNHCR, 2020), 29, <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/75761>.

43 “La Opinión: Una educación inclusiva para los niños migrantes venezolanos”, *Ministerio de Educación Nacional de Colombia*, acceso el 12 de mayo del 2021, https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-402487.html?_noredirect=1.

44 GIFMM Colombia: *Evaluación conjunta de necesidades ante Covid-19. Julio 2020* (Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos [GIFMM] y R4V, 2020), 2, <https://r4v.info/es/documents/details/79280>.

45 Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 43.

46 *Ibid.*, 32.

47 *Ibid.*, 33.

48 D. 1075/2015, Ministerio de Educación Nacional, art. 2.3.3.3.3.5.

de los estudiantes para que puedan postularse a cualquiera de las universidades del país⁴⁹. Podrán presentar este examen también las y los adolescentes que hayan terminado sus estudios de educación media o en general las personas mayores de dieciocho años que deseen validar sus estudios en un solo examen⁵⁰.

Las y los adolescentes migrantes venezolanos pueden inscribirse y presentar este examen con el PEP, el PPT, la cédula de extranjería o con el Código NES y un documento de identificación de su país de origen. Anteriormente los adolescentes migrantes sin estatus migratorio regular no podían presentar las Pruebas Saber, debido a la falta de un documento de identificación válido en el país. Sin embargo, el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes) ha venido haciendo ajustes normativos para permitir que la población indocumentada pueda presentar tanto las Pruebas Saber en sus distintos niveles como el examen de validación de bachillerato⁵¹. A pesar de esto, como se explica en la siguiente sección, la falta de un documento de identificación válido en Colombia todavía es una barrera para que las y los adolescentes migrantes venezolanos puedan graduarse de la educación media⁵².

Para las y los adolescentes que logran avanzar hasta la educación media, existe la posibilidad de acceder a un componente de formación técnica: algunas IE ofrecen la alternativa de adelantar estudios de media técnica en alianza con el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena)⁵³. Sin embargo, las y los adolescentes migrantes deberán contar con documentación válida de Colombia para poder matricularse a estos programas, por lo que se excluye de esta opción a quienes no cuenten con un estatus migratorio regular⁵⁴. Un estudio que analizó la base de datos del Sena mostró que durante el 2017 solo el 2,7 % de la población venezolana recibió formación técnica de esta entidad⁵⁵.

El 1.º de marzo del 2021 el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió el Decreto 216, mediante el cual creó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV). Esta medida tiene dos objetivos: (1) identificar y caracterizar a la población migrante venezolana en Colombia

49 "Saber 11 - Acerca del examen", *Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes)*, acceso el 12 de mayo del 2021, <https://www2.icfes.gov.co/web/guest/acerca-del-examen-saber-11%C2%B0>.

50 Res. 253/2017, art. 9.

51 Res. 298/2020, Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes), art. 1.

52 Observatorio Sabana Centro Cómo Vamos, *¿Sobrecarga u oportunidad para Sabana Centro? Participación de niños, niñas y adolescentes venezolanos en colegios oficiales de la región*, http://sabanacentrocomovamos.org/home/wp-content/uploads/2021/07/Sobrecarga-u-Oportunidad-en-Sabana-Centro_Participacion-de-NNA-venezolanos-en-instituciones-oficiales.pdf.

53 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.

54 *Ibid.*

55 Proyecto Capstone, *La garantía del derecho al trabajo por parte del Estado colombiano a los migrantes venezolanos en necesidad de protección internacional en conformidad con el andamiaje y estándares jurídico-político internacionales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020); Renna, *Derecho a la educación bajo presión*, 28.

y (2) regularizar su situación migratoria otorgando el PPT que los autoriza a permanecer en el país durante diez años y acceder al sistema educativo en todos sus niveles, entre otras posibilidades. Las personas que estaban de manera irregular en el territorio colombiano antes del 31 de enero del 2021 pueden aplicar al Estatuto, lo que significa que un gran número de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos que se encuentran sin estatus migratorio regular podrán recibir el PPT, el cual les permite el acceso, la permanencia y promoción en el sistema educativo colombiano⁵⁶.

El Gobierno colombiano ha hecho esfuerzos importantes para garantizar el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos, incluidos aquellos que no cuentan con estatus migratorio regular. Estas medidas han sido incorporadas en la normatividad local con el fin de socializarlas y adaptarlas a las particularidades territoriales. No obstante, el impacto de esos esfuerzos se ha visto limitado por serias barreras de implementación que se explican a continuación.

2. Barreras de acceso, permanencia y promoción

El hecho de que el Estado colombiano haya implementado medidas para garantizar el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos no implica que todos y todas puedan acceder efectivamente a ella. En la práctica existen barreras de acceso, permanencia y promoción que pueden llevar a estos niños y niñas a la desescolarización, un fenómeno que varios estudios han identificado⁵⁷.

2.1. Barreras para el acceso

A pesar de que la Circular Conjunta 016 del 2018 es clara en que se debe garantizar el acceso al sistema educativo a los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos sin importar su estatus migratorio, en la práctica existen barreras para que esto ocurra. Estas se deben principalmente a dos factores: (1) no hay suficientes cupos en las IE que sean accesibles para la población migrante y (2) las IEs a menudo requieren documentación que no es exigida por la ley. Esto puede deberse a la falta de conocimiento de las normas que rigen el acceso al sistema educativo de esta población por parte de las y los funcionarios o porque subyacen razones discriminatorias a sus decisiones⁵⁸.

56 Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, art. 14, par. 2.

57 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*; Renna, *Derecho a la educación bajo presión*, 36; Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 4.

58 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*; Renna, *Derecho a la educación bajo presión*, 32.

El sistema educativo colombiano ha hecho esfuerzos para aumentar el número de cupos en las IE para responder a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos. Sin embargo, no siempre hay la cantidad suficiente de plazas, sobre todo en los departamentos de la frontera con Venezuela como La Guajira y Norte de Santander⁵⁹. En un estudio de la Unesco, el 45 % de las familias venezolanas con niñas, niñas y adolescentes desescolarizados encuestadas en estos dos departamentos, indicó que no asisten a las IE por falta de cupos⁶⁰. Además, ciudades como Medellín y Bogotá, que cuentan con una mayor infraestructura educativa, no siempre pueden garantizar el acceso⁶¹. La falta de cupos —en barrios que son los principales receptores de población migrante— dificulta la asistencia o desincentiva la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos vayan a sus clases⁶².

La segunda barrera de acceso surge de la exigencia de documentos y trámites que no tienen ningún fundamento legal y que incluso van en contravía de los avances que se han promovido desde el Gobierno para garantizar el derecho a la educación. Hay evidencia de que algunas IE solicitan que los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos cuenten con el PEP o cédula de extranjería para matricularse, aunque la Circular Conjunta 016 del 2018 establece que todos y todas, incluidos los que no cuentan con estatus migratorio regular, tienen derecho a acceder al sistema educativo⁶³.

Además, familias venezolanas han reportado que algunas IE solicitan pruebas de la afiliación al sistema de salud, certificación de inscripción en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén), certificación del Programa Familias en Acción, la exigencia de un cuidador o acudiente colombiano, el carné de vacunación, o el carné de crecimiento o desarrollo, requisitos que no tienen fundamento legal⁶⁴. A lo anterior se suma que muchos de estos documentos son imposibles de conseguir ante la ausencia de un estatus migratorio regular.

La exigencia de requisitos que están por fuera de la ley se explica, hasta cierto punto, por el limitado conocimiento de las normas y circulares del MEN y Migración Colombia por parte de las y los funcionarios de las IE encargados del proceso de matrícula y de los padres y madres de los niños,

59 Andrés Boscan. "Aulas en el desierto: garantía de educación para los niños migrantes en La Guajira", *Semana: Proyecto Migración Venezuela*, 8 de mayo del 2019, <https://migravenezuela.com/web/articulo/escuelas-para-migrantes-venezolanos-en-uribia-1133>.

60 Renna, *Derecho a la educación bajo presión*, 39.

61 Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 24.

62 *Ibid.*, 24.

63 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*; Marcela Madrid Vergara, "Barreras: El eterno trámite de ser migrante en Colombia", *Dejusticia*, acceso el 12 de mayo del 2021, <https://www.dejusticia.org/especiales/barreras-para-migrantes/>.

64 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.

niñas y adolescentes migrantes⁶⁵. La gestión migratoria requiere una interlocución entre distintas entidades del orden nacional y local, y el conocimiento de diversas y dispersas normas, lo que resulta difícil de entender para las I.E., que no siempre reciben capacitaciones sobre el tema⁶⁶. La encuesta de Child Resilience Alliance mostró que casi la mitad de las familias venezolanas participantes no recibieron información sobre los trámites de inscripción en las I.E. cuando solicitaron el ingreso de sus hijos e hijas. Por esta razón, no contaban con los elementos suficientes para poder controvertir este tipo de exigencias que no tienen fundamental legal⁶⁷.

Otro factor que puede explicar la exigencia de documentación sin fundamento legal es la xenofobia. Un estudio de Dejusticia identificó que algunas I.E. no permiten el ingreso de adolescentes con situación migratoria irregular a los grados décimo y undécimo de la educación media, debido a que no podrán contar con la documentación necesaria para graduarse⁶⁸. Asimismo, se ha documentado que algunos docentes consideran que los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos tienen un bajo nivel de escolaridad por la grave situación del sistema educativo en ese país, lo que puede llevar a que algunas I.E. se muestren reticentes a recibirlos por el posible impacto negativo sobre su medición de calidad y desempeño institucional⁶⁹.

2.2. Barreras para la permanencia

Aun si un niño, niña o adolescente migrante venezolano logra acceder al sistema educativo colombiano, existen varias barreras que afectan su permanencia en una I.E. Una de ellas es la limitada cobertura de los programas de alimentación y transporte escolar⁷⁰. La provisión de estos servicios es crucial, pues no solo contribuyen a su bienestar general, sino que les permite mitigar los efectos de la precariedad económica que viven muchas familias migrantes.

Un estudio de Dejusticia evidenció que hay limitaciones en el cubrimiento del PAE, tanto para los niños, niñas o adolescentes migrantes como para los colombianos⁷¹. La falta de cobertura global de este programa se convierte en una barrera para la permanencia de los niños, niñas o adolescentes migrantes venezolanos que se encuentran en situación de

65 Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 28.

66 *Ibid.*, 27.

67 *Ibid.*, 28.

68 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.

69 *Ibid.*; Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 83.

70 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.

71 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*; Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 30.

inseguridad alimentaria, pues muchos tienen que apoyar a sus familias trabajando informalmente en vez de asistir a sus clases⁷².

Esta situación es similar en el caso del servicio de transporte escolar. No siempre es posible prestar este servicio en las mismas condiciones para todos los niños, niñas o adolescentes y la falta de acceso a este transporte puede impedir que adelanten sus estudios⁷³. En particular, los estudiantes que viven en zonas fronterizas encuentran riesgos en su recorrido para llegar a las IE debido a la presencia de grupos armados, bandas de microtráfico, entre otros⁷⁴. Por tal razón, el servicio de transporte escolar es crítico para que lleguen al colegio de manera segura.

2.3. Barreras para la promoción

En tercer lugar, existen barreras para la promoción de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en el sistema educativo, que implican restricciones a la hora de (1) certificar los estudios adelantados en Venezuela; (2) certificar los estudios adelantados en Colombia, y (3) acceder a programas de formación técnica y graduarse del bachillerato.

Los problemas para certificar los estudios adelantados tanto en Venezuela como en Colombia se deben principalmente a la inadecuada aplicación de la normatividad. Por ejemplo, se ha reportado que algunas IE receptoras exigen la presentación de documentación debidamente “legalizada y apostillada” que dé cuenta de la terminación y aprobación de estudios en Venezuela para validar los estudios de los niños, niñas y adolescentes migrantes o de lo contrario no certifican todos los grados que hayan aprobado en su país de origen⁷⁵.

Esto va en contravía de lo establecido en la Circular Conjunta 016 que, como se mencionó en la sección precedente, permite que las IE validen los estudios adelantados en Venezuela por medio de un examen diagnóstico⁷⁶. La no aplicación del procedimiento de validación por grados se convierte en una barrera a mediano plazo cuando los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos necesitan trasladarse a otras IE. Asimismo, es un obstáculo al momento de graduarse de la educación básica y media, pues no cuentan con los medios para certificar los estudios que adelantaron anteriormente. Además, una vez han salido de su país de origen, la posibilidad de conseguir las certificaciones de estudios apostilladas se hace más remota.

72 Renna, *Derecho a la educación bajo presión*, 32.

73 R4V, *Plan de respuesta 2020*, 81.

74 *Ibid.*, 88.

75 Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 85; Madrid Vergara, “Barreras: El eterno trámite”.

76 Cir: Conjunta 016/2018, I I.

Algunas IE tampoco certifican los estudios que un niño, niña o adolescente migrante venezolano ha adelantado en Colombia, lo que resulta en otras trabas para la promoción⁷⁷. En principio, el traslado de una IE tendría que ser un proceso sencillo, pues el sistema debe estar interrelacionado para permitir a las y los estudiantes su movilidad horizontal⁷⁸. Sin embargo, en el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos que no cuentan con un estatus migratorio regular existen dificultades para obtener las certificaciones de los cursos adelantados en Colombia, las cuales son clave para la continuación de sus estudios en otras IE.

Por otro lado, los niños, niñas y adolescentes migrantes sin estatus migratorio regular no pueden inscribirse en los programas de formación técnica que ofrecen las IE en el nivel de educación media, ya que el Sena exige la presentación de un documento de identificación válido en Colombia. La negación del acceso a estos programas puede agravar las barreras de promoción cuando las IE no ofrecen la opción de educación media académica. En estos casos, las y los adolescentes no son admitidos para cursar los grados décimo y undécimo⁷⁹.

Finalmente, la falta de un documento de identificación válido en Colombia impide que las y los adolescentes migrantes venezolanos puedan graduarse y obtener el título de bachiller. Esta prohibición se deriva del Decreto 1075 del 2015, que establece que las IE deben contar con el número de documento de identificación de las y los graduandos para expedir diplomas y actas de graduación⁸⁰. Adicionalmente, la falta del título de bachiller impide el acceso a la educación superior, que es un factor importante en el proceso de integración socioeconómica de la población migrante en el país de acogida.

El ETPV es un avance importante para abordar estas barreras, pues los niños, niñas y adolescentes que reciban el PPT, que se deriva del Estatuto, podrán ser seleccionados para cursar un programa de formación técnica laboral del Sena, incluyendo la educación media técnica⁸¹, y recibir el título de bachiller. Sin embargo, estas dificultades persistirán en el caso de quienes no logren acogerse al Estatuto porque les sea negada la solicitud o porque ingresen irregularmente luego del 31 de enero del 2021 al territorio colombiano. En consecuencia, es probable que muchos niños, niñas y adolescentes indocumentados sigan enfrentando dificultades para finalizar sus estudios de educación media.

Antes de la expedición del ETPV, existía un proyecto de decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores y el MEN que buscaba crear el Permiso

77 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.

78 D. 1075/2015.

79 Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.

80 D. 1075/2015, art. 2.3.3.5.3.

81 Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, art. 14, par. 2.

Especial de Permanencia del Sector Educativo (PEP-E). Este permiso se les otorgaría a los niños y niñas venezolanos en situación migratoria irregular, que estuvieran matriculados y registrados en el SIMAT en los niveles de preescolar, educación básica y media⁸². Esta medida permitiría que se graduaran de la educación media; sin embargo, con la expedición del Estatuto, no queda claro si el PEP-E sigue como una propuesta vigente. En todo caso es clave que el sector educativo implemente medidas adicionales que garanticen todos los componentes del derecho a la educación a quienes no puedan acceder al Estatuto, para que finalicen sus estudios de bachillerato y continúen con su proceso de formación e integración en las comunidades receptoras.

Las barreras para cumplir con los requisitos para graduarse, además de vulnerar el derecho a la educación, se convierten en un desincentivo para las y los adolescentes que, al no tener clara la posibilidad de finalizar sus estudios, pueden abandonarlos y exponerse a los riesgos que genera la desescolarización⁸³.

2.4. Barreras generadas por la pandemia

La educación virtual en Colombia comenzó el 16 de marzo del 2020, cuando el presidente Duque ordenó a las IE del país cerrar sus aulas con el fin de evitar la propagación del coronavirus⁸⁴. Aunque desde mediados del 2020 el MEN estableció el programa de alternancia educativa, que permitiría el retorno parcial a clases y que estaría sujeto a la evaluación de la existencia de condiciones de bioseguridad por parte de las autoridades territoriales, los picos periódicos de contagio y la falta de infraestructura generaron que este programa no pudiera implementarse en todas las ETC del país.

Adelantar las clases desde casa generó barreras adicionales de acceso, promoción y permanencia en el sistema educativo para la población migrante venezolana, incluyendo la falta de acceso a la tecnología necesaria para que los niños, niñas o adolescentes migrantes continuaran con sus estudios. El Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos (GIFMM) analizó los impactos de la pandemia en la población migrante proveniente de Venezuela en Colombia y encontró que, para junio del 2020, el 31 % de

82 Proyecto de decreto, "Por el cual se adiciona la Sección 10 al Capítulo 3 del Título 3 de la Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el sector educación (PEP-E)", Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Educación Nacional (documento sin publicar).

83 Por ejemplo, la desescolarización puede agravar la vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes migrantes frente a riesgos de protección como el reclutamiento por parte de grupos armados y otras organizaciones criminales, así como a la explotación sexual y laboral. Ruiz Mancera, Ramírez Bolívar y Rozo Ángel, *Acceso, promoción y permanencia*.

84 Redacción Educación, "Suspenden clases en colegios públicos y privados de Colombia por Coronavirus", *El Espectador*, 15 de marzo del 2020, <https://www.elespectador.com/coronavirus/suspenden-clases-en-colegios-publicos-y-privados-de-colombia-por-coronavirus-articulo-909471/>.

los hogares de las personas migrantes y refugiadas venezolanas reportó no tener acceso al servicio de internet⁸⁵. Aquellos hogares que tenían este servicio lo utilizaban casi que en su totalidad mediante celulares y no por medio de computadores (solo el 2 % de los hogares reportó tener un computador)⁸⁶. Esto generó que los niños, niñas o adolescentes migrantes venezolanos enfrentaran dificultades para acceder a la educación virtual en el contexto de aislamiento preventivo obligatorio⁸⁷.

Asimismo, el distanciamiento físico dificultó los vínculos y el contacto social, sobre todo para los niños, niñas y adolescentes que viven en hogares más vulnerables, sin acceso a recursos sociales y económicos para apoyar su aprendizaje y bienestar emocional. Según el MEN, el 88 % de los niños, niñas y adolescentes presentaron síntomas de afectaciones a la salud mental, con una mayor concentración en los de familias pobres o vulnerables⁸⁸. Aunque este estudio no se enfoca solamente en la población migrante, puede ser otro indicador del impacto de la pandemia en los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos, ya que esta población con frecuencia se encuentra en situación de pobreza o vulnerabilidad⁸⁹.

Otro estudio del GIFMM realizado en julio del 2020 evidencia que por las barreras de acceso a herramientas tecnológicas, junto a otras trabas, el 27 % de los hogares con niños o niñas migrantes venezolanos de 6 a 11 años y el 37 % de hogares con niños o niñas de 12 a 17 no tenían acceso a actividades educativas⁹⁰. Esto, además de retrasar su proceso educativo e incrementar las posibilidades de deserción escolar⁹¹, implica desafíos en el uso del tiempo de esta población. Algunos tuvieron que acompañar a sus madres y padres en la búsqueda de medios de vida o estar bajo el cuidado de terceros, lo que les expone a otros riesgos, tales como el trabajo infantil, la mendicidad, el reclutamiento forzado por grupos armados, el maltrato y otros tipos de violencia⁹².

85 GIFMM Colombia: *Evaluación conjunta*, 7.

86 *Ibid.*, 7.

87 Observatorio Proyecto Migración Venezuela, "Vulnerabilidad de los migrantes en tiempos de coronavirus", *Semana Proyecto Migración Venezuela*, 23 de septiembre del 2020, <https://migravenezuela.com/web/articulo/atencionhumanitaria/norte-de-santander/migrantes-coronavirus-pobreza-venezolanos-/2174>.

88 "Minsalud explica protocolo para el regreso a clases presenciales", *Ministerio de Educación Nacional*, 23 de septiembre del 2020, <https://www.mineducacion.gov.co/portal/salaprensa/Noticias/401097:Minsalud-explica-protocolo-para-el-regreso-a-clases-presenciales>.

89 R4V, *Plan de respuesta 2020*, 74.

90 GIFMM Colombia: *Evaluación conjunta*, 27.

91 Una encuesta del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) realizada en octubre del 2020 destacó que el 4,5 % de los hogares colombianos encuestados no han seguido con las actividades educativas desde que se presentó la emergencia por la pandemia. Aunque este estudio se enfoca en hogares colombianos, lo más probable es que esta muestra de la deserción escolar se aplique también para la población migrante venezolana. Katherine Leal, "Mineducación advierte por deserción escolar en medio de la pandemia", *RCN Radio*, 26 de octubre del 2020, <https://www.rcnradio.com/colombia/mineducacion-advierte-por-desercion-escolar-en-medio-de-la-pandemia>.

92 Observatorio Proyecto Migración Venezuela, "Vulnerabilidad de los migrantes".

Conclusiones y recomendaciones

La llegada masiva de personas provenientes de Venezuela que requieren acceso a servicios básicos como alimentación, salud y educación ha puesto una presión importante en las instituciones gubernamentales colombianas que, a pesar de los recursos limitados, han hecho esfuerzos para garantizar los derechos humanos de esta población. En el caso del sector educativo, el MEN, el Icfe y las secretarías de educación han promovido cambios normativos en los ámbitos nacional y local, con el fin de garantizar el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos, independientemente de su estatus migratorio.

A pesar de estos esfuerzos, aún existen limitaciones en la implementación de las medidas adoptadas, así como restricciones en la infraestructura disponible para responder a las necesidades de todos los niños y niñas migrantes venezolanos, lo que limita su acceso y promoción en el sistema educativo. Asimismo, hay factores estructurales que afectan su permanencia y que se agravan por situaciones como la ausencia de un estatus migratorio regular y la inseguridad alimentaria, lo que puede empujarlos a abandonar sus estudios.

Una de las necesidades más urgentes para la garantía del derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos es la existencia de rutas de regularización migratoria que sean accesibles, permanentes, a largo plazo y que respondan a las realidades de las personas migrantes, en particular de quienes provienen de Venezuela. El ETPV es un paso importante que permitirá que miles de niños y niñas nacionales venezolanos regularicen su situación migratoria y puedan finalizar sus estudios en Colombia. Sin embargo, la migración proveniente del país vecino continuará en los próximos años y ante la falta de documentación y recursos muchas personas tendrán que hacerlo de manera irregular.

En ese escenario es probable que muchos niños, niñas y adolescentes sigan enfrentando barreras para el acceso, la permanencia y la promoción en el sistema educativo. Frente a esto, es clave que las instituciones implementen otras medidas que garanticen todos los componentes del derecho a la educación a quienes no puedan acceder al Estatuto, para que logren finalizar sus estudios de bachillerato y continuar con su proceso de formación e integración en las comunidades receptoras.

Asimismo, es clave que el MEN y Migración Colombia fortalezcan y amplíen los procesos de capacitación con las secretarías de educación y las IE en el ámbito local sobre las normas actuales para garantizar el acceso y la promoción de niñas, niños y adolescentes migrantes venezolanos⁹³.

93 Por ejemplo, hay falta de claridad sobre el contenido de la Circular 016 del 2018, las modificaciones al Decreto 1075 del 2015 y las circulares del Icfe, como destacamos anteriormente.

Estas capacitaciones permitirán fortalecer el conocimiento de las y los funcionarios en materia de asuntos migratorios, con lo que se pueden contrarrestar las barreras de acceso que surgen de la exigencia de documentos y trámites que no tienen ningún fundamento legal⁹⁴.

En estas capacitaciones es necesario aclarar que no hay necesidad de exigir documentación debidamente “legalizada y apostillada” que dé cuenta de la terminación y aprobación de estudios en Venezuela para validar los estudios de los niños, niñas o adolescentes migrantes⁹⁵, sino que las normas permiten que las IE validen todos los estudios mediante un examen diagnóstico cuando no cuentan con la respectiva documentación⁹⁶. Promover un mejor entendimiento de la normatividad actual entre las y los funcionarios de las IE es un paso importante para garantizar el derecho a la educación a los niños, niñas y adolescentes migrantes.

La educación es un derecho fundamental para todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio, pues es determinante para el desarrollo de habilidades que les permitan desenvolverse individual y socialmente. Además, la educación tiene una alta importancia para los niños y niñas migrantes, pues es un entorno protector que tiene el potencial de mitigar los impactos negativos del proceso migratorio, promover la garantía de sus otros derechos y facilitar su proceso de integración en la comunidad receptora. Por tanto, con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales y constitucionales en la materia, el Estado colombiano deberá seguir adoptando medidas para abordar las barreras de acceso, permanencia y promoción a las que se enfrentan los niños, niñas o adolescentes migrantes venezolanos.

Referencias

- Álvarez, Camilo y Sandoval, Alejandra. "Dificultades para el acceso a la educación de niños migrantes venezolanos en Colombia". *Voz de América*, 7 de octubre del 2022. <https://www.vozdeamerica.com/a/dificultades-acceso-educacion-ninos-migrantes-venezolanos-colombia-/6780333.html>.
- Boscan, Andrés. "Aulas en el desierto: garantía de educación para los niños migrantes en La Guajira". *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 8 de mayo del 2019. <https://migravenezuela.com/web/articulo/escuelas-para-migrantes-venezolanos-en-uribia-/1133>.
- Child Resilience Alliance. *Impacto del flujo migratorio de NNA venezolanos en el sistema educativo colombiano: Respuesta actual y recomendaciones*. Bogotá: UNHCR, 2020. <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/75761>.
- Coleman, James S. "Equality of educational opportunity". *Equity & Excellence in Education* 6, N.º 5 (1968): 19-28. doi: 10.1080/0020486680060504.

94 Madrid Vergara, "Barreras: El eterno trámite".

95 Child Resilience Alliance, *Impacto del flujo migratorio*, 85; Madrid Vergara, "Barreras: El eterno trámite".

96 Cir: Conjunta/2018, 11.

- Convenio Andrés Bello. *Tabla de Equivalencias 2019 de la educación primaria básica y media secundaria en los países de la Organización del Convenio de Andrés Bello*. http://convenioandresbello.org/tabla/wp-content/uploads/2019/09/tabla_de_equivalencias_del_cab_2019.pdf.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia (DNP). *Plan nacional de desarrollo 2018-2022: pacto por Colombia, pacto por la equidad*. Bogotá: DNP, 2019. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/PND-Pacto-por-Colombia-pacto-por-la-equidad-2018-2022.pdf>.
- "Distribución de Venezolanos en Colombia". *Migración Colombia*, 21 de julio del 2022. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022>.
- Dustmann, Christian y Albrecht Glitz. "Migration and Education". En *Handbook of the Economics of Education*, editado por Eric A. Hanushek, Stephen Machin y Ludger Woessmann, 327-439. Ámsterdam: Elsevier, 2011. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780444534446000043?via%3Dihub>.
- GIFMM Colombia: *Evaluación conjunta de necesidades ante Covid-19*. Julio 2020 (Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos [GIFMM] y R4V, 2020). <https://r4v.info/es/documents/details/79280>.
- GIFMM Colombia: *refugiados y migrantes venezolanos - Agosto 2020* (Grupo Interagencial sobre Flujos Migratorios Mixtos [GIFMM] y R4V, 2020). <https://r4v.info/es/documents/details/82623>.
- Koechlin, José y Joaquín Eguren, eds. *El éxodo venezolano: entre el exilio y la emigración*. Lima y Madrid: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Konrad Adenauer Stiftung, Organización Internacional para la Migraciones, Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo, 2018.
- "La alternancia educativa se implementaría en todo el país antes de finalizar marzo". *Infobae*, 1.º de marzo del 2021. <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/03/01/la-alternancia-educativa-se-implementaria-en-todo-el-pais-antes-de-finalizar-marzo/>.
- La matrícula fácil, eficiente y necesaria*. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional de Colombia, 2004. https://www.mineduacion.gov.co/1759/articles-99324_archivo_pdf2.pdf.
- "La Opinión: Una educación inclusiva para los niños migrantes venezolanos". *Ministerio de Educación Nacional de Colombia*. https://www.mineduacion.gov.co/1759/w3-article-402487.html?_noredirect=1.
- "La Patria: El programa se adaptó a la nueva realidad - El PAE llega a casa". *Ministerio de Educación Nacional de Colombia*. https://www.mineduacion.gov.co/1759/w3-article-402460.html?_noredirect=1.
- Leal, Katherine. "Mineduación advierte por deserción escolar en medio de la pandemia". *RCN Radio*, 26 de octubre del 2020. <https://www.rcnradio.com/colombia/mineduacion-advierte-por-desercion-escolar-en-medio-de-la-pandemia>.
- Madrid Vergara, Marcela. "Barreras: El eterno trámite de ser migrante en Colombia". *Dejusticia*, <https://www.dejusticia.org/especiales/barreras-para-migrantes/>.
- Ministerio de Educación Nacional de Colombia. *Lineamientos técnico-administrativos y estándares del Programa de Alimentación Escolar (PAE)*. https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-235135_archivo_pdf_lineamientos_tecnicos.pdf.
- "Minsalud explica protocolo para el regreso a clases presenciales". *Ministerio de Educación Nacional*, 23 de septiembre del 2020. <https://www.mineduacion.gov.co/>

- portal/salaprensa/Noticias/401097:Minsalud-explica-protocolo-para-el-regreso-a-clases-presenciales.
- Observatorio Proyecto Migración Venezuela. “Vulnerabilidad de los migrantes en tiempos de coronavirus”. *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 23 de septiembre del 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/atencionhumanitaria/norte-de-santander/migrantes-coronavirus-pobreza-venezolanos-/2174>.
- Observatorio Sabana Centro Cómo Vamos. *¿Sobrecarga u oportunidad para Sabana Centro? Participación de niños, niñas y adolescentes venezolanos en colegios oficiales de la región*. http://sabanacentrocomovamos.org/home/wp-content/uploads/2021/07/Sobrecarga-u-Oportunidad-en-Sabana-Centro_Participacion-de-NNA-venezolanos-en-instituciones-oficiales.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, A/70/59*. ONU, 2016. <https://undocs.org/es/A/70/59>.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). *Resumen del Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2019: Migración, desplazamiento y educación: Construyendo puentes, no muros*. París: Unesco, 2019. <https://www.gcedclearinghouse.org/sites/default/files/resources/190008spa.pdf>.
- “Preguntas Frecuentes - PEP, 2020”. *Migración Colombia*. <https://migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep/preguntas-frecuentes-pep>.
- Proyecto Capstone. *La garantía del derecho al trabajo por parte del Estado colombiano a los migrantes venezolanos en necesidad de protección internacional en conformidad con el andamiaje y estándares jurídico-político internacionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Redacción Educación. “Suspenden clases en colegios públicos y privados de Colombia por Coronavirus”. *El Espectador*, 15 de marzo del 2020. <https://www.elespectador.com/coronavirus/suspenden-clases-en-colegios-publicos-y-privados-de-colombia-por-coronavirus-articulo-909471/>.
- “Refugiados y migrantes de Venezuela”. *Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela*. <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.
- Renna, Henry. *Derecho a la educación bajo presión: principales desafíos y acciones transformadoras en la respuesta educativa al flujo migratorio mixto de población venezolana en Colombia*. Santiago de Chile: Unesco, 2020.
- Ruiz Mancera, Silvia, Lucía Ramírez Bolívar y Valentina Rozo Ángel. *Acceso, promoción y permanencia de niños, niñas y adolescentes migrantes en el sistema educativo colombiano: Avances, retos y recomendaciones*. Bogotá: Dejusticia, 2020. <https://www.dejusticia.org/publication/acceso-promocion-y-permanencia-de-ninos-ninas-y-adolescentes-migrantes-en-el-sistema-educativo-colombiano-avances-retos-y-recomendaciones/>.
- R4V. *Plan de respuesta para refugiados y migrantes de Venezuela* 2020. R4V, 2020. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/74747.pdf>
- “Saber 11 - Acerca del examen”, *Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes)*. <https://www2.icfes.gov.co/web/guest/acerca-del-examen-saber-11%C2%B0>.
- Turbay Restrepo, Catalina. *El derecho a la educación: desde el marco de la protección integral de los derechos de la niñez y de la política educativa*. Bogotá: Unicef Colombia, 2000. <https://www.unicef.org/colombia/media/2241/file/El%20derecho%20a%20la%20educaci%C3%B3n.pdf>.
- Wright, Cream, Changu Mannathoko y Maida Pasic. *Manual escuelas amigas de la infancia*. Nueva York: Unicef, 2009.

Normativa

Circ. 45/2015, Ministerio de Educación Nacional.

Circ. Conjunta 016/2018, Migración Colombia y Ministerio de Educación Nacional.

Constitución Política de Colombia, arts. 44 y 45.

D. 4807/2011.

D. 1075/2015.

L. 115/1994.

L. 1098/2006.

L. 1753/2015.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Educación Nacional. Proyecto de decreto, “Por el cual se adiciona la Sección 10 al Capítulo 3 del Título 3 de la Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el sector educación (PEP-E)”. (Documento sin publicar)

Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Trabajo. Proyecto de decreto, “Por el cual se adiciona la Sección 10 al Capítulo 3 del Título 3 de la Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación y la Sección 4, Capítulo 8, Título 6, Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el sector educación (PEP-E) y el Permiso Especial de Permanencia para la formación y reconocimiento de aprendizajes previos (PEP-FR), respectivamente”. (Documento sin publicar)

Res. 7791/2015, Ministerio de Educación Nacional.

Res. 16432/2015, Ministerio de Educación Nacional.

Res. 253/2017, Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes).

Res. 298/2020, Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes).

Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

La nacionalidad, su importancia y la lucha internacional contra la apatridia

Juan Manuel Amaya Castro

Resumen

La nacionalidad es uno de los elementos fundamentales del ordenamiento global político y jurídico, pues determina la pertenencia a un Estado o comunidad política. Este capítulo ofrece un panorama del concepto de nacionalidad, de sus orígenes, su desarrollo y los diversos problemas que surgen en su funcionamiento. Una vez establecida la importancia de la nacionalidad nos enfocaremos en la situación en que personas no la tienen y son consideradas apátridas, así como en lo que eso implica. En la segunda parte hablaremos de los esfuerzos en el derecho internacional para proteger a los apátridas y para reducir el fenómeno. Le daremos especial atención a la protección ofrecida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y situaremos a la legislación colombiana dentro de la región latinoamericana.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.674>

Introducción: la soberanía y sus limitaciones internacionales

Es frecuente, en el contexto de la migración, que los representantes del Gobierno hagan referencia a la soberanía nacional y a la discreción o libertad de decisión que esta implica. Al hacer esto se está haciendo un argumento en clave del derecho internacional público. Sin decirlo, lo que sugieren es que “igual a los otros Estados, nosotros podemos decidir como nos plazca”. Sin embargo, este argumento siempre ha sido problemático, ya que desde el punto de vista de la estructura argumental internacional jurídica no es necesariamente tan claro si es la soberanía la que hace el derecho internacional, o si más bien es el derecho internacional el que determina qué es la soberanía¹. En otras palabras, el argumento de la soberanía nos sitúa en un complejo discursivo en el cual hay impulsos normativos que a veces parecen contradictorios y en los cuales hay que discernir los patrones mayores y el conjunto de derechos y obligaciones. Si bien la soberanía hace referencia a la autoridad jurídica de una comunidad política, también lo hace a la autoridad jurídica de la comunidad internacional de comunidades políticas. Esta autoridad jurídica no es meramente multiescalar sino también dinámica y orgánica, lo que obliga al trabajo jurídico a enfocarse en lo simbiótico del conjunto de normas, en verlas de manera sistémica.

Pocos casos contienen en sí esta estructura sistémica de manera tan contundente como la pregunta de la pertenencia, formal y jurídica, de los seres humanos a una comunidad política. Si bien no hay comunidad internacional sin Estados soberanos, no hay Estado soberano sin las personas

I Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2.^a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

que conforman esa comunidad política. Esa pertenencia, del ser humano al ordenamiento jurídico nacional e internacional, se denomina la nacionalidad; sin ella, ese ser humano no tiene lugar. En lo que sigue examinaremos esta relación entre los seres humanos y los Estados, y miraremos los límites jurídicos que el sistema internacional normativo ha tendido a imponerle a la soberanía estatal, y lo haremos con un enfoque sistémico, situando a esa libertad de decisión del Estado soberano en su contexto normativo histórico. Como veremos, ese análisis nos llevará a la conclusión de que, cuando se trata de la pertenencia de los seres humanos a la comunidad global, hay unos límites inevitables a la soberanía nacional.

Este capítulo primero explicará lo que es la nacionalidad y cómo la podemos entender jurídica e históricamente. Pondrá a continuación en evidencia la importancia de la apatridia antes de ofrecer un relato de la lucha internacional para reducir el fenómeno. Este relato se enfoca primero en el derecho internacional general y luego en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Terminará ofreciendo una conclusión general con un enfoque en la situación colombiana.

1. Situar a la nacionalidad (y a la apatridia) en el ordenamiento global

Como hemos dicho, el ordenamiento global se caracteriza por ser un sistema de Estados soberanos. Lo más cercano que existe en el derecho internacional a una constitución formal, la Carta de las Naciones Unidas², es un tratado entre Estados y uno de sus principios fundamentales es la igualdad soberana de todos sus miembros³. Este ordenamiento cubre todo el planeta⁴ y de la misma manera gobierna a todas las personas. Sin embargo, el estatus jurídico de las personas en este ordenamiento global requiere una explicación más elaborada, lo cual es el objeto de esta sección. Primero, es necesario hacer énfasis en que a los Estados soberanos también se les denomina Estados naciones, y a veces incluso solamente “naciones”, como en el caso de los Estados que conforma la Organización de las Naciones Unidas (onu). Esa palabra, *nación*, de la cual deriva la palabra *nacionalidad*, es un elemento esencial en la construcción del estatus jurídico de las personas en el ordenamiento global⁵.

El significado de la palabra nación implica que todas las personas o todos los nacionales supuestamente pertenecen a una nación. Sin embargo,

2 onu. *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en 1945.

3 *Carta de las Naciones Unidas*, art. 2(1).

4 Incluso cubre a la Antártida, que, si bien no es un Estado, es un territorio administrado por un conjunto de estados bajo el Tratado Antártico de 1959.

5 David Miller; *On Nationality* (Oxford, UK: Clarendon Press, 1995).

existen también naciones sin Estado, grupos que comparten cultura, etnicidad, lenguaje, identidad y una historia común que los distingue de los demás, pero que no se gobiernan a sí mismos. Por ejemplo, los kurdos son una nación, pero los gobiernan los Estados turco, sirio e iraquí.⁶ De la misma manera, muchos Estados no necesariamente representan a una sola nación, sino que se consideran multinacionales o multiculturales como, por ejemplo, Canadá⁷, India⁸ o la misma Colombia⁹. Estas son unas categorías que, en ocasiones, han producido movimientos políticos, muchas veces violentos y que incluso han llevado a invocar el derecho a la autodeterminación, un derecho que además se ha reconocido en el derecho internacional como un derecho de los pueblos —otra palabra que se intercambia con *naciones*¹⁰—. El hecho de que siempre va a ser contencioso si se trata de autodeterminación (y por ende justificable) o secesión (y por ende reprochable) demuestra que estamos hablando de categorías, tanto fundamentales del ordenamiento global como potencialmente explosivas¹¹.

Como veremos a continuación, la categoría de la nacionalidad tiene una historia relativamente reciente. A medida que esta iba volviéndose más importante durante el siglo xx, surgió el problema de las personas que no eran reconocidas como nacionales de ningún Estado. A estas personas, a veces pueblos o naciones enteras, se les denominó apátridas, en referencia a esa otra forma de indicar la pertenencia de una persona a un Estado: *patria*¹². El fenómeno de la apatridia adquirió particular importancia para la comunidad internacional solamente después de las tragedias de la Segunda Guerra Mundial, cuando se vio incluido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹³. El artículo 15 estipula en su primer párrafo que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.

- 6 James Minahan ofrece una lista de 420 naciones sin Estado. *Encyclopedia of Stateless Nations: Ethnic and National Groups around the World*, 2.^a ed. (Denver: Greenwood, 2016).
- 7 Audrey Kobayashi, “Multiculturalism: Representing a Canadian Institution”, en *Place/culture/representation*, editado por James S. Duncan y Ley Duncan (Londres/Nueva York: Routledge, 1983), 205-220.
- 8 Alfred Stepan, Juan J. Linz y Yogendra Yadav, *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2011).
- 9 Daniel Bonilla, *La Constitución Multicultural* (Bogotá: Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2006).
- 10 El derecho a la autodeterminación de los pueblos tomó particular fuerza durante las decolonizaciones del siglo xx y se ha articulado en múltiples declaraciones de la ONU, además de verse codificado como el primer artículo de los dos Pactos de Derechos Humanos de dicha organización: el Pacto de Derechos Políticos y Civiles y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los dos de 1966. Véase también Adom Getachew, *Worldmaking After Empire: The Rise and Fall of Self-Determination* (Princeton: Princeton University Press, 2019).
- 11 No es por nada que, después de la Segunda Guerra Mundial, la palabra *nacionalismo* adquirió una connotación meramente negativa, ya que se asoció con el expansionismo bélico de los alemanes y de los japoneses, como también con el Holocausto. Solo desde hace relativamente poco se ven partidos políticos abiertamente y con éxito abanderar la causa nacionalista. Véase también Ernest Gellner, *Nations and Nationalism* (Nueva Jersey: Blackwell Publishing, 2006).
- 12 Sin embargo, en inglés se usa el término *stateless*, que significa literalmente “sin Estado”.
- 13 ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

En lo que sigue exploraremos el desarrollo de esta norma desde entonces hasta la actualidad. Aquí lo importante es señalar que el derecho internacional de los derechos humanos cambió significativamente el estatus jurídico de las personas. Ya no serían exclusivamente *nacionales* de un Estado, sino también personas con derechos universales, protegidos por el derecho internacional. Sin embargo, como veremos, nunca dejó de ser de esencial importancia el pertenecer a un Estado nación, por lo cual la categoría de la apatridia sigue siendo un tema de mucha relevancia.

2. La nacionalidad: historia de una categoría política

El pertenecer a una comunidad política ha sido desde siempre una cuestión llena de complejidades y contradicciones. Por un lado, ha conocido muchos nombres y muchas formas, aunque históricamente los términos más familiares sean los súbditos y, en particular, la categoría de ciudadanía¹⁴. La ciudadanía es un término genérico que se usa para denominar la relación entre las personas y el orden soberano, que lleva consigo muchas connotaciones importantes, de acción política y de responsabilidades cívicas¹⁵, de moralidad¹⁶ e incluso de identidad¹⁷. Pero, desde el derecho romano, la ciudadanía también determina, en su construcción jurídica, el conjunto de derechos y obligaciones que rigen a la persona¹⁸.

En ese sentido, la ciudadanía siempre ha sido un mecanismo de inclusión y exclusión, en el que ciertas personas tienen más derechos que otras¹⁹. Pensemos, por ejemplo, en la diferencia de trato hacia las mujeres, en la institución de la esclavitud, en el racismo institucionalizado, la marginalización o incluso asimilación forzada de pueblos indígenas: la organización formal de la ciudadanía nos muestra, como un espejo, cuál es el ordenamiento social y el estatus jurídico de las personas. Entonces, en lo que hay que fijarse, es en si hay una “idea maestra”, una constelación

14 Al respecto, véase: Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad y Maarten Vink, eds., *The Oxford Handbook of Citizenship* (Oxford: Oxford University Press, 2017).

15 Aristóteles, en su libro *Política* (Madrid: Alianza, 2017), desarrolla la noción de ciudadanía como la forma mediante la cual los iguales entre sí se autogobiernan. Véase también Hannah Arendt, *La condición humana* (Barcelona: Paidós, 2016), donde desarrolla una versión más contemporánea de nuestra condición humana como una condición esencialmente política.

16 Marco Tulio Cicerón, *Sobre los deberes* (Madrid: Alianza, 2015).

17 Trevor Purvis y Alan Hunt, “Identity versus Citizenship: Transformations in the Discourses and Practices of Citizenship”, *Social Legal Studies* 8, N.º 4 (1999): 457-482.

18 John Pocock, “The Ideal of Citizenship since Classical Times”, en *Theorizing Citizenship*, editado por Ronald Beiner (Albany, NY: SUNY Press, 1995), 29-53.

19 Este argumento se ha empleado para describir la actualidad también, con un enfoque en la movilidad. Véase Juan M. Amaya-Castro, “‘In Its Majestic Inequality’: Migration Control and Differentiated Citizenship”, en *The Transformation of Citizenship - Vol. 2: Boundaries of Inclusion and Exclusion* editado por Jürgen Mackert y Bryan S. Turner (Londres/Nueva York: Routledge, 2017), 84-100.

ideológica que justifique las diferenciaciones sociales, bien sea el racismo, el feudalismo, el patriarcado, el capitalismo o cualquier otra noción²⁰. Desde una perspectiva histórica vemos, entonces, diversas constelaciones ideológicas que predominan en diversas épocas y contextos, justificando cada vez su ordenamiento social diferenciado.

En el curso de la historia se ha transformado continuamente la relación entre el ordenamiento político territorial y sus habitantes²¹. Estas transformaciones se han manifestado desde el contexto de la ciudad, en el cual surgió la noción de ciudadanía²², pasando por las eras feudales con sus relacionamientos interpersonales entre vasallos o súbditos y señores, en relación con el feudo²³. Y también fue visible en los contextos de los imperios coloniales, con sus complejas diferenciaciones jurídicas entre metrópolis y colonia, con sus “sujetos” coloniales²⁴.

Para nuestra época son importantes el legado del liberalismo, con su noción universalista de los derechos naturales y el nacionalismo, con su noción de la unidad histórica de los pueblos. Juntos surgieron como resistencia a los imperios feudales y multinacionales²⁵. El liberalismo contenía en sí los gérmenes del universalismo de los derechos humanos que se manifestaría después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, hasta entonces, y aún ahora, sigue muy ligado a la idea de la nación²⁶. Fue justamente el nacionalismo el que primero se universalizó y que impulsó las luchas independentistas de los siglos XIX y XX²⁷. Sin embargo, no en todas partes funcionaba igual, ya que era una noción que no siempre se ajustaba a las realidades sociales²⁸. No siempre había un grupo con características homogéneas claras y muchas veces coexistían diferentes grupos en un mismo territorio. Esto, en muchos casos, llevó a problemas, conflictos y hasta guerras²⁹.

20 Sobre la ideología como concepto y marco analítico, véase: Slavoj Žižek, *Mapping Ideology* (Londres/Nueva York: Verso, 1994).

21 Saskia Sassen, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages* (Princeton: Princeton University Press, 2009), 31-140.

22 Asimismo, siglos después, la noción de la *burguesía* surge de *burgo*, que significaba fortaleza, alrededor de la cual en la Edad Media se organizó el comercio y donde surgieron espacios políticamente independientes del ordenamiento feudal. Véase Pocock, “The Ideal of Citizenship”.

23 Derek Heater, *A Brief History of Citizenship* (Nueva York: NYU Press, 2004) 42-50.

24 Mark Sizwebanzi Mngomezulu, “Citizenship in Colonial Africa: An Overview of British and French Repertoires”, *Journal of Political Inquiry* (Otoño 2015): 4-11.

25 Chaim Gans, “Citizenship and Nationhood”, en *The Oxford Handbook of Citizenship* editado por Rainer Baubock, Irene Bloemraad y Maarten Vink (Oxford: Oxford University Press 2017).

26 Phillip Cole, *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration* (Edimburgo: Edinburgh University Press, 2000), 107-128.

27 Véase Mira L. Siegelberg, *Statelessness: A Modern History* (Cambridge: Harvard University Press, 2020).

28 Sobre los esfuerzos enormes para generar un sentimiento y una identidad de *nación*, incluso en países con enormes diversidades, véase Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (Londres/Nueva York: Verso, 1991). De esta obra clásica surge la idea de la nación como una “construcción social”.

29 Andreas Wimmer, *Waves of War: Nationalism, State Formation, and Ethnic Exclusion in the Modern World*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), en particular 143-173.

Aquí hay que resaltar tres dimensiones importantes de esas dificultades en la asimilación de la idea de la nación que están relacionadas con el tema de la apatridia. Primero, en el hemisferio occidental, en las Américas, la inmigración desempeñaba un papel muy importante en el desarrollo político de los países recientemente independizados, los cuales desarrollaron políticas de nacionalidad que hacían énfasis en la exclusividad de la pertenencia, primero que todo. La forma en la que eso se llevó a cabo fue mediante la adopción del principio de *ius solis*, que implica que la nacionalidad se otorga por razón de nacimiento en el territorio y con el cual se buscaba asegurar la lealtad de las personas que se establecían en este y tenían hijos allí. Esta época y los esfuerzos de muchos países por crear un sentimiento nacional también se caracterizaron por el rechazo vehemente de la doble nacionalidad³⁰; la nacionalidad tenía que ser algo exclusivo, para así poder construir un ordenamiento político lo suficientemente cohesivo³¹. Esto hizo que, con algunas excepciones muy marcadas, el fenómeno de la apatridia casi no se diera en este continente³².

La segunda dimensión de la dificultad para desarrollar ese ordenamiento político basado en la idea de una nación se puede observar más claramente en otros continentes donde, desde hacía siglos, convivían diferentes pueblos con identidades particulares y que ahora se iban a considerar *naciones*. En el contexto de hace un siglo, estas dinámicas ideológicas además se combinaron con la ideología del racismo, que en esa época tuvo respetabilidad científica³³. El racismo reforzó la idea de la existencia de naciones con pureza étnica y muchas veces también con superioridad e inferioridad de las razas. Eso llevó a muchas instancias de discriminación, violencia, desplazamiento forzoso y hasta genocidio. Desde el genocidio armenio, producto del nacionalismo turco, pasando por el Holocausto, que buscaba *depurar* a la “raza alemana”, el genocidio fue definido internacionalmente como el intento de exterminación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso³⁴. En muchas ocasiones esto ha llevado a que grupos nacionales no sean considerados como miembros de una comunidad política, lo que los ha dejado en la condición de apátridas. Este es, por ejemplo, el caso de muchas personas de origen haitiano en

30 Peter J. Spiro, “A New International Law of Citizenship”, *American Journal of International Law* 105, N.º 4 (2011): 694, ofrece una fascinante historia.

31 Anderson, *Imagined Communities: Reflections*.

32 Hay dos casos notables de apatridia en el hemisferio americano. El primero está en Costa Rica y Panamá, donde la población indígena Ngäbe-Buglé vivía en los dos países y nunca registró a sus hijos. Recientemente, Costa Rica ha empezado a otorgarles la nacionalidad. Véase ACNUR, “Costa Rica: Primer Caso de Naturalización de Persona Reconocida como Apátrida”, ACNUR, 5 de junio del 2018, <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2018/6/5b1eeccb4/costa-rica-primer-caso-de-naturalizacion-de-persona-reconocida-como-apatrida.html>. El segundo caso notable concierne a personas de origen haitiano en la República Dominicana, el cual analizaremos más adelante.

33 George L. Mosse, “Racism and Nationalism”, *Nations and Nationalism* 1, N.º 2 (1995): 163-173.

34 Artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

República Dominicana, que fueron despojadas de su nacionalidad, una actuación evidentemente motivada por una noción exclusivista de lo que es la nación dominicana³⁵. Este es también el caso de India, donde se busca desnacionalizar potencialmente a millones de personas de religión musulmana, con base en una noción de India como una nación exclusivamente hindú³⁶. Ese también fue el caso de los judíos alemanes, a quienes los nazis les quitaron la ciudadanía con las leyes de Nuremberg en 1938, lo cual fue el primer paso hacia el Holocausto³⁷. Fue justamente esa desnacionalización de los judíos la que impulsó, después de la Segunda Guerra Mundial, a la identificación de la apatridia como una cuestión de extrema importancia.

La tercera dimensión tiene que ver con la distancia entre la ideología, que propone a la nación como categoría política imperativa, y la nacionalidad como su manifestación concreta, por un lado, y la realidad social, por el otro. En la realidad social muchas personas se mezclan y se reproducen entre naciones. La ideología nacionalista y, en particular, su dimensión exclusivista, presumía que, si las personas se casaban y tenían hijos, lo harían dentro de la misma nación. La manera en la que se resolvió eso hasta hace relativamente poco, y en algunas partes sigue siendo así, fue determinando que la mujer adquiría, automáticamente, la nacionalidad de su esposo. Y aun donde no se discrimina de esa manera, muchos países no aplican el principio de *ius sanguinis* en la transmisión de la nacionalidad por parte de la madre³⁸. Esta situación ha llevado a miles de casos de apatridia.

Veremos en la siguiente sección cómo el derecho internacional surge después de la Segunda Guerra Mundial para ofrecer un contrapeso a la ideología del nacionalismo y, en particular, dando importantes pasos para la eventual erradicación del fenómeno de la apatridia. Como categoría política, tenemos entonces que entender la nacionalidad como un fenómeno que surgió en el siglo XIX y que tuvo su auge hasta la Segunda Guerra Mundial. Desde entonces, el nacionalismo ha visto un contrapeso en la idea y las normas que protegen los derechos humanos universales y del derecho internacional. Pero, antes de eso, es importante entender cómo la nacionalidad no es únicamente una categoría política sino también una categoría jurídica y administrativa que está ligada a la organización práctica del Estado.

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15, 31 diciembre del 2015.

36 Arundhati Roy, "India: Intimations of an Ending - the rise of Modi and the Hindu far right", *The Nation*, 22 de noviembre del 2019, <https://www.thenation.com/article/archive/arundhati-roy-assam-modi/>.

37 Robert Gellately y Nathan Stoltzfus, eds., *Social Outsiders in Nazi Germany* (Princeton: Princeton University Press 2001). Este libro hace también referencia a los Roma y a otros grupos que fueron identificados como inferiores, como los minusválidos y los homosexuales.

38 Laura van Waas, Zahra Albarazi y Deirdre Brennan, "Gender Discrimination in Nationality Laws: Human Rights Pathways to Gender Neutrality", en *International Human Rights of Women*, editado por Niamh Reilly (Singapur: Springer, 2018), 193-207.

3. La nacionalidad: una categoría jurídica y administrativa

La misma época que vio el surgimiento del Estado nación también vio el desarrollo del Estado moderno burocrático³⁹. Los dos iban de la mano, en el sentido de que buscaban reemplazar los lazos orgánicos que, en muchos casos, seguían incrustados en la organización feudal, por un Estado más grande y centralizado, manejado por una burocracia cada vez más racionalizada y legal. Un salto enorme en el desarrollo de este Estado moderno y burocrático se dio a raíz de la Revolución francesa, que introdujo, entre otras cosas, el servicio militar obligatorio y donde las ideologías de la nación y de la patria funcionaron como mecanismos ideológicos de movilización masiva, ya viendo en la conscripción un deber del ciudadano⁴⁰. Este Estado moderno introdujo el documento de identificación personal, el registro civil y otras instituciones modernas, ya que requería mucha información para poder gobernar a escala, para poder cobrar impuestos y, en general, para gobernar⁴¹. Este énfasis en la identificación de las personas se fue desarrollando y durante la Primera Guerra Mundial se introdujo un documento internacional temporal, el pasaporte, que después se volvió permanente⁴². Eventualmente la nacionalidad quedaría plasmada en este documento, emitido por el Estado nacional, basándose en los procedimientos nacionales de registro e identificación.

Así, entonces, adquirieron importancia la normatividad y las instituciones que determinan a quién se le otorga la nacionalidad y, con ella, la documentación necesaria. Es ahí donde se vuelven explícitos los dos principios predominantes para la adquisición de la nacionalidad: el principio de *ius solis*, que considera determinante de la nacionalidad el lugar de nacimiento y el principio de *ius sanguinis*, que considera la nacionalidad de los padres el elemento determinante. Por lo general, la mayoría de los países tienen una combinación de los dos principios. Algunos países, sin embargo, limitan la aplicación de los principios. Ya mencionamos la manera en la que las mujeres se ven perjudicadas en la transmisión de la nacionalidad a sus hijos. Otro ejemplo es la exigencia de residencia o domicilio en el territorio como condición para la aplicación del *ius solis*, como sucede en Colombia⁴³.

39 Max Weber, *¿Qué es la burocracia?* (Ediciones elaleph.com, 2000).

40 Eliot Cohen, *Citizens and Soldiers: The Dilemmas of Military Service* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1985).

41 James C. Scott, *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed* (New Haven: Yale University Press, 1998).

42 John Torpey, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

43 Véase el capítulo de Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani en esta misma obra.

Entre más condiciones haya y entre más documentación se requiera, más se corre el riesgo de que haya personas que no puedan demostrar que tienen derecho a su nacionalidad. En los casos ya mencionados de República Dominicana e India, se han impuesto unos requisitos y procedimientos que, según muchos⁴⁴, tienen como objetivo la exclusión y desnacionalización de grupos enteros de personas. Sin embargo, incluso cuando hay normas razonables y estas son aplicadas de buena fe y correctamente, en el sentido técnico, puede haber situaciones en las que una persona queda sin el reconocimiento oficial de su nacionalidad, sin que necesariamente esto sea debido a una intención legislativa de excluir por parte del Estado. Eso hace que haya personas que, si bien tendrían derecho a la nacionalidad, en la práctica se pueden considerar *de facto* apátridas⁴⁵.

4. La apatridia y el derecho a tener derechos

Una persona sin nacionalidad no tiene lugar en el mundo. Incluso si vive donde siempre ha vivido, donde sus padres han vivido o las generaciones anteriores lo han hecho, esta persona está a la merced de un Estado que no la reconoce ni como ciudadana propia ni como ciudadana de otro Estado. Claro, una persona sin nacionalidad está amparada por los derechos humanos y por otras normas de derecho internacional, como el derecho de refugiados o el derecho internacional penal⁴⁶. Pero esta persona y, posiblemente, sus hijos, correrán el riesgo de quedar siempre excluidas, por ejemplo, de los derechos políticos y de muchos otros derechos económicos y sociales, así como de sufrir discriminación constante⁴⁷. Además, para muchos Estados también puede ser poco deseable tener un

44 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación*.

45 Originalmente, este término se usaba para denominar a los refugiados, ya que estos, careciendo de la protección de sus propios países, se podrían considerar como de hecho (*de facto*) apátridas. Más adelante se empezó a usar para hablar de personas que carecían de un reconocimiento de nacionalidad, es decir de una "nacionalidad efectiva", por parte del Estado. El término en su segunda acepción es algo controversial, ya que le puede quitar claridad a la categoría de apatridia. Sin embargo, en mi opinión no deja de tener su utilidad en contextos en los que un Estado se niega a aceptar que hay casos de apatridia, pero también se niega a ofrecer un real reconocimiento de la nacionalidad de la persona. Véase Hugh Massey, *UNHCR and De Facto Statelessness, Legal and Protection Policy Research Series* (Ginebra: UNHCR Division of International Protection, 2010).

46 El caso de, aproximadamente, un millón de rohinyá en la República de Myanmar; una nación apátrida, que ha sufrido una persecución brutal, que ha generado enormes flujos de refugiados y que incluso ha llevado a un caso pendiente ante la Corte Internacional de Justicia por genocidio, y que podría además, eventualmente, involucrar a la Corte Internacional Penal, es un ejemplo de que hay normas internacionales que pueden aplicar en los peores de los casos. Sin embargo, cabe resaltar que su condición de apátridas desnacionalizados en 1982 los ha puesto en un estado de vulnerabilidad sumamente serio. Véase "Myanmar: 'Multidimensional and long-standing' root causes behind rights minority abuses, says Bachelet", *UN News*, 27 de febrero del 2020, <https://news.un.org/en/story/2020/02/1058261>.

47 Alice Edwards y Laura van Waas, eds., *Nationality and Statelessness UNDER International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

número significativo de personas en su territorio que carecen de un estatus jurídico claro. Al fin y al cabo, se gobierna más fácil cuando hay formalidad y regularidad.

El desamparo al que se puede llegar en una situación de apatridia llevó a la filósofa judía alemana Hannah Arendt, ella misma desnacionalizada por el régimen nazi, a considerar, en 1949, que los derechos humanos solo pueden ser eficaces si una persona pertenece a un Estado que la ampare: solo si uno pertenece, se tiene “el derecho a tener derechos”⁴⁸. Y si bien habló con escepticismo frente a la recién adoptada Declaración Universal de los Derechos Humanos, su argumento aún resuena fuertemente y los ejemplos de extrema vulnerabilidad de personas en situación de apatridia siguen siendo muchos y poderosos.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha hecho un esfuerzo para identificar el número de personas apátridas en el mundo y las causas de la apatridia⁴⁹. Se estima que hay aproximadamente entre diez y doce millones de personas apátridas en el mundo⁵⁰, de las cuales la gran mayoría se encuentra en el continente asiático⁵¹. El problema tiene diversas dimensiones y dinámicas diferentes, dependiendo del contexto. El ACNUR ha identificado algunos elementos recurrentes⁵²; estos son primordialmente la discriminación étnica o racial, en especial en situaciones de sucesión de Estados, cuando se redefinen las reglas de quién pertenece y quién no al nuevo Estado. Igualmente, en casos en los que hay millones de refugiados crece enormemente el problema de la apatridia, lo que está relacionado con el hecho de que muchas personas dejan de estar registradas en alguna parte. Esto dificulta además tener una idea clara de las dimensiones cuantitativas del problema⁵³: en el continente americano el fenómeno es relativamente excepcional y es, además, aquí donde el desarrollo normativo que busca la erradicación del fenómeno ha sido más exitoso, con más firmas y ratificaciones de los instrumentos de derecho internacional. Ese desarrollo normativo global y regional es el enfoque de la siguiente sección.

48 Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo* (Madrid: Alianza, 2006), véase en particular el capítulo 9.

49 ACNUR, *Global Action Plan to End Statelessness*, 2014-2024. <https://www.unhcr.org/54621bf49.html>.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

53 Institute for Statelessness and Inclusiveness, *Statelessness in numbers: 2019 An overview and analysis of global statistics* (julio 2019), https://files.institutesi.org/ISL_statistics_analysis_2019.pdf.

5. El derecho internacional y el proyecto de erradicación de la apatridia

5.1. Los derechos de las personas apátridas

Antes de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los países veían al fenómeno de los apátridas como un tema de orden público⁵⁴. La doctrina de esa época reconocía la importancia para el individuo de tener una nacionalidad, pero lo consideraba más importante para el Estado huésped, ya que estaba en juego la protección del orden público. Esto cambió en 1954, cuando se adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, mejor conocida como la Convención de 1954. En su primer artículo persiste el énfasis en el orden público y se afirma la obligación para las personas apátridas de respetar las leyes del Estado donde se encuentren. Sin embargo, también se manifiesta un cambio radical de perspectiva, ya que la misma Convención establece que la condición de apatridia no significa que la persona quede despojada de derechos. En particular, garantiza la protección ante la ley, la protección de la propiedad e incluso la posibilidad de tener documentos de identidad para poder desplazarse, entre varios otros derechos. La adopción de la Convención de 1954 es bastante remarcable, ya que en ella los Estados reconocen una básica protección internacional de los apátridas, incluso antes de hacerlo con sus propios ciudadanos⁵⁵. Si bien quedó claro que así se buscaba garantizar que las personas en condición de apatridia tuvieran una protección básica, la Convención no contenía ninguna herramienta concreta que sirviera para reducir o erradicar el fenómeno.

5.2. El derecho humano a una nacionalidad

Teniendo en mente la importancia que tiene la nacionalidad para los Estados, ya que les permite determinar quiénes son sus ciudadanos y a quiénes representan, el gran desafío del derecho internacional era poder ofrecerles una nacionalidad a las personas apátridas sin imponer personas que ese Estado no considerara parte de su comunidad política. El primer paso fue, sin embargo, el de reconocer la importancia para las personas de tener una nacionalidad. El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que cada persona tiene derecho a *una* nacionalidad. Sin embargo, no especifica cuál nacionalidad, lo que

54 Alison Kesby, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 43-47.

55 En 1954 casi no había tratados vinculantes de derechos humanos. Una excepción era la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950.

hace que el derecho sea difícil de materializar, más allá del carácter no vinculante de la Declaración.

Por su lado, aparte de pedir que los procesos de naturalización sean lo más expeditos posibles, en su artículo 32 la Convención de 1954 no dice nada sobre cómo se decide cuál nacionalidad otorgarle a la persona en condición de apatridia. Lo que sí establece el artículo 15 de la Declaración es la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad, lo que implica el respeto de los derechos al debido proceso y la no discriminación en todos los procedimientos que puedan tener esta consecuencia. Además, desde entonces, el artículo 15 ha sido interpretado como requiriendo una razón legítima si un Estado depriva a alguien la nacionalidad, para así evitar que la persona quede apátrida⁵⁶.

Otras convenciones de derechos humanos de la época, así como tratados posteriores, incluyen el derecho a una nacionalidad: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵⁷ establece en su artículo 24 que “todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁵⁸ obliga a que los Estados eliminen la discriminación racial en el reconocimiento del derecho a la nacionalidad⁵⁹; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁶⁰ protege en el artículo 9 el derecho a una nacionalidad para las mujeres, y otras convenciones reiteran la existencia del derecho a la nacionalidad, como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁶¹, en su artículo 29 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶² en su artículo 18. Si bien estos documentos engloban el derecho a una nacionalidad, no dan ninguna pauta de qué es lo que debe hacer un Estado para garantizar ese derecho.

La Convención de los Derechos del Niño⁶³ va un poco más allá en su artículo 7.1, en el sentido de que establece obligaciones más específicas:

56 Jorunn Brandvoll, “Deprivation of nationality: Limitations on rendering persons stateless under international law”, en *Nationality and Statelessness under International Law*, editado por Alice Edwards y Laura van Waas (Cambridge: Cambridge University Press, 2014): 194-216.

57 *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf.

58 *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf.

59 *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965), art. 5.d.iii.

60 *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf.

61 *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf.

62 *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

63 *Convención de los Derechos del Niño*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf.

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Sin embargo, mientras todos estos instrumentos evidencian al derecho a la nacionalidad como un derecho intrínseco al cuerpo jurídico global de los derechos humanos, ninguno establece la fórmula que determinará la nacionalidad que deberá reconocerse y deja este aspecto a la discrecionalidad de los Estados. En este sentido, a pesar de que el cuerpo general de los tratados de derechos humanos reconoce la problemática, se ve muy limitado como instrumento a invocar ante cualquier autoridad salvo, tal vez, en el caso de la privación arbitraria u otro tipo de negación flagrante del derecho a la nacionalidad.

5.3. Hacia la reducción proactiva de la apatridia

La timidez normativa ante el fenómeno de la apatridia cambió cuando se adoptó la Convención para Reducir los Casos de Apatridia⁶⁴ en 1961 (la Convención de 1961)⁶⁵. La Convención evita imponer un derecho internacional de la nacionalidad, pero crea un régimen para prevenir que las personas resulten en una situación de apatridia. Su norma más importante es la que establece, en su artículo 1, que “Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida”, determinando así que en ciertas circunstancias el Estado contratante ya no tiene discreción, sino que tiene que aplicar el principio de *ius solis*. Asimismo, para niños que nacen en el exterior, el Estado contratante debe aplicar el *ius sanguinis*, si de otra forma el niño queda apátrida⁶⁶.

Más allá de la situación de los niños que nacen sin nacionalidad, la Convención de 1961 también cubre situaciones en las que una persona pierde su nacionalidad, incluso si renuncia a ella, y por esa razón queda en situación de apatridia. Es importante tener en cuenta que la Convención no otorga la nacionalidad automáticamente, sino que obliga a los Estados contratantes a otorgarla. Para eso, los Estados tienen la libertad de establecer procedimientos específicos y exigir el cumplimiento de algunos requisitos. La Convención de 1961 ha sido ratificada por 75 países a la fecha, incluyendo a la gran mayoría de los Estados suramericanos, con la excepción de Venezuela. Su impacto ha sido relativo, ya que solo recientemente,

64 Convención para Reducir los Casos de Apatridia, <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0007.pdf>.

65 Véase el texto integral de la Convención: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5.

66 Artículo 4. Este artículo además establece que, si el territorio donde nace el niño también es de un Estado contratante, entonces ese es el Estado que le otorgará la nacionalidad, dándole de esta manera un mayor valor al principio de *ius solis*.

y tras los esfuerzos del ACNUR en los últimos diez años, se ha visto crecer su adherencia⁶⁷. Además, varios de los Estados contratantes son Estados que aplican el *ius solis* sin condiciones, lo cual produce el mismo efecto que la Convención.

Por otro lado, en cuanto a la interpretación de varios documentos internacionales de derechos humanos se puede ver, si no la aplicación, tal vez la influencia de la Convención de 1961. Por ejemplo, en 1989, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su *Observación general N.º 17*⁶⁸, plasmó el desarrollo normativo del “derecho a una nacionalidad”, en su lectura del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Vale la pena citar el razonamiento del Comité:

Asimismo, debería prestarse especial atención, dentro del marco de la protección que ha de otorgarse a los niños, al derecho enunciado en el párrafo 3 del artículo 24 que tiene todo niño a adquirir una nacionalidad. Si bien esta disposición responde al objetivo de evitar que un niño reciba menos protección por parte de la sociedad y del Estado como consecuencia de su condición de apátrida, no impone necesariamente a los Estados la obligación de otorgar su nacionalidad a todo niño nacido en su territorio. Sin embargo, los Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento. [...] En los informes de los Estados Partes deberían siempre indicarse las medidas adoptadas para garantizar que los niños tengan una nacionalidad⁶⁹.

Si bien el Comité explícitamente dice que no hay que aplicar el *ius solis* de manera obligatoria, insiste en que el Estado donde haya nacido un niño apátrida tiene que esforzarse para *garantizar* que este no se quede sin nacionalidad. Asimismo, en 1997, el Comité se dirigió a Colombia con la siguiente recomendación, llevando el raciocinio un paso más allá, por el camino hacia la metodología de la Convención de 1961:

Comité insiste en la obligación del Estado Parte de velar por que todo niño nacido en Colombia goce del derecho estipulado en el párrafo 3 del artículo 24 del Pacto a adquirir una nacionalidad. Por tanto, recomienda que el Estado Parte considere la posibilidad de conceder la nacionalidad colombiana a los niños apátridas nacidos en Colombia⁷⁰.

67 Laura van Waas, “The un statelessness conventions”, en *Nationality and Statelessness under International Law*, editado por Alice Edwards y Laura van Waas (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 64-86.

68 ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación general N.º 17*, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf>.

69 *Observación General N.º 17*, párr. 8.

70 ONU, Comité de Derechos Humanos, *Examen de Informes Presentados: Colombia, A/52/40 vol. I* (Génova, 1997), párr. 306.

En breve, el largo camino normativo del derecho internacional de los derechos humanos a la nacionalidad pasa por la aceptación de la necesidad de considerar la posibilidad de aplicar, en caso de riesgo de apatridia, el principio de *ius solis*. Aún estamos lejos de poder considerar que, en el mundo entero, exista una aceptación de una norma de derecho consuetudinario que imponga el principio *ius solis*, pero la tendencia indudablemente apunta a que los Estados tomen alguna medida para combatir el fenómeno de la apatridia.

5.4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ya en el contexto regional, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1980 (la Convención Americana)⁷¹ había sido categórica y explícita en su reafirmación del *ius solis* como principio aplicable y obligatorio cuando hay riesgo de apatridia. Así, el primer acápite del artículo 20 de la Convención Americana repite literalmente el artículo 15 de la Declaración Universal y el artículo 2 va directamente al punto central de la Convención de 1961: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”. Si bien aquí se limita de manera muy clara la discreción soberana a una decisión sobre nacionalidad, hay que tener en cuenta que prácticamente todos los Estados del hemisferio ya aplican el *ius solis*⁷².

En el caso *Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*⁷³, la Corte Interamericana explicó el alcance del artículo 20:

Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad⁷⁴. (Énfasis añadido)

En otras palabras, no solo se aplicará el principio de *ius solis*, sino que cualquier práctica o legislación que pueda contribuir al fenómeno de la

71 OEA. Convención Americana de Derechos Humanos, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

72 Law Library of Congress, *Birthright Citizenship Around the World* (noviembre 2018), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llglrd/2018655070/2018655070.pdf>.

73 Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, Sentencia del 8 septiembre del 2005, Serie C, N.º 130.

74 Párr. 142.

apatridia va en contra de las obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con esta interpretación, el artículo 20 se convierte en una obligación de resultado y este es garantizar que no se incremente el número de personas apátridas. Lo anterior significa ejercer una vigilancia constante de que no haya exigencias, condiciones o procedimientos que lleven a incrementar el número de personas apátridas.

Además, si bien una persona pudiera adquirir otra nacionalidad, esta posibilidad solo exime al Estado de la obligación de otorgar la nacionalidad cuando la otra posible nacionalidad es *efectiva en la práctica*. La Corte no explica directamente a qué se refiere con esa expresión, pero en la siguiente frase queda claro que lo que hace una nacionalidad efectiva es garantizar “el goce de los derechos civiles y políticos de una persona” y protegerla contra “una condición de extrema vulnerabilidad”. Uno puede entender a partir de esta formulación que el Estado tiene la obligación de no aceptar la posibilidad de una nacionalidad alternativa. Esta es una interpretación muy amplia, ya que muchas nacionalidades se podrían considerar “inefectivas en la práctica” en el sentido que indica la Corte. Por ejemplo, en el contexto de personas que podrían si acaso adquirir la nacionalidad haitiana, se podía rechazar esa posibilidad ya que les obligaría a volverse extranjeros en la República Dominicana, donde habían nacido y vivido toda la vida, en las condiciones de marginalización y exclusión descritas por la Corte⁷⁵. Así que la barra para no poder aceptar una nacionalidad alternativa quedó bastante alta. Sin embargo, queda el interrogante de cuáles son las situaciones que se pueden considerar como “condición de extrema vulnerabilidad” para negarle a un Estado la posibilidad de decir que la persona no quedaría en la condición de apatridia porque tiene acceso a otra nacionalidad.

Finalmente, la Corte reiteró su posición en una Opinión Consultiva del 2014⁷⁶, añadiendo que se trata de una obligación de “identificar, prevenir y reducir la apatridia”, lo cual le da una connotación mayor de proactividad. La Corte hace referencia a las *Directrices sobre la apatridia* N.º 2 del ACNUR, que establecen que

La obligación de los Estados de identificar, dentro de sus jurisdicciones, a las niñas o niños apátridas para proporcionarles un tratamiento adecuado a su condición, requiere el establecimiento o fortalecimiento, según sea el caso, de procedimientos justos y eficientes para determinar si es una persona apátrida, que sean sensibles a las necesidades diferenciadas de las niñas y los niños, de acuerdo a su edad, género y diversidad⁷⁷.

75 Corte IDH, Caso de las Niñas Yean, 36-52.

76 Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto del 2014, Serie A, N.º 21.

77 ACNUR, *Directrices sobre la apatridia* N.º 2: *Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, HCR/GS/12/02, 5 de abril del 2012.

Queda claro entonces que se trata de una obligación de resultado, que exige la activa vigilancia de los más pequeños detalles para garantizar que los procedimientos sean justos y eficientes, con el fin de prevenir que las niñas y los niños resulten en situación de apatridia. Con estos argumentos, la Corte Interamericana ha dado un alcance a la Convención Americana mucho mayor de lo que tendría la Convención de 1961, por lo menos en lo que se refiere a la aplicación del principio de *ius solis*. En este sentido, se estima poco probable que la Corte Interamericana considere aceptable una situación en la cual un procedimiento interno, una falta de coordinación entre diferentes entidades del Estado, unos requisitos irrazonables o innecesarios o injustificados, o cualquier otra circunstancia menor, tenga como consecuencia que una persona quede en situación de apatridia. Es, además, poco probable que esta misma Corte acepte una de esas situaciones, incluso en un caso en el cual la persona pueda obtener otra nacionalidad, pero cuando esa posibilidad es ficticia o ineficaz. Se puede concluir que, de seguir su línea jurisprudencial, la Corte Interamericana actuará como defensora de las personas que corren el riesgo de quedar en la apatridia.

6. Situar a Colombia en el mundo y en la región

En el ámbito mundial hay una gran diversidad de leyes sobre nacionalidad⁷⁸. Por lo general, los países aplican una combinación de los dos principios, aunque predomina el *ius sanguinis* y casi siempre con condiciones. La gran excepción queda en el hemisferio americano, donde la gran mayoría de los países aplica el *ius solis* de manera incondicional. Colombia y Chile son unas de las pocas excepciones en el continente. Colombia, por su parte, exige que los padres estén domiciliados en el territorio para que se reconozca la nacionalidad colombiana a sus hijos, mientras que Chile tiene una condición parecida, pero diferente: excluye a los que nacen de padres que están en el país como “transeúntes”⁷⁹.

Desde el punto de vista de la reducción de la apatridia, lo más beneficioso sería aplicar el principio de *ius solis* de manera incondicional, pues cualquier requisito o exigencia incrementa el riesgo de la apatridia. De la misma manera, el *ius sanguinis* puede llevar a que se perpetúe la condición de apatridia, como ha sucedido en el caso de los rohinyá en

78 Una buena fuente se encuentra en Law Library of Congress, *Birthright Citizenship Around the World* (noviembre 2018).

79 De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 N.º 1 de la Constitución Chilena de 1980, son chilenos: los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena.

Myanmar⁸⁰. En muchas ocasiones, las normas de nacionalidad tienen un rango constitucional; en otras lo regula la ley y la reglamentación va adaptando los detalles, a veces con enormes implicaciones. La desnacionalización masiva en la República Dominicana, el único caso de este tipo en el hemisferio, se basó en un cambio en la interpretación del término “en tránsito” similar al que se usa en la norma chilena, lo que llevó a incluir generaciones de personas en estado de indocumentación, y eventualmente de apatridia⁸¹. En breve, hay regímenes normativos que ayudan y otros que empeoran el fenómeno. El régimen colombiano incrementa el riesgo de que personas se encuentren en situación de apatridia.

En términos generales, en la región latinoamericana se observa un alto grado de vinculación a las convenciones de 1954 y de 1961. Asimismo, se ha adoptado recientemente la Declaración de Brasil, en asociación con el ACNUR, reconociendo la problemática de la apatridia y generando consensos en torno a la importancia de afrontarla⁸². La Organización de los Estados Americanos (OEA), en el 2014, se sumó a esta posición política⁸³. Sin embargo, la resolución de la OEA no hace mención alguna a la situación en la República Dominicana, que en el 2014, además, rechazaría las sentencias de la Corte Interamericana⁸⁴, sin que eso tuviera mayor consecuencia.

En el 2014 el ACNUR se puso en la tarea de aumentar los esfuerzos para erradicar la apatridia. Según un análisis de esta entidad, de ese mismo año, el 29 % de los países no tiene legislación que permita otorgarle la nacionalidad a niños apátridas, mientras que en el 28 % de países esta legislación tiene problemas serios que impiden su eficacia⁸⁵. No se especifica cuáles son estos países ni cuáles son los problemas serios. La aplicación en el hemisferio americano del principio de *ius solis*, por lo general de manera incondicional, genera un contexto favorable para reducir la apatridia.

80 Rezwan. “Bangladesh. Derechos de ciudadanía para los Rohingya de Myanmar”, *Global Voices*, 7 de septiembre del 2012, <https://es.globalvoices.org/2012/09/07/bangladesh-derechos-de-ciudadania-para-los-rohingya-de-myanmar/>.

81 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación*.

82 “Declaración de Brasil. Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”, ACNUR, Brasilia, 3 de diciembre del 2014, <https://www.acnur.org/prot/instr/5b5100c04/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil.html>. La Declaración fue adoptada por veintiocho países y tres territorios de América Latina y el Caribe (Antigua y Barbuda, Argentina, Las Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, las Islas Caimán, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Curazao, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, el Perú, Saint Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, las Islas Turks y Caicos, Uruguay y Venezuela). Véase: <https://www.acnur.org/prot/instr/5b5100c04/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil.html>.

83 OEA, Prevention and Reduction of Statelessness and Protection of Stateless Persons in the Americas. AG/RES. 2826 (XLIV-O/14), junio 4 del 2014, http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/AG-RES_2826_XLIV-O-14.pdf. Véase también el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 2016: <https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.RD-en.pdf>.

84 Silvia Ayuso, “La República Dominicana se desliga de la Corte Interamericana de DD HH”, *El País*, 5 de noviembre del 2014, https://elpais.com/internacional/2014/11/06/actualidad/1415230815_658290.html.

85 ACNUR, *Global Action Plan*, 9.

Sin embargo, también se han criticado los frecuentes problemas que existen en el ámbito del registro y de la documentación, lo cual conduce a situaciones de apatridia *de facto*⁸⁶.

En vista de la jurisprudencia sobre el artículo 20 de la Convención Americana, es evidente que el tipo de situaciones en las que las personas quedan en situación de apatridia por problemas de registro y documentación estaría violando la Convención. Sin embargo, también es muy probable que haya muchos casos aislados de apatridia *de facto*, por razones burocráticas, falta de registro y documentación en varios países de la región, pero de los cuales no se tiene conocimiento⁸⁷.

Es evidente también que los problemas a los que se enfrenta la población venezolana en Colombia no se observan en otros países de la región, debido a que no parecen tener el tipo de condición de domicilio que se exige en el país⁸⁸. Es posible que una situación similar se pueda presentar en Chile, si se aplicara allá una definición excluyente de la palabra “transéunte”, pero hasta ahora no se ha reportado ningún caso de esta índole⁸⁹. Cabe sin embargo preguntarse si realmente se puede justificar el criterio de domicilio que se exige en Colombia. No tengo conocimiento de algún estudio que indique la razón de la condición de domicilio, y por lo menos recientemente el Gobierno no la ha justificado.

Conclusión: si existe el riesgo, hay que evitarlo

Como hemos visto, la nacionalidad no es solamente una pieza esencial en el ordenamiento político y jurídico global, sino que es además lo que le da a las personas un lugar, una pertenencia, una membresía y, esencialmente, un estatus jurídico en el mundo. No tenerla no solamente es un problema para las personas en situación de apatridia, sino también para los Estados en los que se encuentran estas personas. La Segunda Guerra Mundial mostró los horrores que pueden surgir cuando poblaciones enteras quedan por fuera del ordenamiento jurídico, desprotegidos.

86 Polly J. Price, “Jus Soli and Statelessness: A Comparative Perspective from the Americas”, en *Citizenship in Question: Evidentiary Birthright and Statelessness*, editado por Benjamin N. Lawrance y Jacqueline Stevens (Durham, NC: Duke University Press, 2017), 27-42.

87 Price, “Jus Soli and Statelessness”, cita varios informes del Departamento de Estado de los Estados Unidos que hablan de millones de personas en diferentes países, sobre todo en zonas rurales, que no tienen registros de nacimiento o documentos de identidad. Si bien estas personas podrían tener la nacionalidad de sus países, su invisibilidad civil los equipara con los apátridas en el sentido más práctico de la palabra.

88 Véase Carolina Moreno V., Gracy Pelacani y Juan Manuel Amaya-Castro, “La apatridia en Colombia: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente”, *Informes CEM. Informe 2-2020* (2020).

89 Al momento de publicar este informe no he visto reportado instancias similares, a ninguna escala, de riesgo de apatridia para los hijos de nacionales venezolanos en otros países de la región.

Se puede identificar una trayectoria en el desarrollo del derecho internacional que va primero de la identificación de la apatridia como un problema, pasando por el reconocimiento de que los apátridas tienen derechos fundamentales, y hacia el desarrollo de un marco normativo que busca reducir o, incluso, erradicar el fenómeno. En el contexto interamericano este desarrollo normativo ha sido aún más acentuado, con la Corte Interamericana interpretando las obligaciones que surgen de la Convención Americana de manera progresiva. El Estado, según la jurisprudencia interamericana, tiene que ser proactivo y buscar eliminar las prácticas que dejen a las personas en condición de apatridia.

En el contexto normativo regional en el que se encuentra Colombia no hay real disenso: habrán situaciones de buena fe, situaciones que resultan de las complejidades de la organización burocrática nacional, pero que sin embargo contienen en sí el riesgo de que una persona quede en estado de apatridia, o que un niño nazca sin nacionalidad. El conjunto de normas y la trayectoria de su desarrollo sistémico es evidente y claro: esa situación se debe evitar. Si el riesgo de la apatridia se materializa, hay responsabilidad internacional. Es al Estado al que le compete decidir el cómo hacerlo, y ahí florece la soberanía, pero el resultado de sus esfuerzos debe ser el mismo: no debe haber apatridia.

Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Directrices sobre la apatridia* N.º 2: *Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida*, HCR/GS/12/02, 5 de abril del 2012.
- . *Global Action Plan to End Statelessness, 2014-2024*. <https://www.unhcr.org/54621bf49.html>.
- . “Costa Rica: Primer Caso de Naturalización de Persona Reconocida como Apátrida”. ACNUR, 5 de junio del 2018. <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2018/6/5b1eecb4/costa-rica-primer-caso-de-naturalizacion-de-persona-reconocida-como-apatrida.html>.
- Amaya-Castro, Juan M. “‘In Its Majestic Inequality’: Migration Control and Differentiated Citizenship”. En *The Transformation of Citizenship - Vol. 2: Boundaries of Inclusion and Exclusion*, editado por Jürgen Mackert y Bryan S. Turner, 84-100. Londres/Nueva York: Routledge, 2017.
- Anderson, Benedict. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Londres/Nueva York: Verso, 1991.
- Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza, 2006.
- . *La Condición Humana*. Barcelona: Paidós, 2016.
- Aristóteles. *Política*. Madrid: Alianza, 2017.
- Ayuso, Silvia. “La República Dominicana se desliga de la Corte Interamericana de DD HH”. *El País*, 5 de noviembre del 2014.

- Bonilla, Daniel. *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2006.
- Brandvoll, Jorunn. "Deprivation of nationality: Limitations on rendering persons stateless under international law". En *Nationality and Statelessness under International Law*, editado por Alice Edwards y Laura van Waas, 194-216. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Cicerón, Marco Tulio. *Sobre los Deberes*. Madrid: Alianza, 2015.
- Cohen, Eliot. *Citizens and Soldiers: The Dilemmas of Military Service*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1985.
- Cole, Phillip. *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2000.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15, 31 diciembre 2015.
- . *Informe Anual 2016. Capítulo IV.B, REPÚBLICA DOMINICANA*. <https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.RD-en.pdf>.
- Convención de los Derechos del Niño*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf.
- Convención para Reducir los Casos de Apatridia*. <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0007.pdf>.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.
- Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana. Sentencia del 8 septiembre del 2005, Serie C, N.º 130.
- . Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva oc-21/14, 19 de agosto del 2014, Serie A, N.º 21.
- "Declaración de Brasil. Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe", ACNUR. <https://www.acnur.org/prot/instr/5b5100c04/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil.html>.
- Edwards, Alice y Laura van Waas, eds. *Nationality and Statelessness under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Gans, Chaim. "Citizenship and Nationhood". En *The Oxford Handbook of Citizenship*, editado por Ayelet Shachar, Rainer Baubock, Irene Bloemraad y Maarten Vink, 107-128. Oxford: Oxford University Press, 2017.

- Gellately, Robert y Nathan Stoltzfus, eds. *Social Outsiders in Nazi Germany*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- Gellner, Ernest. *Nations and Nationalism*. Nueva Jersey: Blackwell Publishing, 2006.
- Getachew, Adom. *Worldmaking After Empire: The Rise and Fall of Self-Determination*. Princeton: Princeton University Press, 2019.
- Heater, Derek. *A Brief History of Citizenship*. Nueva York: NYU Press, 2004, 42-50.
- Institute for Statelessness and Inclusion. *Statelessness in numbers: 2019 An overview and analysis of global statistics* (julio 2019). https://files.institutesi.org/ISI_statistics_analysis_2019.pdf.
- Kesby, Alison. *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 43-47.
- Kobayashi, Audrey. "Multiculturalism: Representing a Canadian Institution". En *Place/culture/representation*, editado por James Duncan y Ley Duncan, 205-220. Londres/Nueva York: Routledge, 1983.
- Koskeniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (2.^a ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Law Library of Congress. *Birthright Citizenship Around the World* (noviembre 2018). <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/lglrd/2018655070/2018655070.pdf>.
- Massey, Hugh. *UNHCR and De Facto Statelessness, Legal and Protection Policy Research Series*. Ginebra: UNHCR Division of International Protection, 2010.
- Miller, David. *On Nationality*. Oxford, UK: Clarendon Press, 1995.
- Minahan, James. *Encyclopedia of Stateless Nations: Ethnic and National Groups around the World* (2.^a ed.). Denver: Greenwood, 2016.
- Mngomezulu, Mark Sizwebanzi. "Citizenship in Colonial Africa: An Overview of British and French Repertoires", *Journal of Political Inquiry*, Otoño (2015): 4-11.
- Moreno V., Carolina, Gracy Pelacani, y Juan M. Amaya-Castro. "La apatridia en Colombia: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente". *Informes CEM. Informe 2-2020* (2020).
- Mosse, George L. "Racism and Nationalism". *Nations and Nationalism* 1, N.º 2 (1995): 163-173.
- "Myanmar: 'Multidimensional and long-standing' root causes behind rights minority abuses, says Bachelet". *UN News*, 27 de febrero del 2020. <https://news.un.org/en/story/2020/02/1058261>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Humanos. *Examen de informes presentados: Colombia, A/52/40 vol. 1*. Ginebra: Autor, 1997, párr. 306.
- . *Declaración Universal de Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.
- . *Observación general N.º 17*, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf>.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Prevention and Reduction of Statelessness and Protection of Stateless Persons in the Americas*. AG/RES. 2826 (XLIV-O/14), 4 de junio del 2014. http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/AG-RES_2826_XLIV-O-14.pdf.
- . *Convención Americana de Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf.
- Pocock, John. "The Ideal of Citizenship since Classical Times". En *Theorizing Citizenship*, editado por Ronald Beiner, 29-53. Albany, NY: SUNY Press, 1995.
- Price, Polly J. "Jus Soli and Statelessness: A Comparative Perspective from the Americas". En *Citizenship in Question: Evidentiary Birthright and Statelessness*, editado por Benjamin N. Lawrance y Jacqueline Stevens, 27-42. Durham, NC: Duke University Press, 2017.
- Purvis, Trevor y Alan Hunt. "Identity versus Citizenship: Transformations in the Discourses and Practices of Citizenship". *Social Legal Studies* 8, N.º 4 (1999): 457-482.
- Rezwana. "Bangladesh. Derechos de ciudadanía para los Rohingya de Myanmar", *Global Voices*, 7 de septiembre del 2012. <https://es.globalvoices.org/2012/09/07/bangladesh-derechos-de-ciudadania-para-los-rohingya-de-myanmar/>.
- Roy, Arundhati. "India: Intimations of an Ending – the rise of Modi and the Hindu far right". *The Nation*, noviembre 22 del 2019.
- Sassen, Saskia. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- Scott, James C. *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- Shachar, Ayelet, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad y Maarten Vink (eds.). *The Oxford Handbook of Citizenship*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Siegelberg, Mira. *Statelessness: A Modern History*. Cambridge: Harvard University Press, 2020.
- Spiro, Peter J. "A New International Law of Citizenship". *American Journal of International Law* 105, N.º 4 (2011): 694.
- Stepan, Alfred, Juan J. Linz y Yogendra Yadav. *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2011.
- Torpey, John. *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- van Waas, Laura. "The UN statelessness conventions". En *Nationality and Statelessness under International Law*, editado por Alice Edwards y Laura van Waas, 64-86. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- van Waas, Laura, Zahra Albarazi y Deirdre Brennan. "Gender Discrimination in Nationality Laws: Human Rights Pathways to Gender Neutrality". En *International Human Rights of Women*, editado por Niamh Reilly, 193-207. Singapur: Springer, 2018.
- Weber, Max. *¿Qué es la burocracia?* Ediciones elaleph.com, 2000.
- Wimmer, Andreas. *Waves of War: Nationalism, State Formation, and Ethnic Exclusion in the Modern World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Zizek, Slavoj. *Mapping Ideology*. Londres/Nueva York: Verso, 1994.

Nacionalidad y apatridia en Colombia: el caso de los hijos de la migración venezolana*

Carolina Moreno V.
Gracy Pelacani

* Una primera versión de este texto se publicó como parte del Informe 2-2020 del Centro de Estudios en Migración (CEM) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en junio del 2020. Carolina Moreno V., Gracy Pelacani y Juan Manuel Amaya-Castro, "La apatridia en Colombia: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente", *Informes CEM. Informe 2-2020 (2020)*, <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/informe-cem-2020.pdf>.

Resumen

La apatridia, un tema por mucho tiempo marginal en Colombia, ha cobrado más importancia en los últimos años a raíz de la situación de apatridia o de riesgo de apatridia en la que se encuentran los niños y niñas que nacen en territorio colombiano de padres venezolanos. Este texto profundiza en las causas de esta situación y analiza en detalle los diversos instrumentos adoptados por el Estado colombiano al respecto. Del mismo modo, reflexiona sobre algunas cuestiones relacionadas: la interpretación restrictiva de la forma de demostrar el domicilio en Colombia por parte de nacionales extranjeros y las preocupaciones que surgen en torno a la protección de la unidad familiar de estos niños y niñas nacionales colombianos. A partir de estas reflexiones, se afirma que el debate sobre nacionalidad y apatridia todavía no se ha dado de manera amplia y profunda en Colombia.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.675>

Introducción

La apatridia, un tema por mucho tiempo olvidado y marginal en Colombia, ha cobrado más importancia en los últimos años. Frente a la alta y constante llegada de personas migrantes provenientes de Venezuela a territorio colombiano¹, las autoridades han tenido que enfrentarse, obligatoriamente, a este tema. Por tanto, se han tomado medidas para ofrecer una solución excepcional y temporal para los miles de niñas y niños nacidos en territorio colombiano de padres de nacionalidad venezolana. Sin embargo, como lo argumentaremos en este capítulo, aún queda mucho por hacer. En efecto, a pesar de las acciones adoptadas al respecto, en Colombia sigue faltando un debate en profundidad y de largo aliento sobre la apatridia.

El término *apátrida* identifica a aquella persona que ningún estado² reconoce como su nacional, según la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954³. La falta de reconocimiento de una persona como su nacional por parte de un estado tiene secuelas de la mayor importancia: la persona apátrida se ve en la imposibilidad de ejercer los derechos humanos más básicos, siendo los primeros el derecho a la identidad y a la personalidad jurídica; de igual manera, la persona apátrida no

1 A corte del 28 de febrero del 2022, la autoridad migratoria colombiana (Migración Colombia) estima que se encontraban en territorio colombiano cerca de 2 500 000 nacionales venezolanos. "Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 28 de febrero de 2021", Migración Colombia, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte28-de-febrero-de-2022>.

2 En este texto las autoras usaremos la palabra estado, con minúscula, de forma deliberada, salvo en los casos donde se esté haciendo referencia a un estado en específico, como el Estado colombiano.

3 ONU, Asamblea General. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 28 de septiembre de 1954. *United Nations, Treaty Series* 360: 117.

puede acceder a educación, servicios de salud, trabajo, ejercer su libertad de circulación, viajar y contraer matrimonio, entre otros⁴.

Para las niñas y los niños, además, la vulnerabilidad que deriva de esta condición es aún más acentuada. La Convención sobre los Derechos del Niño⁵, en su artículo 7, establece que el niño

tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad [...]. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Por su lado, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 29, consagra el derecho los hijos de los trabajadores migratorios “a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”⁶.

En el 2017, en una Observación General Conjunta entre los comités de estos dos instrumentos internacionales, se afirmó que, aunque los estados no tienen la obligación de conceder la nacionalidad a todos los niños que nacen en su territorio, sí están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir el riesgo o la situación de apatridia de los menores de edad⁷. De igual manera, deberán eliminar de sus marcos normativos aquellas disposiciones que, por la situación migratoria del niño o de sus padres, o por exigencias con respecto a su residencia o a una cierta duración de esta, impidan o lo discriminen a la hora de adquirir o transmitir la nacionalidad⁸.

4 En el capítulo de Juan Manuel Amaya-Castro en este volumen se profundiza en la relevancia de la nacionalidad y las etapas fundamentales de la lucha contra la apatridia.

5 ONU, Asamblea General, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *United Nations Treaty Series* 1577, 20 de noviembre de 1989, 3, <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>. Colombia ratificó esta Convención en 1991.

6 ONU, Asamblea General. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>.

7 ONU, Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW), *Observación General Conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, 16 de noviembre del 2017, párr. 23-26, <https://www.refworld.org/es/docid/5bd788294.html>.

8 Son referencias imprescindibles sobre el tema las sentencias de la Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de agosto del 2014. Serie C, N.º 282; Caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de septiembre del 2005. Serie C, N.º 130.

Por ello, ante el riesgo de apatridia o la situación de apatridia en la que se encuentran miles de niños nacidos en territorio colombiano de padres de nacionalidad venezolana, el Estado colombiano ha adoptado varias medidas a partir del 2019, con el fin de reconocer a estos niños y niñas la nacionalidad colombiana por nacimiento. Estas medidas han sido recibidas de manera muy favorable por parte importante de la comunidad internacional, la cual ha resaltado la voluntad del estado de remediar la situación de desprotección en la que, de lo contrario, se encontrarían estos niños y niñas⁹.

En el caso de la población venezolana, el riesgo o la situación de apatridia se configura, en un primer momento, por la imposibilidad de registrar a estos niños y niñas como nacionales venezolanos frente a las autoridades de este país. Esto se debe, por un lado, a la total ausencia de servicios consulares en territorio colombiano por parte de la República Bolivariana de Venezuela, debido a la ruptura de las relaciones consulares con Colombia desde el 2019¹⁰. Por otro lado, a causa de la dificultad de cumplir con los requisitos impuestos por la normativa venezolana sobre nacionalidad en el caso de niñas y niños que nacen fuera del territorio venezolano¹¹. De igual manera, esta población encuentra varios obstáculos para efectos de cumplir con los requisitos establecidos por la normativa colombiana sobre nacionalidad, con el fin de que sus hijos sean, entonces, nacionales colombianos.

En este capítulo argumentamos que, aun reconociendo el esfuerzo adelantado por las autoridades colombianas para remediar esta situación, todavía persisten varios puntos problemáticos. Para ello, en la siguiente sección, ahondaremos en las barreras a las que se enfrentan los nacionales venezolanos para demostrar que están domiciliados en territorio colombiano y la forma en que este obstáculo impacta en el reconocimiento de la nacionalidad colombiana a sus hijos que nacen en Colombia. Argumentaremos que estos obstáculos permanecen. Aunque la creación del Estatuto

9 “Colombia toma medidas para garantizar que los niños y las niñas hijos de padres venezolanos no se conviertan en apátridas”, ACNUR, 6 de agosto del 2019, <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2019/8/5d4974604/colombia-toma-medidas-para-garantizar-que-los-ninos-y-las-ninas-hijos-de.html>; “Unicef saluda la decisión del Gobierno colombiano para prevenir el riesgo de apatridia de miles de niños nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos”, Unicef, 6 de agosto del 2019, <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/unicef-saluda-decision-gobierno-colombiano-prevenir-riesgo-apatridia-ninos-nacidos-Colombia-padres-venezolanos>.

10 Sobre las dificultades que se originan por la ausencia o severa limitación de los servicios consulares de Venezuela para sus nacionales, véase Ligia Bolívar, *Desprotegidos. Impacto de la ausencia de servicios consulares en los derechos de la población venezolana en el exterior* (Centro de Derechos Humanos, Universidad Católica Andrés Bello, 2021), <https://elucabista.com/wp-content/uploads/2021/04/2021-03-30.-Desprotegidos.-Impacto-de-la-ausencia-de-servicios-consulares-en-los-derechos-de-la-poblacion-venezolana-en-el-exterior.pdf>.

11 De estas dificultades hace mención, por ejemplo, el informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 402 del 2019 Cámara, 251 del 2019 Senado, el cual se convirtió en la Ley 1997 del 2019. Véase: Colombia. *Gaceta del Congreso*, N.º 745, 14 de agosto del 2019.

Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV), adoptado por el Estado colombiano¹² y la Ley 2136 del 2021¹³ permiten avanzar en la materia, no resuelven de manera definitiva la cuestión. En la segunda sección explicaremos cómo se adquiere la nacionalidad colombiana. Luego, en el tercer y el cuarto acápite profundizaremos en las medidas que se han adoptado para remediar el riesgo o la situación de apatridia en la que se encuentran estos recién nacidos. Posteriormente, analizaremos críticamente tres sentencias de la Corte Constitucional sobre este tema y una disposición de la Ley 2136 del 2021 que llena el vacío del ordenamiento jurídico colombiano con respecto a las personas apátridas nacidas en el extranjero. En el sexto acápite exploraremos cómo dichas medidas impactan en la unidad familiar de estos nacionales. Por último, plantearemos una serie de reflexiones conclusivas.

1. La demostración del domicilio en Colombia: una cuestión previa

Antes de describir cada uno de los instrumentos a partir de los cuales el Estado colombiano ha respondido a esta situación, conviene agotar una cuestión previa. Esta tiene que ver con la interpretación que hacía la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), a partir de la Circular 168 del 2017¹⁴ (Circular 168 en adelante). En efecto, muchas de las problemáticas que aquí analizamos están estrechamente relacionadas con esta Circular, que establecía que se presumirá el domicilio del extranjero en territorio colombiano (únicamente) cuando este sea titular de visa vigente de Migrante (tipo “M”) o de Residente (tipo “R”)¹⁵. Bajo dicha interpretación, un menor de edad nacido en territorio colombiano de padres extranjeros adquiriría la nacionalidad colombiana por nacimiento, solo cuando al

12 D. 216/2021, “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”; Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, “Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”.

13 L. 2136/2021, “Por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 51 756, 4 de agosto del 2021.

14 Circ. 168/2017, Registraduría Nacional del Estado Civil. Es importante recordar que la necesidad de expedir esta Circular se da en el contexto de la reorganización de las visas que tuvo lugar en el 2017, con la Resolución 6045 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta reduce a tres las tipologías de visas que podrán ser otorgadas a los extranjeros en Colombia: tipo Visitante (V), tipo Migrantes (M) y tipo Residente (R).

15 Nótese que la Circular 168 del 2017 de la RNEC menciona una posición fijada por el Grupo Interno de Visas del Ministerio de Relaciones Exteriores, con base en la cual se presumirá el domicilio del extranjero únicamente cuando este sea titular de visa de Migrante (tipo M) o de Residente (tipo R).

menos uno de los padres fuera titular de una visa tipo M o tipo R vigente al momento del nacimiento.

Ya en el 2015, mediante la Circular 59, la Registraduría había fijado unas directrices para “la inscripción en el registro civil de nacimiento de los hijos de extranjeros nacidos en Colombia para efectos de demostrar la nacionalidad”¹⁶. Como afirmaba la propia Registraduría, la necesidad de aclarar este aspecto surgía debido a que

[S]e generalizó la idea de que solamente cuando el extranjero es titular de visa de residente puede demostrar su domicilio en Colombia. Esta afirmación no es verdadera. Es una afirmación que ha permitido afectar los derechos de menores que, siendo hijos de padres extranjeros, sí pueden ser considerados colombianos en virtud de que sus padres estaban domiciliados en el país cuando el menor nació, en aplicación del concepto de domicilio existente en la Ley 43 de 1993 y en el Artículo 76 del Código Civil¹⁷.

Así, se establecía que la titularidad de la visa de residente no era la única forma de demostrar domicilio en territorio colombiano, “dado que, es dable aplicar las presunciones positivas contenidas en el artículo 80 del Código Civil, siempre que los extranjeros se encuentran legalmente [sic] por haber obtenido una visa o permiso de ingreso y permanencia en el territorio”¹⁸. En la misma Circular se afirmaba que el error se podía haber originado a partir de lo determinado en el artículo 5 de la Ley 43 de 1993, que regula la adquisición de la nacionalidad colombiana por adopción. En efecto, el artículo 5, parágrafo 2, establece que “[P]ara efectos de este artículo entiéndase que los extranjeros están domiciliados cuando el Gobierno Nacional les expide la respectiva Visa de Residente. Por lo tanto, los términos de domicilio se contarán a partir de la expedición de la citada visa”¹⁹.

Las problemáticas que se originaron a partir de la aplicación de lo dispuesto en la Circular 168 tienen que leerse a la luz de lo establecido sobre el punto en la Constitución Política de 1991. La Carta, en su artículo 96, prevé que serán nacionales por nacimiento quienes nazcan en territorio colombiano de padres extranjeros, cuando “alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento”. En segundo lugar, por el artículo 2 de la Ley 43 de 1993, que establece que “por

16 Circ. 59/2015, Registraduría Nacional del Estado Civil, Directrices a fin de establecer la inscripción en el registro civil de nacimiento de los hijos de extranjeros nacidos en Colombia para efectos de demostrar la nacionalidad.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 L. 43/1993, “Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial* 40735, 1.º de febrero de 1993.

domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil”.

Con el fin de dar contenido al concepto de domicilio, además, habrá que tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 76, 77, 80 y 84 del Código Civil²⁰, los cuales establecen que “El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella” (art. 76), que el lugar del domicilio es “el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio” (art. 78) y que

se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas. (art. 80)

Asimismo, el artículo 84 del Código Civil establece que “La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte”.

A partir de la anterior descripción, es evidente que ninguna de las normas constitucionales, del Código Civil o de la Ley 43 de 1993 sobre nacionalidad determina que, para el caso de personas extranjeras presentes en territorio colombiano, la demostración del domicilio tenga que derivar necesariamente de una situación migratoria regular o de la titularidad de una visa o permiso en especial. Por el contrario, se admite que el domicilio se pueda probar de diferentes maneras y que, a falta de actividades u ocupaciones que permitan determinarlo, la mera residencia será suficiente. De ahí que se afirme que la interpretación de domicilio contenida en la Circular 168 es contraria a la Constitución, aplicándose a la adquisición de la nacionalidad por nacimiento un requisito que se establece, únicamente, para adquirir la nacionalidad colombiana por adopción.

Además, es fundamental tener presente que la población venezolana encuentra múltiples obstáculos para regularizar su situación migratoria en Colombia y, sobre todo, para acceder a una de las visas que le permitiría demostrar su domicilio en el territorio nacional, según la interpretación de la RNEC. De hecho, hasta octubre del 2021, la titularidad de alguno de los permisos creados *ad hoc* para regularizar la situación migratoria de los nacionales venezolanos en territorio colombiano era insuficiente para demostrar estar domiciliado en Colombia, de acuerdo con la interpretación de la autoridad registral. Asimismo, debe tenerse en consideración que esta población experimenta dificultades particulares para acceder a

20 L. 84/1873, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.

un pasaporte, que es requisito necesario para poder aplicar a una visa. Esto es así, por una parte, por la dificultad o imposibilidad de reunir los recursos económicos necesarios para poder costear el estudio y la eventual expedición de este documento²¹; por otro lado, por el hecho mismo de tener que cumplir con los demás requisitos establecidos en la normativa colombiana sobre visas.

Los obstáculos advertidos podrían verse parcialmente resueltos a partir de la implementación del ETPV, el cual substituye los permisos anteriores y conlleva el otorgamiento eventual de un Permiso por Protección Temporal (PPT) por un término de diez años a los nacionales venezolanos que cumplan con una serie de requisitos establecidos en el marco normativo²². En vigencia del ETPV, la cuestión estaría resuelta, en parte, ya que la titularidad de un PPT permite demostrar domicilio en el país y acumular tiempo de residencia en territorio colombiano con el fin de acceder a una visa como residente, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello. En todo caso, la solicitud de una visa sigue requiriendo la titularidad de un pasaporte sellado al ingreso al territorio y el cumplimiento de los demás requisitos²³.

Además, no debe perderse de vista que, frente a la población venezolana presente en Colombia en situación migratoria irregular, el ETPV solo favorece a quienes puedan demostrar que se encontraban en territorio colombiano al 31 de enero del 2021, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 216 del 2021. Ello implica que, aunque el ETPV tiene una duración de diez años, el mecanismo de regularización allí dispuesto no está abierto por la misma ventana de tiempo. Por tal razón, los nacionales venezolanos, quienes continúan arribando a territorio colombiano, seguirán experimentando barreras para regularizar su situación migratoria, muy a pesar de la vigencia del ETPV.

- 21 CIDH. Resolución 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2 de marzo del 2018, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>; ONU, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, Doc. A/HRC/41/18, 4 de julio del 2019, párr. 73, <https://www.refworld.org/es/docid/5d1e31224.html>; OEA, *Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región* (OEA, 2019), 18, <http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol.pdf>.
- 22 Véase, en particular, D. 216/2021, art. 4, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria" y los artículos 5 y 15 de la Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021".
- 23 Colombia admite el uso de pasaportes venezolanos vencidos hasta por el término de diez años para ingresar, transitar, permanecer y salir del territorio colombiano y solicitar la expedición de una visa. Res. 2231/2021, Ministerio de Relaciones Exteriores, "Por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito, permanencia y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido, y se deroga la Resolución 872 de 2019".

Estas reflexiones preliminares son necesarias para entender la situación de riesgo de apatridia en la que se encuentran los hijos e hijas de las familias migrantes venezolanas y que muestra la relevancia y urgencia del tema bajo estudio, según se analizará en detalle en las secciones subsiguientes.

2. El acceso a la nacionalidad colombiana, los hijos de la migración venezolana y la respuesta del Estado colombiano

En relación con la nacionalidad, el ordenamiento jurídico colombiano contempla una serie de requisitos previstos en normas de distinto rango, que en todo caso parten del artículo 96 constitucional²⁴, el cual establece los eventos en los que se es nacional colombiano, bien por nacimiento o por adopción. La norma prevé dos escenarios para el acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento. La primera, versa sobre las personas naturales de Colombia, esto es, aquellas que han nacido en territorio colombiano. En este caso, serán colombianas por nacimiento las personas que, (1) habiendo nacido en territorio colombiano, su padre o madre haya sido natural colombiano/a; o que, (2) siendo hijos de personas extranjeras, su padre o madre se encuentre domiciliado/a en Colombia al momento del nacimiento del menor de edad. La segunda forma de adquirir la nacionalidad por nacimiento versa sobre los hijos de padre o madre colombiano/a nacidos en el extranjero, quienes luego se domicilian en Colombia o se registran en oficinas consulares.

24 C.N., art. 96: "Son nacionales colombianos:

I. Por nacimiento:

- a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;
- b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

2. Por adopción:

- a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;
- b) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y;
- c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley".

Este diseño complejo o mixto de acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento implica que esta no se adquiere por el solo hecho de nacer en territorio colombiano. Dicho esquema constitucional ha puesto en evidencia las barreras que experimentan las familias de personas migrantes cuyos hijos e hijas nacen en territorio colombiano, para efectos del acceso a la nacionalidad. Esto es especialmente relevante en el contexto actual de migración de población venezolana, en el que miles de familias han tenido sus hijos en territorio colombiano. Estos menores de edad no pueden acceder a la nacionalidad de su país, dadas las particularidades de la situación que vive Venezuela y tampoco a la nacionalidad colombiana, debido al esquema mixto descrito. Como ha sido advertido en la “Introducción”, la constatación de lo anterior ha puesto sobre la mesa la situación del riesgo de apatridia en la que pueden encontrarse estos menores de edad, dado que ningún estado los reconoce como nacionales suyos.

Pues bien, frente a lo anterior el Estado colombiano ha reaccionado por medio de vías institucionales distintas, pero de manera concomitante, contradictoria y fragmentaria, por las razones que explicaremos en detalle en las secciones subsiguientes. Entonces, por una parte, el 5 de agosto del 2019, la RNEC expidió la Resolución 8470^[25], mediante la cual se adoptó un procedimiento administrativo temporal y excepcional para incluir oficiosamente la nota “válido para demostrar nacionalidad” en el registro civil de nacimiento de hijos de padres venezolanos nacidos en Colombia a partir del 19 de agosto del 2015 y hasta por dos años más, luego de la expedición de la norma.

Después, en menos de dos meses, el 16 de septiembre del 2019, el Congreso de la República adoptó la Ley 1997 del 2019^[26], mediante la cual se adicionó un parágrafo al artículo 2 de la Ley 43 de 1993, que establece los requisitos para el acceso a la nacionalidad. Aunque la Ley 1997 del 2019 no fue prorrogada y perdió su vigencia luego de dos años de su entrada en vigor (agosto del 2021), la RNEC ha prorrogado por dos años más las medidas contenidas en la Resolución 8470 del 2019, las cuales podrán prorrogarse por el mismo término de darse las condiciones para ello²⁷.

Por su parte, a partir del 2020^[28], la Corte Constitucional ha emitido un conjunto de decisiones muy relevantes, las cuales han permitido avanzar

25 Res. 8470/2019, Registraduría Nacional del Estado Civil, “Por la cual se adopta una medida administrativa de carácter temporal y excepcional, para incluir de oficio la nota ‘Válido para demostrar nacionalidad’ en el Registro Civil de Nacimiento de niñas y niños nacidos en Colombia, que se encuentran en riesgo de apatridia, hijos de padres venezolanos, que no cumplen con el requisito de domicilio”.

26 L. 1997/2019, “Por la cual se establece un régimen especial excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular e irregular; o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia”.

27 Res. 8617/2021, Registraduría Nacional del Estado Civil.

28 C. Const., Sentencia T-006, ene. 17/2020, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

en la protección de los derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de hijos de padres/madres migrantes de origen venezolano y de otras nacionalidades, nacidos en territorio colombiano.

2.1. Inclusión de la nota “válido para demostrar nacionalidad” de la Resolución 8470 del 2019: una primera alternativa de respuesta no exenta de críticas

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 43 de 1993^[29] desarrolla las previsiones a tener en cuenta en caso de reconocer la nacionalidad colombiana a aquellas personas que ningún otro estado reconoce como su nacional, es decir, que se encuentran en riesgo o situación de apatridia. Al respecto, el inciso 4 del artículo 5 de la Ley 43 establece que los hijos de extranjeros nacidos en Colombia a los que ningún estado reconoce como sus nacionales probarán nacionalidad colombiana mediante registro civil de nacimiento, sin exigencia de domicilio. No obstante, ello requiere que los padres del menor de edad acrediten previamente que su país de origen no concede la nacionalidad por consanguinidad al niño/a, lo cual deberá constar mediante la correspondiente certificación de misión diplomática³⁰. Esta disposición de rango legal fue desarrollada por la RNEC mediante la Circular 168 del 2017^[31], que adoptó el procedimiento que se debe seguir para la inscripción en el registro civil de nacimiento de los hijos de extranjeros nacidos en Colombia para efectos de demostrar nacionalidad, según se describió. Dicho procedimiento, en todo caso, fue fiel a la necesidad de solicitar manifestación diplomática sobre el no reconocimiento de la nacionalidad por consanguinidad, para efectos de la inscripción en el registro civil de nacimiento colombiano.

De acuerdo con las consideraciones de la resolución en comento, luego de que la Cancillería colombiana solicitara información sobre la adquisición de nacionalidad por nacimiento a las autoridades de la República Bolivariana de Venezuela, la Embajada de este país señaló que su Constitución establece que se adquiere la nacionalidad venezolana, tanto por derecho de sangre como de suelo³². Según dicha respuesta, todo hijo de persona venezolana nacido en territorio extranjero adquiere la nacionalidad

29 L. 43/1993, “Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

30 Sin embargo, si pasados tres meses sin que la misión diplomática u oficina consular se pronuncie, el MRE emitirá un concepto técnico para evaluar si la persona se encuentra en situación de apatridia.

31 Circ. 168/2017, Registraduría Nacional del Estado Civil. Actualmente, esto se encuentra en la Circular Única de Registro Civil e Identificación, 15 de mayo del 2020.

32 Nota Verbal 0001986 del 6 de septiembre del 2018 de la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela, en respuesta a la Nota Verbal S-GNC-18-047347 del 15 de agosto del 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. Ambos documentos son citados en las consideraciones de la Resolución 8470 del 2019 de la RNEC.

venezolana, una vez que sus padres realicen el correspondiente trámite ante los consulados de Venezuela y habiendo reunido todos los documentos exigidos.

Pero, muy a pesar de que los menores de edad hijos de padres venezolanos nacidos en Colombia podrían, teóricamente, acceder a la nacionalidad de sus padres, lo cierto es que desde el punto de vista práctico esto no sucede así. Lo anterior se debe a que las familias venezolanas se enfrentan a barreras para el acceso a documentos³³, lo que se traduce en la imposibilidad de adquirir la nacionalidad de ese país. Este aspecto ha sido expresamente reconocido por el Estado colombiano, según lo descrito en las consideraciones de la propia resolución de la RNEC bajo análisis³⁴.

Para responder a esta situación, la RNEC expidió la Resolución 8470 del 2019, en virtud de la cual se adoptó el procedimiento administrativo a seguir por parte de los funcionarios de la RNEC y los notarios, para la inclusión oficiosa de la nota “válido para demostrar nacionalidad” en el registro civil de nacimiento de los menores hijos de padres venezolanos nacidos en territorio colombiano. Este procedimiento es temporal, toda vez que es aplicable a partir de su expedición y por dos años más, es decir, hasta agosto del 2021. Posteriormente, en agosto del 2021, la RNEC prorrogó la vigencia de esta medida por dos años más, con la posibilidad de extenderla ulteriormente por el mismo periodo y de forma automática, si persisten las circunstancias que han dado lugar a su expedición.

Además de temporal, la medida es también excepcional, toda vez que el procedimiento establecido es únicamente aplicable a los hijos/as de padres venezolanos, nacidos en Colombia a partir del 19 de agosto del 2015³⁵. Esto implica que los hijos de padres de otras nacionalidades no

33 CIDH. Resolución 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2 de marzo del 2018, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, 4 de julio del 2019, A/HRC/41/18, https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx.

34 Al respecto, expresamente se señala en las consideraciones de la Resolución 8740 del 2019 de la RNEC: “[E]l Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, manifiesta que: ‘si bien, la legislación venezolana en materia de nacionalidad prevé el otorgamiento de la nacionalidad venezolana por nacimiento a los hijos de venezolanos nacidos en el exterior, en la práctica existen obstáculos insuperables que impiden el acceso al derecho a la nacionalidad venezolana de estos menores’, llegando a la conclusión que ‘estos menores se encuentran en riesgo de apatridia’, en los términos de la definición contenida en el artículo 1.º de la ‘Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas’ de 1954’. Véase también: Bolívar, *Desprotegidos. Impacto de la ausencia*.

35 Según lo descrito en las consideraciones del Decreto 1770 del 7 de septiembre del 2015, “el Gobierno venezolano dispuso desde el 19 de agosto el cierre de la frontera, en el puente Simón Bolívar, que comunica los municipios de Cúcuta y San Antonio del Táchira, en Venezuela, frontera que permanece cerrada hasta la fecha de expedición de ese decreto, situación que podría extenderse indefinidamente” (énfasis añadido). Esta fecha de cierre de frontera puede ser lo que explique, a su vez, la fecha fijada en la resolución para dar inicio a la aplicación de la inclusión de la nota “válido para demostrar domicilio”. D. 1770/2015, “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en parte del territorio nacional”.

podrán beneficiarse de dicha medida, así como tampoco podrán hacerlo los hijos de padres venezolanos nacidos en Colombia en fechas que quedan por fuera del límite temporal establecido por la resolución.

Vale la pena señalar que lo previsto en la resolución no es aplicable en los consulados colombianos en el exterior. Esto no es un asunto menor, si se tiene en cuenta que, debido a la constante movilidad de la población migrante, es probable que familias cuyos hijos nacieron en territorio colombiano y que en su momento no pudieron acceder a la nacionalidad colombiana, hayan continuado su recorrido migratorio y hoy se encuentren en territorio de otro país. En eventos como estos, ese menor de edad migrante no puede acceder a la nacionalidad venezolana de sus padres, por las razones expuestas en este escrito; tampoco pudo acceder a la colombiana y podría enfrentar barreras para acceder a la del tercer país. Entonces, el solo hecho de negar la posibilidad de adelantar estos trámites en los consulados colombianos impone barreras *de facto* a las familias venezolanas que, en principio, sí reúnen los requisitos previstos en la resolución, pero que no se encuentran físicamente en territorio colombiano para realizar el trámite.

Es pertinente advertir también que este procedimiento, temporal y excepcional, previsto en la resolución bajo análisis, no deroga las previsiones de la Circular Única. Esto es así, ya que en los casos en los que no se cuenta con certificado de nacido vivo o acto administrativo del defensor de familia para la inscripción en el registro civil de nacimiento se debe seguir el procedimiento previsto en la Circular Única de la RNEC. La Circular aplica, también, en todos los casos en los que el menor de edad a registrar no cumpla con los requisitos establecidos en la resolución. Esto ratifica la calidad de excepcionalidad de esta decisión administrativa.

Como se mencionó, sin que se hubiesen cumplido siquiera dos meses de la expedición de la resolución de la RNEC, el 16 de septiembre del 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1997 del 2019³⁶, mediante la cual se adicionó un parágrafo al artículo 2 de la Ley 43 de 1993, que establece los requisitos para el acceso a la nacionalidad. Dicho parágrafo establecía que

36 El 29 de abril del 2021, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “venezolanos” del artículo 1.º de la Ley 1997 del 2019, considerándola compatible con los artículos 2, 5 y 13 constitucionales. Así mismo, la Corte ha afirmado que el procedimiento para la declaración de la situación de apatridia al cual pueden acceder los demás extranjeros es adecuado para la prevención de la apatridia, no configurándose un trato discriminatorio con respecto a los nacionales venezolanos. En una aclaración de voto, la magistrada Diana Fajardo argumenta que, aunque considera la norma acorde a la Constitución y al derecho internacional de los derechos humanos, “esta regulación deberá aplicarse también a otros migrantes que se encuentren en la misma situación de hecho que sus destinatarios originales. No hacerlo así conduciría a una violación de los derechos prevalentes de los niños y las niñas, basada exclusivamente en el origen nacional de sus padres”. C. Const., Sent. C-119, abr. 29/2021, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Excepcionalmente se presumirá la residencia y ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas en situación migratoria regular o irregular, o solicitantes de refugio, cuyos hijos e hijas hayan nacido en territorio colombiano desde el 1 de enero de 2015 y hasta 2 años después de la promulgación de esta ley³⁷.

Aunque esta ley perdió vigencia, es democráticamente muy relevante que el poder legislativo se haya movilizado para adoptar una medida de esta naturaleza, en respuesta al reconocimiento de la situación de riesgo de apatridia en la que se encuentran estos menores de edad. No obstante, también es cierto que resulta, al menos inoportuno o inconveniente, que se haya adoptado una solución, igualmente fragmentaria, excepcional y limitada en el tiempo, vía poder legislativo, máxime cuando un órgano autónomo, como lo es la Registraduría, ya había hecho lo propio en casi idéntico sentido. Así que los efectos prácticos de esta normativa fueron inocuos, toda vez que, durante su vigencia, no se expidió una norma de carácter reglamentario que estableciera un procedimiento para la aplicación de dicha presunción.

Al respecto, conviene advertir que la confluencia de estas dos disposiciones normativas fue todo un desafío para las autoridades que tenían a cargo su aplicación, desafío que se puede traducir en parálisis administrativa o indebida aplicación de las normas, lo cual va en detrimento de los derechos de las personas migrantes. Recuérdese que son estas personas quienes deben interactuar, *de facto*, con las autoridades administrativas encargadas del registro de sus hijos menores nacidos en Colombia y quienes tienen a su cargo el reconocimiento de la nacionalidad colombiana.

Finalmente, en relación con esta ley también resultan aplicables las observaciones realizadas en la sección anterior frente a la resolución de la RNEC en lo referente a la exclusión de los menores de edad de otras nacionalidades y los que han nacido o que nacerán fuera de la ventana de tiempo establecida en ambos instrumentos. Esto es así, si se tiene en cuenta que, si bien la presencia de personas migrantes provenientes de Venezuela en territorio colombiano es la más notable, no es la única, dada la presencia también de migrantes de otras nacionalidades, como los llamados “extracontinentales”³⁸. Asimismo, este tipo de medidas de excepcionalidad

37 L. 1997/2019, “Por medio del cual se establece un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular, o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia”.

38 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Migración extrarregional en Sudamérica y Mesoamérica: perfiles, experiencias y necesidades* (San José: OIM, 2019), <https://publications.iom.int/system/files/pdf/extrarregional-migration-report-es.pdf>; Mixed Migration Centre, *Tarea pendiente: Migración extrarregional en Sur, Centro Y Norteamérica y la necesidad de respuestas más coordinadas*, 2021, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/204_Tarea_pendiente_informe_de_investigacion_SP.pdf.

se resiste a reconocer que la migración, sea de personas venezolanas o no, en muchos casos, tiene vocación de permanencia y es un fenómeno cuya ocurrencia no ha cesado.

2.2. La batalla legal de las familias migrantes por el acceso a la nacionalidad colombiana: los aportes de la Corte Constitucional

Entre el 2020 y el 2021, la Corte Constitucional colombiana ha hecho aportes fundamentales para el avance de la protección de los derechos de los menores de edad nacidos en territorio colombiano de padres extranjeros, que se enfrentaban a obstáculos de diferente naturaleza para acceder a la nacionalidad colombiana. En esta sección no pretendemos hacer un análisis exhaustivo de estas sentencias³⁹, sino poner de relieve la manera en que ha evolucionado la jurisprudencia sobre el tema y cómo, por medio de ella, se ha llegado a una interpretación del domicilio conforme a la Constitución, con fines de adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento.

Asimismo, la Ley 2136 del 2021, por medio de la cual se establecen las definiciones, los principios y lineamientos de la Política Integral Migratoria (PIM) del Estado colombiano, contiene disposiciones fundamentales sobre este tema, que se analizarán a continuación. Es así que las sentencias de la Corte, así como la Ley 2136 del 2021, nos llevan a afirmar que la amplia y profunda conversación sobre el tema de la apatridia en Colombia, por mucho tiempo ausente, finalmente ha empezado a darse.

Mediante la sentencia T-006 del 2020, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional decidió dos casos que tienen que ver con la situación de riesgo de apatridia en la que se encontraban los hijos de padres migrantes venezolanos nacidos en Colombia⁴⁰. En esta decisión, la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la solicitud de protección del derecho fundamental a la nacionalidad de los hijos de dos familias venezolanas, a quienes la RNEC les había negado la inclusión de la anotación “válido para demostrar nacionalidad” en sus respectivos registros civiles de nacimiento, aduciendo que los padres no tenían acreditado el domicilio en Colombia.

En esta oportunidad, la Corte encuentra que la RNEC, entidad demandada, vulneró los derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de

39 Véase, para un análisis exhaustivo, Conectando Caminos por los Derechos, *Bitácora Jurisprudencial de la Migración. Para la defensa de los derechos humanos de la población migrante y refugiada en Colombia*, noviembre del 2021, <https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Bitacora-jurisprudencial-de-la-migracion.pdf>.

40 Aunque con algunos matices, en ambos casos la RNEC hizo la anotación “no válido para demostrar nacionalidad” en los registros civiles de dos menores de edad nacidos en Colombia, hijos de nacionales venezolanos.

los menores de edad involucrados, al omitir la consideración del riesgo de apatridia en el que estos se encontraban al momento de su nacimiento. La Corte llega a esta conclusión al constatar “la imposibilidad de los niños de acceder a la nacionalidad de origen de sus padres”. En palabras de la Corte:

[E]l ordenamiento jurídico colombiano estableció mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 1997 de 2019, mecanismos para que los hijos de extranjeros nacidos en Colombia pudieran adquirir la nacionalidad, tanto por nacimiento como por adopción. Sin embargo, esas normas fueron, sin razón justificada, inaplicadas por las autoridades, quienes en lugar de hacer una lectura constitucional ajustada a las obligaciones internacionales del Estado [...] hicieron una interpretación restrictiva de las mismas y se limitaron a concluir que no era posible acreditar el domicilio de los ciudadanos venezolanos en el territorio colombiano y por ende consideraron que era imposible reconocer la nacionalidad por nacimiento, *sin tener en cuenta la posibilidad de otorgar la nacionalidad por adopción*⁴¹. (Énfasis añadido)

La sentencia reprocha que las autoridades, tanto administrativas como judiciales, hayan desconocido la solicitud de los padres de familia demandantes, quienes manifestaron la situación de riesgo de apatridia en que se encontraban sus hijos. Cuestiona, también, el hecho de que hayan omitido inaplicar “cualquier exigencia o requisito que obstaculizara la garantía real de los derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de los niños que reclaman el amparo”, vía excepción de inconstitucionalidad. Para la Corte, es claro que el requisito que exige que los padres acrediten domicilio mediante un visado para que sus hijos puedan acceder a la nacionalidad colombiana, previsto en la Circular de la RNEC “resulta inaplicable en el presente caso”. Esto es así, en la medida en que dicha exigencia resulta incompatible con la obligación en cabeza del Estado colombiano de “conceder la nacionalidad a los niños y niñas nacidos dentro del territorio que de otro modo serían apátridas”.

Si bien la decisión judicial tuteló los derechos fundamentales invocados por las familias demandantes y ordenó la inclusión de la nota “válido para el reconocimiento de la nacionalidad” en los registros civiles de nacimiento de los menores de edad, lo cierto es que la Corte no fue suficientemente clara en sus consideraciones sobre la inadecuada interpretación que hacía la RNEC del domicilio y no ofreció una orientación clara a la autoridad administrativa registral —RNEC— para que se abstuviera de hacer esta interpretación restrictiva del domicilio. Dicha interpretación vulnera los derechos fundamentales a la nacionalidad y a la personalidad jurídica

41 C. Const., Sent. T-006, ene. 17/2020.

de los menores de edad, hijos de migrantes nacidos en territorio colombiano, quienes se encuentran en riesgo de apatridia al no poder acceder a la nacionalidad de sus padres, como ocurre en estos dos casos.

A pesar de que en la parte considerativa de la sentencia se mencionó que el domicilio admite distintas formas de prueba en el caso de la nacionalidad por nacimiento, finalmente la Corte se decantó por una aplicación de la nacionalidad por adopción, vía parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 43 de 1993, que nada tenía que ver con el asunto que se analiza. Aunque esta era una oportunidad valiosa para que la Corte precisara lo relacionado con la prueba del domicilio, lo cierto es que la decisión judicial proferida fue claramente ambivalente. Además, no resultó ser lo suficientemente garantista de los derechos de las personas migrantes, especialmente para las familias provenientes de Venezuela, las cuales enfrentan barreras para acceder a documentos y a mecanismos de regularización migratoria.

Mediante la sentencia T-079 del 2021^[42], la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional decidió el caso de una menor de edad nacida en territorio colombiano de padres extranjeros, los cuales, para la fecha del nacimiento, no contaban con el tipo de visa requerido por la RNEC para demostrar domicilio en territorio colombiano. Por esta razón, el accionante, en representación de su hija menor de edad, interpuso acción de tutela requiriendo que se le reconozca la nacionalidad colombiana por nacimiento, que su registro civil de nacimiento lleve la anotación “válido para demostrar nacionalidad” y que se le expida su pasaporte colombiano.

En este fallo, la Corte afirma que, aunque es admisible “operacionalizar” el concepto de domicilio mediante la titularidad de ciertos tipos de visa, esto no puede conllevar el desconocimiento de la ley por parte de las autoridades. En este caso, el concepto de domicilio se encuentra definido en el Código Civil y esta debe ser la norma que se utilice para determinar si el accionante se encontraba domiciliado en Colombia en el momento en que nació su hija. Además, la Corte recuerda que ya en el 2015, mediante anterior sentencia⁴³, había afirmado que debían considerarse diversos medios de prueba para demostrar domicilio en Colombia, más allá de la titularidad de un cierto tipo de visa.

A raíz de esta sentencia, la RNEC modificó la Circular Única en la que se detallan el procedimiento y los requisitos para la adquisición de la nacionalidad por nacimiento de los menores de edad nacidos en territorio colombiano de padres extranjeros. Allí se afirma que, si el extranjero no resulta ser titular de un cierto tipo de visa, podrá probar su ánimo de permanencia en Colombia con diferentes medios de prueba, tales como un contrato de trabajo o de prestación de servicios, la acreditación de la

42 C. Const., Sent. T-079, mar. 26/2021, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

43 C. Const. Sent. T-075, feb. 20/2015, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

propiedad de un inmueble, la inscripción en el registro mercantil como comerciante, entre otros. Así mismo, establece que, debido a la situación excepcional de las personas migrantes venezolanas en Colombia, se aceptará como documentos que acreditan el domicilio el Permiso Especial de Permanencia (PEP) y el PPT. La RNEC deja claro que la razón de ser de la modificación es la sentencia T-079 del 2021 de la Corte Constitucional.

Es importante notar que, a pesar de estos avances, las personas en situación migratoria irregular, los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado y quienes no puedan aportar los documentos enlistados en la Circular Única siguen sin poder demostrar su domicilio en territorio colombiano, para solicitar que sus hijos adquieran la nacionalidad colombiana por nacimiento.

Poco después, la Corte volvió a pronunciarse sobre el tema de la apatridia, a partir del caso de una menor de edad nacida en Venezuela, que se encontraba en territorio colombiano únicamente con el certificado de nacido vivo no apostillado. De los hechos del caso, se tenía conocimiento de que se habían empezado los trámites para el registro de su nacimiento en Venezuela, pero se desconocía si estos habían culminado con el efectivo registro de la menor de edad y con la consecuente adquisición de la nacionalidad venezolana. Tras la negativa de la RNEC de inscribir el nacimiento de la menor de edad y darle así un registro civil de nacimiento colombiano, por ser nacional extranjera nacida en el extranjero, y de reconocerla como nacional colombiana ante su posible situación de apatridia, la abuela de la menor de edad interpone acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales a la nacionalidad, la personalidad jurídica e identidad de su nieta.

Mediante la sentencia T-155 del 2021^[44], la Corte afirma que, aunque se trata de una menor de edad nacida en el extranjero de padres extranjeros, existe un deber de protección de sus derechos en cabeza del Estado colombiano, el cual deberá verificar si la menor de edad tiene una nacionalidad o si tiene la posibilidad real de acceder a una nacionalidad. De no ser así, deberá reconocer su situación de apatridia e iniciar los procedimientos para que se le reconozca la nacionalidad colombiana. La Corte añade que la falta de un procedimiento para reconocer la situación de apatridia de personas nacidas en el extranjero de padres extranjeros no debe ser una excusa para justificar la falta de actuación del Estado en este caso. Para ello, deberá determinar el procedimiento más adecuado para garantizarle el goce pleno de sus derechos, en respeto de los principios de interés superior del niño, no discriminación y prevalencia del derecho sustancial sobre la forma.

44 C. Const., Sent. T-155, may. 26/2021. M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

Es fundamental mencionar que la Ley 2136 del 2021, en vigor desde el 5 de agosto del 2021, llena la laguna jurídica que el ordenamiento jurídico colombiano presentaba frente a estas situaciones. Lo hace estableciendo en su artículo 65 que la persona apátrida nacida en el extranjero deberá presentar una solicitud ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Durante el procedimiento se garantizará su identificación y permanencia y, de ser reconocida su situación de apátrida, se le otorgará un documento de viaje en el cual se estampará una visa como residente. Además, se establece que podrá solicitar la nacionalidad colombiana por adopción de forma gratuita, cumplido un año de domicilio contado a partir de la expedición de la visa y que en el año siguiente a la presentación de la solicitud el Ministerio de Relaciones Exteriores deberá adelantar el trámite respectivo. Finalmente, en aplicación del principio de interés superior del niño, a los menores de edad en esta situación se les otorgará la nacionalidad colombiana por adopción mediante acto administrativo, garantizando durante el procedimiento su identificación y permanencia.

Los avances de la jurisprudencia constitucional analizados en esta sección y las modificaciones de la normativa sobre la adquisición de la nacionalidad colombiana y el reconocimiento de la situación de apatridia han permitido avanzar notablemente en la materia. Esto muestra que la reflexión y los cambios tan esperados con respecto a la demostración del requisito del domicilio por parte de los extranjeros en Colombia y el reconocimiento de la situación de apatridia de personas nacidas en el extranjero finalmente se ha empezado a dar.

3. La protección de la unidad familiar en el marco de las medidas adoptadas a favor de los niños en riesgo de apatridia: una cuestión olvidada

Una de las principales preocupaciones que surgen a partir de las medidas adoptadas para solucionar la situación o el riesgo de apatridia en la que se encuentran los niños y niñas nacidos en Colombia, de padres venezolanos, tiene que ver con los efectos que su implementación podría tener para la unidad familiar. En particular, cabe preguntarse por los impactos que estas medidas podrían tener para aquellos núcleos familiares en los que el recién nacido adquiere la nacionalidad colombiana por nacimiento y sus padres se encuentran en situación migratoria irregular.

Esto es relevante, entre otras razones, porque los padres actúan en nombre del menor de edad frente a las autoridades en el adelantamiento de todos los procedimientos necesarios, por ejemplo, para que el niño pueda tener acceso a atención en salud. Aumentan, por ende, las oportunidades en las cuales las autoridades podrían tener conocimiento de su situación migratoria irregular y dar inicio a los procedimientos administrativos sancionatorios de carácter migratorio correspondientes.

En un documento elaborado por el Ministerio de Relaciones Exteriores⁴⁵, a partir de la expedición de la Resolución 8470 del 2019 de la RNEC, se establecía que la medida a favor de los niños y niñas nacidos en Colombia no prevé ningún beneficio para otros sujetos relacionados con el menor de edad que adquiere la nacionalidad colombiana por nacimiento. De hecho, esta medida no implicó que se modificara la Resolución 6045 del 2017, que regulaba el otorgamiento de visas, en la parte en que se establecen los requisitos para el otorgamiento de una visa como familiar de nacional colombiano. Tampoco hubo modificaciones a la Ley 43 de 1993 sobre nacionalidad⁴⁶, en la regulación de la adquisición de la nacionalidad colombiana por adopción, cuando la persona sea padre o madre de nacional colombiano.

Del mismo modo, se establece de manera clara que la adquisición de la nacionalidad por parte del niño o niña no subsana la situación migratoria irregular de los padres. Por ende, en el caso en que los padres sean sujetos de una medida de expulsión o deportación, estos tendrán, en todo caso, que cumplir con la sanción. Así que, cuando el niño o niña nacional colombiano se vea obligado a abandonar el territorio nacional como consecuencia de la medida de expulsión o deportación de sus padres, se podría configurar una expulsión o deportación *de facto* o indirecta⁴⁷.

Ahora bien, esta situación debe ser analizada a la luz de los estándares establecidos por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional de Colombia. Tanto la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han afirmado en diferentes momentos que, a pesar de que los estados dispongan de amplia discrecionalidad en la definición de sus políticas migratorias, habrá que realizar una ponderación entre las potestades estatales y la obligación de proteger a la familia y velar, en todas las circunstancias, por el interés superior de los menores de edad. Por ende, la separación del menor de edad de su familia, cuando esta derive de una decisión estatal, deberá tener carácter

45 Registraduría Nacional del Estado Civil y Procuraduría General de la Nación, *Abecé para la Nacionalidad de niños y niñas nacidos en Colombia de padres venezolanos*, <https://www.migracioncolombia.gov.co/primerolaninez/documentos/abece.pdf>.

46 El 22 de octubre del 2022 entró en vigencia la Resolución 5477 de 2022 del Ministerio de Relaciones Exteriores, "Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y se deroga la Resolución 1980 del 19 de marzo de 2014 y la Resolución 6045 del 2 de agosto de 2017".

47 CIDH. Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Niños, niñas y adolescentes migrantes (Artículos I.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I, II, VI, VII, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura), 17 de febrero del 2002. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>.

excepcional y ser el fruto de esta ponderación, so pena de constituir una injerencia arbitraria en la vida familiar⁴⁸.

En particular, la CIDH ha afirmado que

[A]unque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. [...] *[e]n los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin*⁴⁹. (Énfasis añadido)

Así, cualquier decisión sobre la situación migratoria de los padres, que implique la posible adopción de medidas de expulsión o deportación, deberá, antes de ser adoptada y en el marco de las garantías del debido proceso, velar por la protección del interés superior del menor y por la vida familiar. En especial:

[C]ualquier decisión de un órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores *debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada*⁵⁰. (Énfasis añadido)

Así mismo, es fundamental lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias sobre casos de extranjeros sujetos a medida sancionatoria de deportación, quienes son a su vez padres de menores de edad nacionales colombianos. En estos casos, la Corte ha sido enfática en afirmar que la autoridad de control migratorio, en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio, debe tener en cuenta las consecuencias que estas medidas podrían tener para la vida familiar

48 CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, párrs. 348 y 349.

49 CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev., 28 febrero del 2000, párr. 166, <http://www.cidh.org/countryrep/canada2000sp/indice.htm>.

50 Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. OC-21/14, párrs. 153, 275 y 281.

del accionante⁵¹. Esto constituye, en palabras de la Corte, un componente del debido proceso administrativo⁵².

Conclusiones

En este capítulo reflexionamos sobre los temas de la apatridia y de la nacionalidad en Colombia, a partir de las medidas adoptadas por el Estado colombiano para hacer frente a la situación de apatridia o de riesgo de apatridia en la que se encuentran miles de niños y niñas nacidos en el territorio nacional de padres venezolanos. Esta situación se genera por las barreras a las que se enfrentan estos nacionales, por un lado, para cumplir con la normatividad venezolana, con el fin de registrar a sus hijos como nacionales venezolanos nacidos en el extranjero; por el otro, por la imposibilidad de demostrar que están domiciliados en Colombia a causa de su estatus migratorio, con el fin de que sus hijos adquieran la nacionalidad colombiana por nacimiento.

En este texto se ha puesto de manifiesto el diseño complejo o mixto de acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento. Este esquema constitucional impone barreras de acceso a la nacionalidad a las familias de migrantes cuyos hijos e hijas nacen en territorio colombiano. El Estado colombiano ha reaccionado a esta problemática en un corto lapso, por medio de distintas vías institucionales: (1) las resoluciones 8470 del 2019 y 8617 del 2021 de la RNEC; (2) la Ley 1997 del 2019; (3) las sentencias T-006 del 2020, T-079 del 2021 y T-155 del 2021 de la Corte Constitucional, y (4) la Ley 2136 del 2021. La lógica a la que obedece la mayoría de estos instrumentos normativos es la misma que ha caracterizado algunas decisiones dispersas de política pública migratoria en Colombia. Se trata, principalmente, de medidas reactivas y desarticuladas que admiten serios reparos, dado su carácter excepcional y temporal, entre muchas otras cuestiones que aquí se han advertido.

Es indudable que el Estado colombiano ha respondido a la situación de apatridia en la que podrían encontrarse los hijos de los nacionales venezolanos que nacen en Colombia, dado el notorio contexto de migración venezolana y las personas en situación de apatridia nacidas en el extranjero. Sin embargo, estas medidas dan cuenta de un fenómeno migratorio que no es transitorio ni mucho menos marginal, tanto por su carácter cuantitativo como por el de temporalidad. La migración venezolana ha mostrado

51 C. Const., Sent. T-530, mar. 29/19. M. P. Alejandro Linares Cantillo, párr. 89. C. Const., Sent. T-500, dic. 19/18. M. P. Diana Fajardo Rivera. C. Const., Sent. su-397, nov. 19/2021. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

52 Sobre el derecho al debido proceso en el marco de procedimientos sancionatorios administrativos de carácter migratorio se profundiza en el capítulo de Carolina Moreno V. en este volumen.

que tiene ánimo de permanencia en el territorio nacional, lo cual ya es hoy reconocido explícitamente por las autoridades colombianas.

Esto implica, entonces, que más allá de la ventana de dos años que han establecido tanto las resoluciones de la RNEC como la Ley 1997 del 2019, lo cierto es que hay menores de edad de familias venezolanas nacidos en Colombia antes, así como con posterioridad a estos límites temporales. No obstante, así como hay menores de edad provenientes de familias venezolanas, también los hay de otras nacionalidades, pues un hecho cierto es que la migración venezolana en Colombia no es toda la migración en este país. Ello indica entonces que la apatridia es un asunto no solo supremamente vigente, sino que amerita un debate amplio y robusto, en el que se plantee esta cuestión en perspectiva y con compromiso real de reducir los casos de apatridia en Colombia.

Esta conversación debe suscitarse no para responder a una situación que es consecuencia de la migración desde Venezuela, sino como un compromiso que el Estado colombiano ha asumido, y es el de reducir los casos de apatridia, más allá de la nacionalidad de los padres de los menores de edad. Dicho de otro modo, asumir esta reflexión en perspectiva y con una visión de largo aliento es reconocer que la apatridia no es un asunto que nace con la migración venezolana y que mucho menos habrá sido superado a la vuelta de dos años. La reflexión amplia y robusta que aquí proponemos supone, por ejemplo, someter a una revisión profunda el actual modelo constitucional de acceso a la nacionalidad, así como seguir reflexionando sobre el requisito de demostración del domicilio y del ánimo de permanecer en el territorio para la adquisición de la nacionalidad.

Resulta imperioso considerar si el estatus migratorio es una ficha inmovible en este juego y, especialmente, qué hacer cuando las personas en riesgo de apatridia se encuentran en situación irregular porque no cuentan con ninguna visa ni permiso de cualquier tipo y tampoco están en condiciones de adquirirlos. Estas sí son las preguntas gruesas y frente a las cuales aún no se han generado respuestas, ni siquiera con la creación del ETPV, porque simplemente esta conversación aún no ha ocurrido en nuestro contexto. Finalmente, tampoco se puede creer que a partir de decisiones fragmentarias y a corto plazo, como las recientemente implementadas en Colombia, se haya superado esta cuestión.

Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, 4 de julio del 2019, A/HRC/41/18. <https://www.refworld.org/es/docid/5d1e31224.html>.
- Amaya-Castro, Juan Manuel, Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani. "La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública con

- enfoque de derechos en educación y salud". *Informes CEM. Informe 2-2020*. Bogotá: Centro de Estudios en Migración (CEM), 2020. <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/informe-cem-2020.pdf>.
- Bolívar, Ligia. *Desprotegidos. Impacto de la ausencia de servicios consulares en los derechos de la población venezolana en el exterior*. Centro de Derechos Humanos, Universidad Católica Andrés Bello, 2021. <https://elucabista.com/wp-content/uploads/2021/04/2021-03-30.-Desprotegidos.-Impacto-de-la-ausencia-de-servicios-consulares-en-los-derechos-de-la-poblacion-venezolana-en-el-exterior.pdf>.
- "Colombia toma medidas para garantizar que los niños y las niñas hijos de padres venezolanos no se conviertan en apátridas", ACNUR, 6 de agosto del 2019. <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2019/8/5d4974604/colombia-toma-medidas-para-garantizar-que-los-ninos-y-las-ninas-hijos-de.html>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, párr. 348 y 349.
- . *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*. OEA/Ser.L/V/II.106. <http://www.cidh.org/countryrep/canada2000sp/indice.htm>.
- . Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Niños, niñas y adolescentes migrantes (Artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I, II, VI, VII, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura). <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>.
- Conectando Caminos por los Derechos, *Bitácora Jurisprudencial de la Migración. Para la defensa de los derechos humanos de la población migrante y refugiada en Colombia*, noviembre del 2021. <https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Bitacora-jurisprudencial-de-la-migracion.pdf>.
- Corte IDH. *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. OC-21/14, párrs. 153, 275 y 281.
- . Caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de septiembre del 2005. Serie C, N.º 130.
- . Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto del 2014. Serie C, N.º 282.
- "Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Agosto de 2021". *Migración Colombia*. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-agosto-de-2021>.
- Mixed Migration Centre. *Tarea pendiente: Migración extrarregional en Sur, Centro y Norteamérica y la necesidad de respuestas más coordinadas*. 2021. https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/204_Tarea_pendiente_informe_de_investigacion_SP.pdf.
- Moreno V., Carolina, Gracy Pelacani y Juan Manuel Amaya-Castro. "La apatridia en Colombia: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente". *Informes CEM. Informe 2-2020* (2020). <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/informe-cem-2020.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas (onu), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Doc. A/HRC/41/18, párr. 73, 4 de julio del 2019.

Organización de las Naciones Unidas (onu), Asamblea General. “Convención sobre los Derechos del Niño”, *United Nations, Treaty Series* 1577, 20 de noviembre de 1989. <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>.

———. *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Resolución 45/158. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>.

———. *Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*. 28 de septiembre de 1954. *United Nations, Treaty Series* 360: 117.

———. Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (cmw), Comité de los Derechos del Niño. *Observación General Conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno*, 16 de noviembre del 2017. <https://www.refworld.org/es/docid/5bd788294.html>.

Organización de los Estados Americanos (OEA). *Informe del Grupo de Trabajo de la OEA para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región*. OEA, 2019. <http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol.pdf>.

Organización Internacional para las Migraciones (oim). “Migrantes extracontinentales en América del Sur: Estudio de casos”. *Cuadernos Migratorios*, N.º 5 (2013). https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/cuaderno5_migrantes_extracontinentales_americaelsur.pdf.

———. *Migración extraregional en Sudamérica y Mesoamérica: perfiles, experiencias y necesidades*. San José: oim, 2019. <https://publications.iom.int/system/files/pdf/extraregional-migration-report-es.pdf>.

Registraduría Nacional del Estado Civil y Procuraduría General de la Nación. *Abecé para la Nacionalidad de niños y niñas nacidos en Colombia de padres venezolanos*. <https://www.migracioncolombia.gov.co/primerolaninez/documentos/abece.pdf>.

“Unicef saluda la decisión del Gobierno colombiano para prevenir el riesgo de apatridia de miles de niños nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos”. *Unicef*, 6 de agosto del 2019. <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/unicef-saluda-decision-gobierno-colombiano-prevenir-riesgo-apatridia-ninos-nacidos-Colombia-padres-venezolanos>.

Jurisprudencia

C. Const. Sent. T-075, feb. 20/2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

C. Const., Sent. T-500, dic. 19/2018. M. P. Diana Fajardo Rivera.

C. Const., Sent. T-530, mar. 29/2019. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

C. Const., Sent. T-006, ene. 17/2020. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

C. Const., Sent. C-119/2021. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

C. Const., Sent. T-079, mar. 26/2021. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

C. Const., Sent. T-155, may. 26/2021. M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

C. Const., Sent. SU-397, nov. 19/2021. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Normativa

Circ. 59/2015, Registraduría Nacional del Estado Civil. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución 2/18. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>.

Circ. 168/2017, Registraduría Nacional del Estado Civil.

D. 1770/2015.

D. 216/2021.

Gaceta del Congreso de la República de Colombia, N.º 745, 14 de agosto del 2019.

L. 84/1873, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.

L. 43/1993.

L. 1997/2019.

Res. 1567/2019, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Res. 3870/2019, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Res. 8470/2019, Registraduría Nacional del Estado Civil.

Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

El derecho a la unidad familiar de las personas migrantes y refugiadas privadas de la libertad en Colombia: aciertos y silencios a partir de la sentencia T-135 del 2020*

Carolina Moreno V.
Gracy Pelacani
Laura Cristina Dib-Ayesta

* Una primera versión de este texto fue presentada como intervención ciudadana ante la Corte Constitucional de Colombia por las autoras, profesoras de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en conjunto con Carlos Mantilla Copete, asesor del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes.

Resumen

En el marco de una acción de tutela, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado a favor del derecho a la unidad familiar de menores de edad venezolanos, a los cuales se había impedido visitar a su padre, quien se encontraba privado de la libertad en un establecimiento de reclusión en Colombia. Los accionantes contaban únicamente con Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF) y con cédula de identificación venezolana, documentos considerados insuficientes por la notaría que tenía que autenticar la autorización de ingreso de los menores de edad al establecimiento de reclusión. En este texto argumentamos que, a pesar de ser este un pronunciamiento favorable para los accionantes, se trata de una sentencia insuficiente. Esto es así, ya que la Corte omite considerar que las personas migrantes y refugiadas en general, y venezolanas en particular, que se encuentran en situación migratoria irregular, podrían ver vulnerado su derecho a la unidad familiar, toda vez que se les imponen requisitos de imposible cumplimiento para acceder a la visita de sus familiares privados de la libertad en establecimientos de reclusión en territorio colombiano.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.676>

Introducción

El 4 de mayo del 2020, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional colombiana profirió la sentencia T-135 del 2020^[1] en el marco de una acción de tutela interpuesta por una nacional venezolana en representación de sus hijos menores de edad, cuyo padre, nacional venezolano, se encontraba privado de la libertad en un establecimiento de reclusión en Colombia. La notaría a la cual acudieron para autenticar el permiso de autorización de ingreso de los menores de edad para visitar a su padre requería la presentación de un pasaporte vigente o de cédula de extranjería como documento de identificación. Los accionantes contaban únicamente con Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF) y con sus cédulas de identidad venezolanas, razón por la cual les fue negada la autenticación del permiso y, por ende, se les impidió visitar a su padre. Conviene mencionar que la TMF autoriza el ingreso a territorio colombiano de los nacionales venezolanos solamente por determinados puestos fronterizos. Además, permite su circulación exclusivamente en aquellas partes del territorio fronterizo nacional indicadas por la autoridad migratoria por un término máximo de siete días continuos. A los titulares de TMF les está permitido únicamente la compra de víveres y medicamentos, así como la visita a familiares. No están autorizados para ingresar a zonas no fronterizas, ejercer actividades remuneradas, estudiar o afiliarse al sistema de salud².

1 C. Const., Sent. T-135, may. 4/2020. M. P. Carlos Bernal Pulido.

2 La TMF tendrá una vigencia de dos años, puede ser obtenida únicamente por los nacionales venezolanos que residan en zonas de frontera determinadas por la autoridad migratoria del Estado colombiano (Migración Colombia). Para obtener una TMF no será necesario presentar el pasaporte. Sin embargo, la TMF no se considera un documento de identificación y quienes se desplacen a otras zonas del país contando únicamente con este documento estarán en situación migratoria irregular. Res. 1845/2017, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Véase también: Res. 3167/2019, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Los hechos que dan origen a este pronunciamiento, y la consiguiente decisión de la Corte Constitucional sobre el caso, son ilustrativos de una situación en la que podrían encontrarse otros nacionales venezolanos y otros extranjeros, la cual, por lo menos hasta el momento, no ha sido objeto de un análisis y un debate exhaustivos. En particular, a las personas que se encuentran en situación migratoria irregular, familiares de personas privadas de la libertad en sitios de reclusión colombianos, se les niega la posibilidad de visitarlos por no contar con un documento de identificación válido en Colombia.

Como se habrá de argumentar a lo largo de este capítulo, en estos casos la situación migratoria irregular se convierte en un obstáculo insuperable para estos nacionales, resultando en una violación de su derecho fundamental a la unidad familiar. Este no es un tema menor ni marginal si se tiene en cuenta, por ejemplo, que a enero del 2021 más de la mitad de los nacionales venezolanos que se estimaba que estaban presentes en territorio colombiano se encontraban en situación migratoria irregular³ y toda vez que para la población venezolana en Colombia puede ser extremadamente complejo regularizar su situación migratoria⁴. Como se dirá de forma más extensa en la tercera sección de este escrito, se trata de un obstáculo que permanece a pesar de que Colombia se encuentre en la fase de implementación del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV)⁵ en beneficio de los nacionales venezolanos. Esto es así, ya que quienes no accedan al Estatuto y estén en situación migratoria irregular, seguirán enfrentando los mismos obstáculos encontrados por los accionantes de este caso. Lo mismo puede decirse frente a los extranjeros de nacionalidades diferentes a la venezolana que no logren regularizar su situación migratoria en el país.

En el desarrollo de nuestro análisis mostraremos que, aunque la Corte Constitucional se pronuncia a favor de los accionantes en este caso, se trata de una sentencia insuficiente, ya que la Corte no aborda esta cuestión estructural, limitando su decisión al caso concreto bajo examen. Para ello, este capítulo se estructura de la siguiente forma: en la primera sección,

3 Migración Colombia estimaba que al 31 de enero del 2021 se encontraban en territorio colombiano 1 742 927 nacionales venezolanos, de los cuales 759 584 en situación migratoria regular y 983 343 en situación migratoria irregular; lo que equivale al 55 % del total. "Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Enero de 2021", *Migración Colombia*, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-enero-de-2021>.

4 El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) indica que, a corte del 30 de noviembre del 2020, sobre el total de la población de internos de otras nacionalidades, más del 76 % es de nacionalidad venezolana, seguido por nacionales de Ecuador, México y Guatemala. INPEC, Estadísticas PPL noviembre del 2020.

5 Res. 216/2021, Ministerio de Relaciones Exteriores, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria". Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021".

analizamos en detalle este pronunciamiento de la Corte Constitucional y explicamos las razones por las cuales consideramos que esta decisión es exigua. En la segunda sección, mostramos cuáles son las barreras a las que se enfrentan los nacionales venezolanos para regularizar su situación migratoria en Colombia, así como los obstáculos que deben sortear personas de otras nacionalidades que podrían encontrarse en una situación de vulnerabilidad similar. Luego, en el tercer acápite, analizamos los estándares internacionales con respecto al derecho a la unidad familiar y al principio de igualdad. En la cuarta parte, ahondamos en la manera en que la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad y de sus familiares, especialmente de los menores de edad en el contexto colombiano. En la quinta sección, nos enfocamos en las reglas fijadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para el ingreso de las personas migrantes a centros de reclusión. Finalmente, ofrecemos unas reflexiones conclusivas.

1. Sentencia T-135 del 2020: la privación de la libertad y el derecho a la unidad familiar de menores de edad venezolanos

Mediante sentencia T-135 del 2020^[1], la Corte Constitucional colombiana estudió el caso sobre el derecho a la unidad familiar de los hijos menores de edad de una persona privada de la libertad en un establecimiento de reclusión en Colombia. La accionante es la madre de los cuatro menores de edad y esposa del padre privado de la libertad. Tanto ella como sus hijos menores de edad son nacionales venezolanos, quienes cuentan con TMF. La accionante, quien actúa en representación de sus hijos, solicita que estos sean autorizados para ingresar al establecimiento de reclusión en el que se encuentra el padre. En este caso, la accionante no cuenta con pasaporte ni cédula de extranjería, que son los documentos exigidos por la notaría accionada para realizar la autenticación de la autorización de ingreso de los menores de edad al centro de reclusión, requerido por el INPEC. La imposibilidad de ingreso de los hijos menores de edad al establecimiento en el que permanece el padre radica, en últimas, en que los hijos no cuentan con el documento de identificación requerido por la notaría para la autenticación del documento, esto es, pasaporte vigente o cédula de extranjería.

El amparo solicitado fue negado mediante sentencia de única instancia, en la que se argumentó que es deber de los extranjeros en Colombia acatar las normas. En tal sentido, la madre de los menores de edad estaba

obligada a presentar pasaporte debidamente sellado o, en su defecto, cédula de extranjería para que se realizara la autenticación del documento en la notaría. En su sentencia, la Corte revoca el fallo de única instancia al encontrar que la notaría accionada sí vulneró el derecho fundamental a una familia y a no ser separado de ella (unidad familiar) de los menores de edad accionantes. La cuestión central que aborda la Corte en este caso es si la notaría demandada vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar de los menores de edad demandantes, al abstenerse de autenticar la autorización de visitas otorgada por la madre, quien se identificó con TMF y documento de identificación venezolano.

A partir de las consideraciones de la sentencia de tutela, es preciso resaltar algunos aspectos importantes en materia de unidad familiar y visitas a personas privadas de la libertad, así como de la función de fe pública en cabeza de las notarías. Esto es particularmente relevante cuando las personas involucradas son extranjeros en situación migratoria irregular y, en especial, cuando se trata de nacionales venezolanos, quienes, como veremos, enfrentan serias barreras en cuanto a identificación y acceso a documentos. Las consideraciones que se recogen a continuación deberían ser estrictamente observadas tanto por las autoridades notariales como por las penitenciarias y carcelarias, cuando estas se enfrenten a la solicitud de ingreso a establecimientos de reclusión realizada por una persona migrante en situación migratoria irregular, así como nacionales venezolanos, en particular.

En relación con la unidad familiar, es preciso reconocer que, a pesar de que este derecho puede verse afectado cuando alguno de sus miembros es privado de la libertad, la unidad familiar es un derecho fundamental del que gozan tanto la persona privada de la libertad como su núcleo familiar. Además, una de las formas de preservar este derecho fundamental y permitir la readaptación social de quien se encuentra recluso, es precisamente mediante la visita de familiares y amigos. Finalmente, es razonable que la autorización para que los menores de edad puedan ingresar a un establecimiento de reclusión sea emitida por alguno de los padres. En cuanto a la función de fe pública, se advierte que dada la autonomía de la que gozan los notarios, bien puede acudir a otro documento para verificar la identidad de quien otorga la autorización de ingreso al establecimiento de reclusión, máxime cuando se trata de una solicitud de autenticación de documentos y no de un acto sometido a solemnidad.

En su decisión, la Corte concluye que la violación de los derechos fundamentales ocurre en la medida en que la notaría se abstiene de autenticar el documento de autorización emitido por la madre para que sus hijos menores de edad pudieran ingresar al centro de reclusión, por no contar con un documento de identificación válido en Colombia. En el caso concreto, la Corte resalta que si bien la TMF no es un documento válido de identificación en Colombia ni regulariza la situación migratoria de su

titular, sí permite el ingreso y la permanencia en el departamento de Norte de Santander, zona en la que está ubicada la Cárcel Modelo de Cúcuta, lugar de reclusión del padre de los accionantes. Por último, la Corte ordena a la notaría accionada valorar la identificación de la madre y sus hijos menores de edad mediante la TMF u otro documento que no sea pasaporte o cédula de extranjería, con el objeto de autenticar la autorización de ingreso requerida por el INPEC.

Aunque en este caso la decisión es favorable a los tutelantes, lo cierto es que la Corte perdió la oportunidad de evaluar más a fondo las barreras que experimentan las personas migrantes provenientes de Venezuela para acceder a documentos y cómo esto puede impedir, *de facto*, su ingreso a los sitios de reclusión cuando estas no cuentan con documento de identificación válido en Colombia. La consideración de esta especial situación que experimenta la población proveniente de Venezuela, más allá del caso particular sometido a estudio, era relevante para orientar la actuación de las autoridades —notariales y penitenciarias y carcelarias— en futuras situaciones en las que se enfrentaran a solicitudes de ingreso a establecimientos de reclusión por parte de nacionales venezolanos en situación migratoria irregular. Esto es particularmente sensible en aquellos casos en los que la persona migrante no cuenta con documento de identificación alguno, o cuando, a pesar de contar con TMF, su familiar se encuentra recluido en establecimiento carcelario fuera del área de circulación permitida, esto es para el caso concreto, el Área Metropolitana de Cúcuta.

Así lo hicimos saber las profesoras de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes en intervención ciudadana realizada en este caso. Allí pusimos de presente que esta era una oportunidad valiosa para que la Corte se pronunciara sobre si el estatus migratorio irregular es un criterio suficiente para negar la autorización de visita familiar a una persona migrante privada de la libertad por parte de sus hijos menores de edad. Hicimos notar que, más allá del caso puntual y de la acción u omisión de la notaría, había un problema jurídico de mayor entidad, en relación con la regulación establecida por el INPEC para el ingreso de visitantes a los establecimientos de reclusión.

Lamentablemente, la Corte no hizo un análisis en este sentido ni emitió ningún tipo de orden contra el INPEC, entidad vinculada en este proceso. El estudio de la Corte se restringió, únicamente, a la actuación de la notaría accionada. Un análisis más amplio, como el advertido, hubiese sido un recurso útil para otras personas venezolanas con estatus migratorio irregular, quienes pueden enfrentar una situación similar. No debe perderse de vista, además, que un caso como este puede ser enfrentado también por personas migrantes de otras nacionalidades, quienes también pueden experimentar dificultades para acceder a documentos de identificación y a mecanismos de regularización migratoria en Colombia. Esta cuestión tampoco fue advertida por la Corte en su sentencia.

2. Las barreras para la regularización migratoria de las personas migrantes y refugiadas en Colombia

Como se ha dicho, el caso bajo análisis es de la mayor relevancia ante los obstáculos a los que se enfrentan los nacionales venezolanos en Colombia para regularizar su situación migratoria. Esto se debe, por un lado, a las dificultades que encuentra esta población para acceder a documentos oficiales de su país de origen y, por otro lado, a los requerimientos de la normativa colombiana para regularizar su situación migratoria. Enseguida se profundiza en cada uno de estos aspectos.

Los nacionales venezolanos necesitan superar un sinnúmero de obstáculos para acceder a documentos de viaje, en especial, el pasaporte. Además, en muchos casos, los altos costos en los que sería necesario incurrir para obtenerlos, hace que estos documentos sean inaccesibles para aquella parte de la población migrante que se encuentra en situación de vulnerabilidad socioeconómica.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) así lo ha puesto de manifiesto, evidenciando entre las prácticas que le preocupan mayormente,

la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios, pagar los costos de las solicitudes de visas y el acceso igualitario a derechos en los países de destino².

Adicionalmente, en la Resolución 2/18, la CIDH señaló que

preocupan a la CIDH prácticas tales como rechazos en frontera, expulsiones o deportaciones colectivas, *la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios, pagar los costos de las solicitudes de visas y el acceso igualitario a derechos en los países de destino*³. (Énfasis añadido)

Así mismo, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁴ ha dado cuenta de la imposibilidad que tienen las

2 CIDH. Resolución 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>; CIDH. Venezuela: Informe Anual 2018. Capítulo IV.B Venezuela, 21 de marzo del 2019, <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.4b.VE-es.pdf>.

3 *Ibid.*

4 ONU, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Doc. A/HRC/41/18, 12 de julio del 2019.

personas de nacionalidad venezolana para acceder a documentos oficiales. En ese sentido, reconoce que los obstáculos que enfrentan para obtener o legalizar su documentación conllevan una vulneración a los derechos a la personalidad jurídica e identidad, con un impacto negativo en los derechos a la libre circulación y residencia, a adquirir una nacionalidad o a vivir en familia.

La extrema dificultad para el acceso a documentos por parte de esta población ha sido reconocida también por el Estado colombiano, el cual autoriza a los nacionales venezolanos a que tengan su pasaporte vencido o próximo a vencer para “ingresar, transitar, permanecer y salir del territorio colombiano” por un término de diez años a partir de la fecha de vencimiento o prórroga de este⁵. Sin embargo, y a pesar de este reconocimiento, es la misma normatividad colombiana la que constituye un obstáculo importante para que esta población pueda regularizar su situación migratoria en el país.

En el 2017 se creó el Permiso Especial de Permanencia (PEP), un mecanismo de facilitación migratoria para los nacionales venezolanos, “teniendo en cuenta el alto flujo migratorio de nacionales venezolanos que continúan ingresando al territorio colombiano, con vocación de permanencia en el país [...], a fin de que puedan permanecer en Colombia de manera regular y ordenada”⁶. Sin embargo, esta medida de regularización resultó insuficiente por al menos dos razones: (1) se trataba de una medida temporal y fragmentaria, que no ha permanecido en el tiempo de manera ininterrumpida desde su creación⁷ y (2) tiene como requisito, entre otros, haber ingresado por puesto de control migratorio habilitado sellando el pasaporte⁸, aspecto que, por las razones que aquí se han señalado, constituye un requisito de difícil o imposible cumplimiento para una amplia parte de la población venezolana⁹.

5 Res. 2231/2021, Ministerio de Relaciones Exteriores, “Por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito, permanencia y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido, y se deroga la Resolución 872 de 2019”.

6 Res. 240/2020, Ministerio de Relaciones Exteriores, “Por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia - PEP, creado mediante Resolución 5797 del 25 de Julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia”.

7 Véanse anexos 1 y 2 del siguiente texto.

8 Es importante mencionar que en el 2020 se creó el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEP-FF), el cual podía ser obtenido por los nacionales venezolanos en situación migratoria irregular o que no contaran con un pasaporte, pero sí con una oferta formal de trabajo o prestación de servicios. Con la entrada en vigencia del ETPV y de conformidad con el artículo 38, parágrafo 3 de la Resolución 971 del 2021 de Migración Colombia, solo se expidieron PEP-FF hasta el 30 de mayo del 2021. D. 117/2020, Ministerio de Trabajo. En este sentido, las barreras para ingresar de forma regular a territorio colombiano pueden ser el producto de la actuación de las autoridades venezolanas que no sellan el pasaporte de salida, entre otras, porque no lo reconocen vencido. También se ha reportado la destrucción de documentos de identidad en retaliación por irse del país, por parte de estas mismas autoridades.

9 Según Migración Colombia, al 31 de agosto del 2021 había en Colombia 1 842 000 nacionales venezolanos, de los cuales 344 000 se encontraban en situación migratoria regular, 1 182 000 en

Al momento de cierre de este capítulo, esto es, febrero del 2022, Colombia se encuentra en fase de implementación del ETPV, un mecanismo de regularización a beneficio exclusivo de los nacionales venezolanos¹⁰. Con la entrada en vigor del ETPV, han dejado de emitirse los antiguos PEP y se ha entrado en un régimen de transición entre quienes eran portadores de dicho permiso y ahora optan por el Permiso por Protección Temporal (PPT)¹¹.

En este sentido, el ETPV pretende regularizar la situación migratoria de los nacionales venezolanos que puedan demostrar su presencia regular en el territorio o que se encontraban en el territorio de forma irregular al 31 de enero del 2021. Además, se requiere aportar algún documento de identificación vigente o vencido y acceder al ETPV en los tiempos determinados para ello por parte del Gobierno nacional¹². Así mismo, podrán acceder al Estatuto los nacionales venezolanos que ingresen de forma regular durante los primeros dos años de vigencia del Estatuto. Para esto se requiere registrarse en el Registro Único para Migrantes Venezolanos (RUMV) y luego aplicar para la obtención de un PPT, el cual tendrá la misma vigencia del ETPV, es decir, diez años.

Sin embargo, ante los importantes retos de implementación de esta medida, queda por determinar cuántas personas en esta situación accederán a ella¹³. De hecho, los nacionales venezolanos que no puedan acceder al Estatuto y sigan en situación migratoria irregular, encontrarán los mismos obstáculos enfrentados por los accionantes de este caso cuando deseen hacer ingreso a un establecimiento de reclusión donde se encuentre su familiar.

tramité para acceder al ETPV y 315 000 en situación migratoria irregular: "Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Agosto de 2021", *Migración Colombia*, <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-agosto-de-2021>.

- 10 D. 216/2021, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria". Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021".

Véase, para un análisis más extenso sobre esta medida, Gracy Pelacani, Carolina Moreno V., Laura Cristina Dib-Ayesta y Mairene Tobón Ospino, "Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria". *Informes CEM. Informe 3-2021* (2021), <https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Informe-CEM-3-Estatuto-Temporal-de-Proteccion-para-Migrantes-Venezolanos-reflexiones-de-una-politica-de-regularizacion-migratoria-2.pdf>.

- 11 Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, art. 38.
- 12 *Ibid.* Con ocasión de la adopción del ETPV se dejaron de expedir PEP y se prorrogaron automáticamente los permisos que se encontraban vigentes por un término de dos años a la fecha de publicación del Decreto 216 del 2021 (art. 19).
- 13 En enero del 2022, 143 143 nacionales venezolanos contaban con su PPT; 1 019 400 habían realizado el registro biométrico, etapa fundamental del RUMV, y 1 730 048 habían completado la encuesta de caracterización, esta también parte del RUMV. Observatorio de Venezuela, *Bitácora Migratoria. Reporte de enero 2022*, <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://bitacoramigratoria.co/wp-content/uploads/2022/01/Bitacora-mensual-Enero-2022.pdf>.

Otro camino posible para regularizar la situación migratoria consiste en la obtención de una visa. De hecho, para las personas venezolanas que se acojan al ETPV, es una obligación solicitar y obtener una visa antes del 28 de mayo del 2031¹⁴. Sin embargo, esto no solo requiere presentar un pasaporte vigente con sello de ingreso al territorio, sino también documentos apostillados, contratos laborales, entre otros, que resultan de imposible o difícil acceso para la población migrante proveniente de Venezuela en situación de vulnerabilidad. Más aún, los costos del trámite para la obtención de una visa y de una cédula de extranjería pueden superar los 300 dólares¹⁵. Ello constituye una importante barrera de acceso a la posibilidad de regularizar su estatus migratorio, para los migrantes en situación de vulnerabilidad que se han visto forzados a salir de Venezuela¹⁶.

Además, quienes soliciten el reconocimiento de la condición de refugiado en Colombia y sean titulares del correspondiente salvoconducto de permanencia, también se considerarán en situación de regularidad migratoria siempre que su salvoconducto esté vigente. Sin embargo, como se menciona en la siguiente sección, el salvoconducto de permanencia no se encuentra entre los documentos que el INPEC acepta para que los familiares de las personas privadas de la libertad puedan acceder a la visita familiar.

Lo aquí descrito explica por qué las personas migrantes provenientes de Venezuela no están en condiciones de cumplir con requisitos relacionados con autenticaciones de documentos, pues el acceso a un documento de viaje o pasaporte es casi imposible para ellos. Estas barreras de acceso a documentos se traducen, a su vez, en un obstáculo insalvable para beneficiarse de los escasos mecanismos de regularización migratoria disponibles para la población migrante proveniente de Venezuela. Esto es así incluso bajo la vigencia del ETPV, considerando los requisitos que se establecen para que los nacionales venezolanos puedan acceder a este. Entonces, no se trata de un capricho o de una renuncia injustificada a cumplir con un requerimiento legal por parte de la persona extranjera en Colombia. Se trata de requerimientos de imposible cumplimiento, los cuales, *de facto*, están impidiendo el ejercicio de un derecho fundamental reconocido de

14 Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, art. 40, num. 3.

15 Véase: https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/visa/costos-medios-pago-oficinas-atencion.

16 Cabe mencionar que los nacionales venezolanos que cuenten con un pasaporte (vigente o vencido en los términos de la Resolución 872 del 2019 del Ministerio de Relaciones Exteriores) podrán hacer ingreso a territorio colombiano de forma regular únicamente sellando su pasaporte en un puesto de control migratorio autorizado, obteniendo así un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP). De esta forma estarán habilitados para permanecer en el territorio por un término de novena días y para el ejercicio de actividades determinadas. Podrán solicitar la expedición de un Permiso Temporal de Permanencia (PTP), que les permitirá una estancia de noventa días más. Res. 3167/2019, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, "Por la cual se establecen los criterios para el ingreso, permanencia y salida de nacionales y extranjeros del territorio colombiano; además, los mecanismos y normas aplicables en el proceso del control migratorio".

forma reiterada por la jurisprudencia constitucional, como lo es la unidad familiar.

Ahora bien, esta situación y las anteriores reflexiones son extensibles también a los extranjeros de nacionalidades diferentes a la venezolana presentes en territorio colombiano y en situación de irregularidad migratoria. Si se quiere, para estos, los obstáculos podrían ser aún mayores y por tanto su situación de vulnerabilidad, toda vez que, primero, no pueden beneficiarse de los mecanismos de regularización migratoria creados *ad hoc* para la población venezolana en Colombia, tales como los permisos especiales de permanencia o su actual sustituto, el nuevo PPT en el marco del ETPV. Segundo, sus países de nacionalidad podrían no contar con presencia consular en Colombia, lo cual les dificulta el acceso a documentos oficiales y la posibilidad de adelantar ciertos trámites¹⁷.

3. Estándares internacionales en materia de derecho a la igualdad y la unidad familiar

La Corte Constitucional también perdió la oportunidad de emitir un pronunciamiento con base en sus obligaciones internacionales y dialogando con estándares del derecho internacional de los derechos humanos en su sentencia T-135 del 2020. En particular, era importante tomar en cuenta: (1) la protección especial de la niñez, (2) el principio de igualdad y no discriminación y (3) la prohibición de ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en relación con el derecho a la unidad familiar.

En primer lugar, debe dejarse claro que la protección especial de la que goza la niñez deriva de la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentra, y tiene como propósito garantizar su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos. Colombia es parte de una serie de tratados internacionales¹⁸ en los que los niños y niñas son considerados “sujetos activos prestos a recibir protección y a exigir cuidado, amor, educación y recreación”¹⁹.

17 Sobre las dificultades que derivan de la ausencia o limitación de servicios consulares en los derechos de los nacionales venezolanos, véase Ligia Bolívar; *Desprotegidos. Impacto de la ausencia de servicios consulares en los derechos de la población venezolana en el exterior* (Centro de Derechos Humanos, Universidad Católica Andrés Bello, 2021), <https://elucabista.com/wp-content/uploads/2021/04/2021-03-30-Desprotegidos-Impacto-de-la-ausencia-de-servicios-consulares-en-los-derechos-de-la-poblacion-venezolana-en-el-exterior.pdf>.

18 La Convención sobre Derechos de los Niños; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños.

19 *Ibid.*

Luego, el fundamento de la prohibición de discriminación y la igualdad es la dignidad humana²⁰. Estas normas son aceptadas universalmente y de ello dan cuenta los numerosos instrumentos internacionales en los que están consagradas²¹. Todas las acciones del Estado encaminadas a alcanzar el respeto y la garantía plena de los derechos, necesariamente debe atender a la prohibición de discriminación como norma no derogable del derecho internacional²².

En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no solo está contemplado en el artículo 24 que dispone que todas las personas son iguales ante la ley²³, sino que además hace parte de la obligación general de respeto consagrada en el artículo 1.1 del mismo instrumento. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación²⁴.

En particular, en el caso de las personas migrantes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) señaló en su Opinión Consultiva 18/03 que, si bien el Estado puede otorgar un trato diferenciado entre migrantes en situación regular y aquellos que se encuentren en situación irregular, así como entre extranjeros y nacionales, este debe necesariamente ser razonable, objetivo, proporcional y respetuoso de los derechos humanos²⁵. Lo anterior significa que “cualquier diferencia de trato entre extranjeros y ciudadanos, o basada en la condición migratoria, no está prohibida en términos absolutos, pero sí se encuentra seriamente condicionada al respeto estricto de ciertos requisitos de procedimiento y de contenido”²⁶.

- 20 Paolo Carozza, “Human Rights, Human Dignity and Human Experience”, en *Understanding Human Dignity*, editado por Christopher McCrudden (Oxford, British Academy, 2013), 616; Paolo Carozza, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: a replay”. *The European Journal of International Law* 19, N.º 5 (2008): 934.
- 21 OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 30 de abril de 1948, art. II; ONU, Asamblea General, Res. 217A (III), Declaración Universal de Derechos Humanos, Doc. A/810, 10 de diciembre de 1948, art. 7; ONU, Asamblea General, Res. 2200A (XXI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 14668 UNTS 999, 171, 16 de diciembre del 1966, art. 26; ONU, Asamblea General, Resolución 45/158, Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 3948 I UNTS 2220, 3, 18 de diciembre de 1990, art. 7, entre otros. Véase también: Marie-Bénédicte Dembour, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 297 citando Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A, N.º 18, párr. 33.
- 22 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 101; Corte IDH, Voto Concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Opinión Consultiva OC-18/03.
- 23 El artículo reza: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.
- 24 Véase: Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 85.
- 25 *Ibid.*, párr. 119.
- 26 OIM, “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias.” Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Caracas, Venezuela, 2 y 3 de julio del 2007, 9, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5577.pdf?view>.

Ahora bien, lo que implica para el Estado respetar y garantizar el derecho a la igualdad es, por un lado, abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente creen situaciones de discriminación *de iure* o *de facto* y, por otro lado, adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones que sean discriminatorias en perjuicio de un determinado grupo de personas²⁷. La Corte IDH ha sido específica al señalar que ello se traduce en la prohibición de emitir normas o disposiciones, o favorecer actuaciones y prácticas que, en aplicación o interpretación de la ley, resulten en la discriminación de determinado grupo de personas²⁸.

De allí que la exigencia de requisitos excesivos o de imposible cumplimiento a personas extranjeras para el ingreso a visitas familiares en centros penitenciarios resulte en la práctica en una discriminación *de facto* a personas en situación migratoria irregular. Este trato es injusto y carente de un criterio de igualdad material, por lo cual es inconstitucional y contrario a los tratados internacionales de los cuales Colombia es parte.

Por otra parte, la imposibilidad de que niños y niñas puedan acceder a visitar a su padre privado de la libertad, debido a su estatus migratorio, resulta en una violación de la prohibición de ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y la de la familia, así como en una violación del derecho a la familia, consagrados en los artículos 11.2 y 17 de la CADH, respectivamente.

La protección a la familia en términos del artículo 17.1 de la CADH implica, entre otras obligaciones, la de “favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”²⁹. Así mismo, en torno al artículo 11.2 de la Convención, “toda persona tiene derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en su familia, y en especial las niñas y los niños, dado que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo”³⁰. Más aún, la Corte IDH ha reconocido que la convivencia de padres e hijos es un elemento fundamental de la vida en familia³¹.

Para garantizar la protección a la familia, el Estado tiene “la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para hacer efectivo el contacto

27 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 9 de marzo del 2018. Serie C, N.º 351, párr: 270.

28 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva oc-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A, N.º 18, párr: 103.

29 Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva oc-17/02 del 28 de agosto del 2002. Serie A, N.º 17, párr: 66; Caso Rochac Hernández y otros c. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de octubre del 2014. Serie C, N.º 285, párr: 104; Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva oc-21/14 del 19 de agosto del 2014. Serie A, N.º 21, párr: 264.

30 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, párr: 162. Cit. Opinión Consultiva oc-17/02 del 28 de agosto del 2002, párr: 71; Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto del 2014. Serie C, N.º 282, párr: 424.

31 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, párr: 162. Cit. Opinión Consultiva oc-17/02, párr: 72; Caso Rochac Hernández y otros c. El Salvador, párr: 104.

de las personas privadas de la libertad con sus familias”³². La privación de la libertad no justifica de ninguna manera la violación del derecho de los reclusos a mantener y desarrollar relaciones familiares. Es por ello que “la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento”³³.

En el caso *X y Y contra Argentina*, la CIDH determinó que hubo una interferencia ilegítima al ejercicio del derecho a la familia y se pronunció sobre la *razonabilidad* de requisitos para el ejercicio de los derechos de las personas privadas de la libertad y de sus familiares³⁴. En ese sentido, partió de la premisa conforme a la cual el ejercicio de la autoridad tiene límites que derivan precisamente de los derechos humanos como atributos inherentes a la dignidad humana³⁵.

En particular, el derecho a la familia y los derechos de los niños y niñas figuran entre los derechos que no pueden ser suspendidos, ni siquiera en circunstancias extremas³⁶. Por tal motivo, la Corte IDH ha establecido que la imposición de limitaciones a los derechos debe ser aplicada de manera estricta, “ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”³⁷.

De allí que se haya establecido jurisprudencialmente el denominado *test de proporcionalidad* para determinar si una afectación a derechos consagrados en la Convención es legítima; ello implica que la medida debe, necesariamente:

- 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2 y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos³⁸.

32 CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 31 de diciembre del 2011. Doc. OEA/Ser.LJ/V/II.Doc.64, párr. 577.

33 CIDH. Informe 67/06, Caso 12.476, Fondo. Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre del 2006, párr. 237; CIDH. Informe 38/96, Caso 10.506, Fondo. X y Y, Argentina, 15 de octubre de 1996, párrs. 97 y 98. Véase también: TEDH. Aplicación 25498/94. *Caso Messina c. Italia* (N.º 2), 28 de septiembre del 2000, Segunda Sección, párr. 61.

34 CIDH. X y Y, Argentina, párrs. 48 y ss.

35 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio del 1988. Serie C, N.º 4, párr. 165.

36 CADH, art. 27.2.

37 Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, N.º 5, párr. 67.

38 CIDH. X y Y, Argentina, párr. 60.

Específicamente, al referirse al requisito de razonabilidad, la Comisión estableció que

Para justificar las restricciones de los derechos personales de los visitantes no basta invocar razones de seguridad. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías³⁹. (Énfasis añadido)

Si bien los Estados tienen el deber de mantener la seguridad en los centros de detención y prisiones, también es claro que la implementación de los esquemas de seguridad debe llevarse a cabo de forma tal que se respeten los derechos fundamentales de los internos y sus familias⁴⁰, garantizando el trato digno a ambos. Así, toda restricción al derecho de las personas privadas de la libertad a recibir visitas familiares, así como al derecho de los menores de edad a visitar a sus padres privados de la libertad debe ser legal, perseguir un fin legítimo, ser necesaria y proporcional. De lo contrario, se trataría de una “interferencia arbitraria”⁴¹.

La exigencia de requisitos en exceso restrictivos para el acceso de los niños y las niñas migrantes a visitar a sus padres privados de la libertad no es necesaria para lograr el objetivo de seguridad en este caso, pudiendo imponerse cargas menos gravosas y que no afecten la igualdad material de las personas en situación migratoria irregular. En ese sentido, la medida no se ajusta al ordenamiento jurídico⁴², puesto que es contraria a tratados internacionales de derechos humanos, así como al interés superior del niño, en los términos del artículo 44 de la Constitución y al principio de igualdad previsto en los artículos 13 y 100 de la Carta.

4. Violación del derecho a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad y de sus familiares, especialmente de los menores de edad en el contexto colombiano

Siguiendo las bases sentadas por la jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad pueden

39 *Ibid.*, párr: 70.

40 CIDH. *Informe sobre los derechos humanos*, párr: 591.

41 CIDH. X y Y, Argentina, párr: 92.

42 *Ibid.*, párr: 72.

clasificarse en tres grandes grupos: (1) suspendidos⁴³, (2) intocables⁴⁴ y (3) restringidos o limitados⁴⁵.

Empero, si bien la privación de la libertad conlleva una separación física o *de facto* de la unidad familiar, y de suyo una afectación de los lazos familiares dada la permanencia intramural del infractor penal, lo cierto es que dicha afectación no puede traducirse en una fractura absoluta y definitiva del núcleo familiar (derechos restringidos o limitados). Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental, tanto de los niños y niñas como de los adultos, el cual supone la correlativa obligación de abstención de las autoridades competentes, consistente “en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos”⁴⁶.

En virtud de este deber de abstención estatal, la jurisprudencia de la Corte subraya que las autoridades no deben adoptar medidas que sustraigan a los menores de edad del contacto con sus padres. La Corte ha explicado esta obligación del Estado en los siguientes términos:

El derecho de los niños a no ser separados de su familia impone al Estado y a la sociedad una obligación negativa en el sentido de que estos no solo no deben ser sustraídos de la compañía de sus familiares, sino que tampoco se les debe impedir el contacto con estos. Por lo tanto, la separación de los niños de su familia solo puede darse cuando el mantenimiento de la unidad familiar pueda significar un riesgo para los derechos fundamentales del menor⁴⁷.

En efecto, la Corte ha proferido un conjunto de decisiones en relación con el ingreso a los sitios de reclusión por parte de familiares de personas privadas de la libertad, especialmente cuando son los hijos menores de edad quienes visitan a sus padres. Aunque la Corte ha reiterado que “las personas privadas de la libertad representan una de las limitaciones a la unidad familiar”⁴⁸, lo cierto es que su jurisprudencia ha sido reiterada en

43 “como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal”. Sentencia T-511/09.

44 “conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad que se encuentran intactos, pues aquellos derivan directamente de la dignidad del ser humano”. Sentencia T-511/09.

45 “por la especial sujeción del interno al Estado y tienen sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles”. Sentencia T-511/09.

46 C. Const., Sent. T-714, dic. 15/2016. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

47 C. Const., Sent. T-078A, feb. 22/2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

48 C. Const., Sent. T-515, may. 22/2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

el sentido de reconocer la especial protección que debe darse a los niños, niñas y adolescentes cuyos padres se encuentran privados de la libertad.

De manera contundente, la Corte ha señalado que la limitación al contacto o unión familiar debe hacerse “acorde con los lineamientos del tratamiento penitenciario”⁴⁹, lo cual, en todo caso, debe permitir que el vínculo filial y la relación entre los miembros de la familia se mantenga. Con razón, ha señalado la Corte que

los establecimientos carcelarios deben posibilitar, hasta donde ello resulte posible, que el interno mantenga contacto permanente con su familia, en especial con sus hijos menores, a través de visitas y comunicaciones frecuentes, con el fin de preservar la unidad familiar y velar por el desarrollo armónico e integral de los niños y adolescentes⁵⁰.

A pesar de la reclusión de uno de los miembros de la familia, es fundamental la conservación del vínculo entre quienes conforman la familia. Esto es así, no solo porque es su derecho mantener la unión, sino porque esa familia constituirá la primera red de apoyo con la que la persona reclusa contará en su proceso de reinserción social, una vez cese la privación de la libertad⁵¹. Así, en la sentencia T-515 del 2008, la Corte señaló:

[S]e debe propender por una adecuada resocialización de los internos, donde sin lugar a dudas juega un papel preponderante la familia de los mismos, pues dicho vínculo filial representa la mayoría de las veces su contacto con el mundo más allá del establecimiento donde se encuentran reclusos, más si se tiene en cuenta que el núcleo familiar será en la mayoría de los casos el lugar donde cada individuo retomará su vida por fuera del penal.

Este derecho a la unidad familiar, que como hemos señalado es un derecho del que gozan tanto las personas privadas de la libertad como sus familiares, ha sido especialmente protegido cuando en dichos núcleos familiares están involucrados hijos menores de edad. Así, ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Corte frente al derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella, incluso en el evento de privación de la libertad. Al respecto, ha subrayado la Corte que los menores de edad son sujetos de especial protección constitucional y que sus derechos se encuentran especialmente protegidos bajo la Constitución de 1991, en el marco del Estado social de derecho.

49 *Ibid.*

50 C. Const., Sent. T-566, jul. 27/2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

51 En el mismo sentido, la Corte Constitucional señala que el derecho a la visita familiar, así como el derecho a la visita íntima, hacen parte del derecho fundamental a la familia y a la intimidad, los cuales deben ser entendidos como un mecanismo de resocialización por parte del Estado. C. Const., Sent. T-378, may. 23/2015. M. P. Alberto Ríos Rojas.

5. Las reglas del INPEC para el ingreso de las personas migrantes y refugiadas a los establecimientos de reclusión y sus implicaciones para los derechos de los miembros de las familias

Satisfacer los requisitos de autenticación de documentos resulta de imposible cumplimiento para las personas migrantes en situación migratoria irregular, en la medida en que no cuentan con un documento válido de identificación en Colombia y, además, enfrentan barreras de acceso a documentos en su propio país de origen, según se ha descrito. El reconocimiento de la vulneración de los derechos que afecta a familias cuyos miembros se encuentran en situación migratoria irregular, como la del caso bajo estudio de la Corte en esta tutela, resulta especialmente relevante.

En su momento, el INPEC emitió la Comunicación 8200 DICUV del 15 de enero del 2019, en la cual la entidad informó a “los directores regionales, de establecimientos de reclusión y comandantes de vigilancia”, sobre los documentos que deben reunir los ciudadanos venezolanos para ingresar a los establecimientos de reclusión del orden nacional⁵². De acuerdo con esta Comunicación, “los ciudadanos venezolanos que pretendan ingresar a los Establecimientos del Orden Nacional podrán hacerlo previa presentación de su Cédula de Ciudadanía vigente acompañada del documento que acredite su permanencia legal en el territorio nacional”. Luego, la Comunicación relaciona los documentos que, de acuerdo con Migración Colombia, permiten “el ingreso, tránsito o permanencia legal en el territorio nacional”. Estos documentos, de acuerdo con lo dispuesto en la Comunicación bajo análisis son: (1) pasaporte vigente con sello de permiso de ingreso y permanencia no mayor a noventa días estampado; (2) preregistro de TME; (3) TME; (4) PEP, y (5) cédula de extranjería con pasaporte vigente y visa (Visitante, Migrante o Residente). Finalmente, la Comunicación emitida por el INPEC advierte que “se debe informar a los familiares de las Personas Privadas de la Libertad la obligatoriedad de presentar la documentación en regla con el fin de evitar inconvenientes que puedan acarrear sanciones disciplinarias o penales”.

Todo ello indica que las personas venezolanas que no puedan acreditar los documentos previstos en esta Comunicación no tendrán acceso al establecimiento en el que se encuentra recluso su familiar. Requisito que se convertirá en insuperable cuando se trate de personas en situación

52 INPEC. Comunicación 8200 DICUV del 15 de enero del 2019, dirigida a los directores regionales, directores de establecimientos de reclusión y comandantes de vigilancia, mediante la cual se informa sobre “los tipos de documentos establecidos por Migración Colombia para el control de ingreso, tránsito o permanencia legal en el territorio nacional, vigencias de los documentos autorizados, formas de verificación y en consecuencia los documentos válidos para el ingreso a visita a los diferentes Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional”.

migratoria irregular, toda vez que no cuentan con documento de identificación válido en Colombia. Pero no solo no podrán ingresar por falta de los documentos antes relacionados sino, además, porque no cuentan con un documento de identificación para acudir a una notaría para autenticar la autorización de ingreso al establecimiento de reclusión.

Asimismo, conviene mencionar que lo previsto en esta Comunicación del INPEC supone una carga desproporcionada para las personas migrantes provenientes de Venezuela y es también contraria a una igualdad material sensible a las barreras de acceso a documentos que enfrentan los migrantes venezolanos. Además, es necesario remarcar cómo la autoridad administrativa penitenciaria y carcelaria desborda los lineamientos establecidos por el legislador por medio del Código Penitenciario y Carcelario⁵³, que en su artículo 112 sobre régimen de visitas prevé que sindicados y condenados tienen derecho a recibir visitas de familiares y amigos. Por su parte, el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional⁵⁴, en el artículo 74 sobre visitas a personas extranjeras privadas de la libertad, establece que estas tendrán iguales derechos y obligaciones que sus pares nacionales y que “están sujetas al régimen común de visitas”. Además, en el artículo 84 sobre procedimiento de ingreso en general, el Reglamento establece: “Al ingreso cada visitante deberá: 1. Presentar la cédula de ciudadanía en la entrada y *la documentación exigida de acuerdo con la calidad del visitante* y someterse a la requisa de rigor” (énfasis añadido).

En este sentido, es de esperar que un acto administrativo de menor jerarquía sea el que determine esa “documentación exigida de acuerdo con la calidad del visitante”, de la que habla la norma transcrita. Sin embargo, en el caso bajo estudio de la Corte Constitucional, se trata de una comunicación que a título informativo establece los tipos de identificación para ingreso a los sitios de reclusión. Esta regulación del ingreso de personas migrantes a los sitios de reclusión resulta contraria al ordenamiento jurídico y es lesiva de los derechos fundamentales de los nacionales venezolanos involucrados en este caso, tanto del migrante padre de familia privado de la libertad como de las personas que conforman su núcleo familiar, especialmente sus hijos menores de edad. Por ejemplo, la no inclusión del salvoconducto de permanencia sc-2, del cual son titulares los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado, en los documentos de la Comunicación, impediría el ingreso de estas personas a los sitios de reclusión.

Conviene advertir que los actos administrativos que expide la autoridad penitenciaria y carcelaria, y que desarrollan en detalle la materia no pueden ir más allá, endureciendo las condiciones de forma tal que

53 L. 65/1993.

54 Res. 6349/2016, INPEC, “Por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional - ERON a cargo del INPEC”.

desbordan lo que el legislador ha establecido como lineamientos del tratamiento penitenciario. No debe una decisión administrativa, menos aún cuando es de mero trámite, como lo es esta Comunicación expedida por el INPEC, limitar de manera excesiva y desigual el alcance del derecho a la unidad familiar, tanto de la persona privada de la libertad como de los miembros de su familia. Esta forma de proceder se traduce en un tratamiento discriminatorio de las personas migrantes, especialmente de las que se encuentran en situación migratoria irregular en territorio colombiano. Asimismo, este caso es un claro ejemplo de la aplicación de un criterio abiertamente discriminatorio y sospechoso, a partir del origen nacional y de la situación migratoria de estas personas. Dicho de otro modo, las personas migrantes, en especial aquellas que no cuentan con su situación migratoria regularizada, estarían siendo destinatarias de un tratamiento desigual y discriminatorio, capaz de exacerbar aún más la situación de vulnerabilidad en la que ya se encuentran estas personas migrantes, por el solo hecho de serlo.

En conclusión, cualquier reglamentación que se realice, capaz de interferir con el derecho a las visitas de la población privada de la libertad, debe tener en cuenta la estrecha conexión que dicho derecho guarda con el derecho fundamental a la unidad familiar, así como también el carácter resocializador de dichas medidas. Lo anterior impide que el INPEC establezca requisitos que se conviertan en obstáculos administrativos insuperables, así como en una barrera para el ejercicio pleno de estos derechos por parte de los hijos de las personas privadas de la libertad y de la persona migrante que se encuentra en el sitio de reclusión, cuando se trata de nacionales venezolanos.

Frente a la especial situación de vulnerabilidad de la población migrante, como lo ejemplifica la familia involucrada en el presente caso, la actuación del INPEC debe estar encaminada a garantizar el ejercicio pleno del derecho y no a restringirlo. Asimismo, no debe perderse de vista que bien puede el INPEC, en virtud de la autonomía administrativa que le asiste para atender los asuntos de su competencia, solicitar otro tipo de identificación a los visitantes que ingresan a los sitios de reclusión. Así, bien podrá la autoridad penitenciaria y carcelaria satisfacer la finalidad constitucionalmente legítima de registro de los visitantes, sin que se lesione el derecho fundamental a la unidad familiar, tanto de la persona migrante privada de la libertad como de los miembros que conforman su núcleo familiar.

Reflexiones conclusivas

En mayo del 2020, la Corte Constitucional colombiana dictó una sentencia con respecto al derecho a la unidad familiar de menores de edad de nacionalidad venezolana, cuyo padre se encontraba privado de la libertad en

un establecimiento penitenciario en territorio colombiano. La Corte estableció que, por contar los accionantes con TME y con cédula de ciudadanía venezolana, se les debía autenticar el permiso de autorización de ingreso para visitar a su padre. En este texto argumentamos que esta sentencia es insuficiente, ya que omite considerar que los nacionales venezolanos, así como otros extranjeros, podrían ver vulnerado su derecho a la unidad familiar toda vez que se encuentran en situación migratoria irregular, siendo este un obstáculo insuperable para poder acceder a la visita de sus familiares privados de la libertad.

A pesar de que la sentencia analizada fue favorable a los derechos de los menores de edad accionantes, la Corte enfocó su decisión en la omisión de la notaría accionada y desaprovechó una oportunidad valiosa para evaluar la actuación del INPEC, así como los obstáculos que genera la situación migratoria irregular y la imposibilidad de acceder a documentos. Por una parte, esta entidad tiene a su cargo la gestión de los centros de reclusión y define y aplica las políticas de ingreso a estos sitios, y establece requisitos que obstruyen el goce de los derechos fundamentales de las personas migrantes privadas de la libertad y de sus familias. Y, por otra parte, la falta de documentos de identificación válidos en Colombia o no tener unos de los documentos válidos en el listado de la Comunicación del INPEC impedirían el ingreso a los establecimientos de reclusión. Aunque estas eran cuestiones medulares en el presente caso, la decisión omitió hacer cualquier consideración en este sentido.

Tal y como se ha mostrado, las personas migrantes pueden enfrentarse a una serie de obstáculos insuperables para regularizar su situación migratoria en Colombia. En el caso de la población venezolana, por ejemplo, ha sido ampliamente documentada su dificultad o imposibilidad de acceder a documentos oficiales, así como a un pasaporte. Igualmente, los mecanismos de regularización migratoria creados por el Estado colombiano a beneficio de estos nacionales no son de fácil acceso para ellos. Situación que es todavía más problemática para personas extranjeras de otras nacionalidades, las cuales no cuentan con mecanismos de regularización migratoria *ad hoc*, como el PPT en el marco del ETPV para los nacionales venezolanos.

En este sentido, la exigencia de estos requisitos para el ingreso de personas extranjeras a las visitas familiares en centros penitenciarios resulta en una vulneración de la igualdad material de las personas migrantes en situación irregular. Lo anterior, a su vez, constituye una violación a la prohibición de ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y la de la familia, así como una violación del derecho a la familia. Estos derechos están consagrados en tratados internacionales de derechos humanos de los que Colombia es parte. Al no perseguir un fin legítimo ni cumplir con el requisito de razonabilidad, dichas medidas no

son proporcionales y, por tanto, deben adoptarse medidas que no resulten en una discriminación *de facto* de las personas migrantes en situación irregular.

Referencias

- Bolívar, Ligia. *Desprotegidos. Impacto de la ausencia de servicios consulares en los derechos de la población venezolana en el exterior*. Centro de Derechos Humanos, Universidad Católica Andrés Bello, 2021. <https://elucabista.com/wp-content/uploads/2021/04/2021-03-30.-Desprotegidos.-Impacto-de-la-ausencia-de-servicios-consulares-en-los-derechos-de-la-poblacion-venezolana-en-el-exterior.pdf>.
- Carozza, Paolo. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: a reply". *The European Journal of International Law* 19, N.º 5 (2008): 931-944.
- . "Human Rights, Human Dignity and Human Experience". En *Understanding Human Dignity*, editado por Christopher McCrudden, 615-629. Oxford: British Academy, 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Venezuela: Informe Anual 2018. Capítulo IV.B Venezuela*. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/1A2018cap.4b.VE-es.pdf>.
- Comunicación 8200 DICUV del 15 de enero del 2019, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.64, párr. 577 y 591.
- . Informe 38/96, Caso 10.506, Fondo. X y Y, Argentina, 15 de octubre de 1996, párrs. 97 y 98.
- . Informe 67/06, Caso 12.476, Fondo. Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre del 2006.
- . La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, N.º 5.
- . Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, N.º 4.
- . Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva oc-17/02 de 28 de agosto del 2002. Serie A, N.º 17.
- . Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, párr. 162.
- . Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva oc-18/03 del 17 de septiembre del 2003. Serie A, N.º 18.
- . Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto del 2014. Serie C, N.º 282.
- . Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva oc-21/14 del 19 de agosto del 2014. Serie A, N.º 21.

- . Caso Rochac Hernández y otros c. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de octubre del 2014. Serie C, N.º 285.
- . Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 9 de marzo del 2018. Serie C, N.º 351.
- . Caso Ramírez Escobar y otros c. Guatemala, párr. 162.
- Dembour, Marie-Bénédicte. *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- “Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Enero de 2021”. *Migración Colombia*. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-enero-de-2021>.
- “Distribución de Venezolanos en Colombia - Corte 31 de Agosto de 2021”, *Migración Colombia*. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-de-venezolanos-en-colombia-corte-31-de-agosto-de-2021>.
- Observatorio de Venezuela. *Bitácora Migratoria. Reporte de enero 2022*. <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://bitacoramigratoria.co/wp-content/uploads/2022/01/Bitacora-mensual-Enero-2022.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (onu). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Doc. A/HRC/41/18, 12 de julio del 2019.
- Organización de los Estados Americanos (oEA). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 30 de abril de 1948.
- Organización Internacional para las Migraciones (oim). “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias”. Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Caracas, Venezuela, 2 y 3 de julio del 2007. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5577.pdf?view>.
- Organización de las Naciones Unidas (onu), Asamblea General. Res. 217A (III), Declaración Universal de Derechos Humanos, Doc. A/810, 10 de diciembre de 1948.
- . Res. 2200A (XXI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 14668 UNTS 999, p. 171, 16 de diciembre de 1966.
- . Resolución 45/158, Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 39481 UNTS 2220, 3, 18 de diciembre de 1990.
- Pelacani, Gracy, Carolina Moreno V., Laura Cristina Dib-Ayesta y Mairene Tobón Ospino. “Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. *Informes CEM. Informe 3-2021*, (2021). <https://migracionderecho.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Informe-CEM-3-Estatuto-Temporal-de-Proteccion-para-Migrantes-Venezolanos-reflexiones-de-una-politica-de-regularizacion-migratoria-2.pdf>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Aplicación 25498/94. Caso Messina c. Italia (N.º 2), 28 de septiembre del 2000, Segunda Sección.

Jurisprudencia

C. Const., Sent. T-566, jul. 27/2007. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

- C. Const., Sent. T-515, may. 22/2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- C. Const., Sent. T-511, jul. 30/2009. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- C. Const., Sent. T-378, may. 23/2015. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- C. Const., Sent. T-078A, feb. 22/2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- C. Const., Sent. T-714, dic. 15/2016. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- C. Const., Sent. T-135, may. 4/2020. M. P. Carlos Bernal Pulido.

Normativa

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución 2/18. Migración Forzada de Personas Venezolanas.
- D. 117/2020.
- D. 216/2021.
- L. 65/1993.
- Res. 6349/2016, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).
- Res. 1845/2017, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res. 3167/2019, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res. 240/2020, Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Res. 0971/2021, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.
- Res. 2231/2021, Ministerio de Relaciones Exteriores.

**El retorno forzado:
una dinámica relevante
para Colombia en el proceso
de movilidad humana de
personas venezolanas
durante la pandemia de la
COVID-19**

Eduardo Trujillo Ariza

Resumen

La movilidad humana de personas venezolanas es el proceso de migración forzada y refugio más caudaloso de América. Esto ha traído numerosos retos, obstáculos y dinámicas que han tenido que sortear las personas en movilidad, los países de acogida y los sistemas internacionales de protección de derechos humanos en torno a esta crisis.

Durante el 2020, ante la pandemia mundial de la COVID-19, las clásicas dinámicas y tensiones entre población migrante forzada, los Estados de acogida y multilaterales han visto un fenómeno atípico: el retorno forzado de personas venezolanas a su país de origen, retorno motivado por la imposibilidad, por parte de la población migrante forzada, de mantenerse en territorio extranjero con las limitaciones de movilidad y trabajo ocasionadas por las medidas tomadas para prevenir la COVID-19 por los Estados.

La salida de países de acogida y el flujo en reversa hacia Venezuela, porcentualmente menor al de salida de ese país, ha generado situaciones que son consideradas como violaciones de derechos humanos y que imponen la necesidad de respuestas rápidas, eficientes y con enfoque de derechos. Tales respuestas deben darlas los países de tránsito en reversa y el propio Estado venezolano.

Finalmente, visto que las causas de la migración forzada de personas venezolanas solo se han agudizado durante la pandemia, es lógico predecir un reflujo de personas en movilidad, una vez se empiecen a levantar y cesen por completo las restricciones de movilidad entre países, impuestas por la pandemia.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.677>

1. La movilidad humana de personas venezolanas y el retorno durante la pandemia

Para el desarrollo de este artículo, referido al retorno forzado de personas venezolanas durante la pandemia de la COVID-19, un tema particular de la crisis de movilidad humana de nacionales de Venezuela, se ha hecho una investigación documental con análisis cualitativo y cuantitativo de la información recopilada sobre el problema desarrollado.

El proceso de movilidad humana de personas de nacionalidad venezolana durante los últimos tres años representa la crisis de migración forzada y refugio más grande del continente americano en su historia reciente. Muestra de lo dicho es que la plataforma conjunta de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), da cuenta de que en el 2022 hay más de seis millones de personas de nacionalidad venezolana en proceso de movilidad¹.

No es necesario repetir las vulnerabilidades a las que se enfrenta la población de nacionalidad venezolana en el tránsito a los Estados de acogida y las situaciones que posteriormente han de sortear en estos. No obstante, es importante resaltar que la crisis de movilidad humana de personas venezolanas es una crisis de migración forzada y refugio², con todas las implicaciones que ello conlleva, tales como la imposición de obligaciones internacionales a los Estados de acogida, para el debido tratamiento

1 "RMRP 2020 Dashboard", *Coordination Platform for Refugees and Migrants From Venezuela*, acceso el 25 de febrero del 2020, r4v.info, <https://r4v.info/es/situations/platform>.

2 Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *Plan regional de respuesta para refugiados y migrantes*, 6, <https://www.refworld.org/es/docid/5cbe52304.html>.

de esta población vulnerable como personas en necesidad de protección internacional.

La pandemia de la COVID-19 ha generado cambios súbitos en el mundo entero. Desde el punto de vista de los procesos de movilidad humana, una de las dinámicas que más resalta en pandemia, puntualmente en el caso de la migración forzada de personas venezolanas, ha sido el hecho del retorno forzado a su país de origen por parte de la población que inició el proceso de huida de Venezuela.

Sobre el retorno forzado, ya en junio del 2020 la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (Migración Colombia) daba cuenta públicamente de que, desde el inicio de la pandemia, más de 74 000 venezolanos habían retornado a su país por la frontera colombiana con Venezuela³.

La COVID-19 ha tenido impactos en el acceso, goce y garantía de derechos fundamentales de población venezolana en los Estados de acogida, lo que ha motivado el retorno forzado, como se analizará en este trabajo. A su vez, dicha dinámica ha generado impactos adicionales en derechos fundamentales de quienes han emprendido el regreso a su país de origen.

En el caso de movilidad humana de personas venezolanas, los impactos son evidentes; en el ámbito estatal se ha requerido una respuesta de Venezuela y también de Colombia. Por parte de Colombia se requieren respuestas, al ser este el país de tránsito y destino de la mayoría de los migrantes forzados venezolanos y, también, por ser el país de origen o tránsito de la mayor cantidad de personas que se han visto en la necesidad de retornar a Venezuela, en el marco de la crisis mundial derivada de la COVID-19.

Si hay algo que caracteriza el fenómeno de retorno de población venezolana a su país durante la pandemia es su atipicidad y, en sí mismo, pudiese pensarse que tal retorno es contradictorio con el espíritu de migración forzada y refugio. No obstante, la contradicción es una premisa errónea, ya que si algo demuestra el retorno de personas venezolanas en pandemia a su país, es su alto grado de vulnerabilidad.

Aunque resulte extraño que quienes han huido de Venezuela por millones estén retornando por miles durante la pandemia, no es una situación del todo inesperada. Debe recordarse que miles de personas venezolanas en países de destino dependen lo que producen diariamente para mantenerse; la movilidad y el trabajo se han reducido durante la pandemia, generando este fenómeno.

La fragilidad de la población migrante forzada venezolana se ha puesto en evidencia durante la pandemia. Algunas de estas personas no han

3 Natalia Prieto, "Suspenden corredores humanitarios para el retorno de venezolanos", *Semana, Proyecto migración Venezuela*, 10 de junio del 2020, <https://migravenezuela.com/web/articulo/migracion-colombia-suspende-corredores-humanitarios-para-el-retorno-de-venezolanos/1951>.

tenido más opción que regresar temporalmente a Venezuela, en donde se agudizan las necesidades humanitarias mientras cesan las restricciones devenidas ante la realidad de la COVID-19.

2. Contextualización de la crisis de migración forzada y refugio

La crisis de migración forzada y refugio generada en Venezuela obedece a una serie de causas estructurales que han obligado, durante los últimos años, a importantes cantidades de personas venezolanas a emprender la huida.

Venezuela es un país en emergencia humanitaria compleja, es decir, un país en el que existe una combinación de inestabilidad política, conflictos y violencia, desigualdades sociales y una pobreza subyacente⁴. Tal escenario ofrece pocas opciones a quienes menos recursos económicos tienen.

Las causas que de manera preponderante han generado el proceso de huida masiva de personas de nacionalidad venezolana a otros países, orbitan en torno a la imposibilidad de acceder a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La crisis de acceso a servicios públicos de calidad abraza actualmente a toda Venezuela, viéndose claramente menoscabada la posibilidad de acceder a servicios de salud pública, agua, electricidad, transporte, entre otros, lo que ha llevado a que prácticamente todos los habitantes de ese país hayan visto en mayor o menor medida comprometidos sus derechos a la vida, la integridad personal y la salud⁵. Del mismo modo, el sistema económico de ese país hace que el acceso a medicamentos y alimentos sea prácticamente un lujo para importantes porciones de su población, haciéndose complicada la vida diaria.

Paralelamente al entorno antidemocrático en el que ocurren graves violaciones de derechos humanos existen motivos razonables para considerar que se han cometido crímenes internacionales⁶, en los que destacan desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, torturas, así como tratos crueles, inhumanos y degradantes, todos motivos

4 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO), *Emergencias complejas*, acceso el 14 de octubre del 2020, <http://www.fao.org/emergencias/tipos-de-peligros-y-de-emergencias/emergencias-complejas/es/#:~:text=Una%20emergencia%20compleja%20es%20una,sociales%20y%20una%20pobreza%20subyacente>.

5 "CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos", OEA, 8 de mayo del 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.

6 Misión Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, *Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo. Conclusiones detalladas de la misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, 15 de septiembre del 2020, https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2020/09/FFM-A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf.

de peso para que una gran cantidad de personas de nacionalidad venezolana hayan decidido emprender la huida de dicho país.

El análisis y subsunción del concepto tradicional de refugio para personas que han sido víctimas de violaciones típicas de derechos civiles y políticos es relativamente sencillo. Sin embargo, en Venezuela, situaciones como la falta de acceso a medicamentos para tratar patologías, la imposibilidad de obtener una atención adecuada en el sistema público de salud, la crisis alimentaria o el demoledor efecto de una economía derruida, son grandes motivadores del proceso de migración forzada y movilidad humana de personas venezolanas en los últimos años.

Puntualmente, con respecto al estado de la economía, por ejemplo, a septiembre del 2020 jubilados recibieron dos dólares al cambio del día como su ingreso mensual; otro ejemplo es que un salario mínimo en Venezuela representa tres dólares al mes para esta misma época, lo que claramente impide a las personas trabajadoras de ese país, que solo cuentan con ese ingreso, costear los gastos mínimos de vida.

La migración forzada por vía terrestre es a la que la mayor parte de la población venezolana en movilidad ha acudido. Actualmente, existen reportes que dan cuenta de que Argentina, Brasil, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Estados Unidos, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Uruguay son los países que concentran la mayor cantidad del flujo de personas provenientes de Venezuela⁷. Colombia, Perú y Chile, en ese orden, son los países que mayor cantidad de personas venezolanas han acogido en sus territorios⁸.

Estados y organismos multilaterales se han manifestado al respecto y, en consecuencia, muchos de los países de acogida desplegaron planes de política pública para la atención de esta población. Más allá del esfuerzo relatado, muchos países de acogida han otorgado soluciones temporales y no permanentes en beneficio de esta población vulnerable, que es susceptible de protección internacional, ya que las causas que han motivado su migración forzada encuadran en la definición ampliada de refugio contenida en la Declaración de Cartagena⁹.

Desde el punto de vista de los multilaterales, y del sistema de protección de Naciones Unidas puntualmente, la creación de la plataforma Response for Venezuelans (R4V)¹⁰ ha servido para aglutinar respuestas de

7 Ligia Bolívar, *Crisis migratoria venezolana y responsabilidad de los Estados* (Provea, 2020), 7, <https://www.derechos.org/ve/web/wp-content/uploads/MigracionLigia-1.pdf>.

8 Colombia alberga 1 764 883 nacionales venezolanos, en Chile y en el Perú residen entre 455 494 y 1 043 460, respectivamente. Cifras tomadas de Migrantes y refugiados de Venezuela, *Todos los días, al menos 5 mil venezolanos huyen del país*, acceso el 14 de octubre del 2020, <https://movilidadvenezuela.ucab.edu.ve/>.

9 Declaración de Cartagena sobre Refugiados (Colombia, 22 de noviembre de 1984), conclusión tercera.

10 "RMRP 2020 Dashboard", <https://www.r4v.info/es/home>.

protección entre el ACNUR y la OIM, así como para plantear procesos de reflexión entre países de acogida y posibles donantes para la atención de la crisis. Sin embargo, hasta el momento han sido insuficientes para mitigar la situación.

Las causas de la migración forzada de personas venezolanas no han cesado, permanecen incólumes y, de hecho, se han agravado durante los meses de la pandemia. Si bien las causas siguen allí presentes, las restricciones de movilidad durante el primer semestre del 2020 hicieron disminuir la cifra de egresos y se dio el atípico fenómeno del retorno forzado.

Dicho fenómeno se califica como atípico porque rompe, al menos temporal y parcialmente, con la dinámica emigratoria producida desde territorio venezolano y ha evidenciado un extraño flujo en reversa hacia ese país.

3. Las causas del retorno forzado

La covid-19 ha generado cambios profundos en los hábitos y costumbres de la mayoría de los países alrededor del mundo, por la tasa de mortalidad que implica el virus y la inexistencia, hasta el momento, de una forma en la que se evite casi por completo la propagación de la enfermedad.

Los efectos de las nuevas dinámicas sociales en pandemia han sido muy variados. En materia de procesos de movilidad humana, los cierres de frontera, las restricciones de tránsito aéreo y terrestre, junto con la paralización de muchas actividades productivas ante el riesgo de contagios masivos y rebrotes del virus, han causado impactos en estas poblaciones vulnerables que se encuentran en procesos de movilidad. Específicamente, en el caso de la población de nacionalidad venezolana forzada a migrar, durante los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2020 se evidenció un proceso de retorno forzado a su país de origen¹¹.

Buena parte de la población venezolana en países de acogida como Colombia, Perú, Ecuador, Chile y Brasil, son personas que con los ingresos que generan día a día logran pagar sus gastos mínimos y esenciales de vida, por lo que las restricciones de movilidad y el establecimiento de cuarentenas obligatorias generó, en algunos casos, desalojos de los sitios de vivienda en los que habitaban, debiendo algunas de ellas emprender un proceso de retorno forzado a su país de origen. La ausencia de ahorros y la imposibilidad de trabajar en el marco de estados de excepción, ha obligado a miles de personas venezolanas a repensar, al menos temporalmente, su estadía en los países de acogida.

11 Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *El espejismo del retorno, violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de covid-19*, agosto del 2020, http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/El%20espejismo%20del%20retorno%20FIN.pdf.

El proceso de retorno masivo de ciudadanos de nacionalidad venezolana hacia Venezuela es multicausal, pero no es impreciso acotar que la paralización de economías y las restricciones de movilidad impidieron a esta población acceder a ingresos mínimos que les permitieran subsistir sin trabajar durante el tiempo en el que, de forma más estricta, se mantuvieron las restricciones en la pandemia.

Según cifras de Migración Colombia, se estima que aproximadamente 106 000 personas han emprendido un proceso de retorno forzado a suelo venezolano hasta el 11 de septiembre del 2020¹². Esta cifra, cuando se compara en términos porcentuales con los más de 5 000 000 de personas venezolanas en proceso de movilidad, representa tan solo un 2 %; sin embargo, en términos de necesidades de atención, ha sido un importante reto tanto para Colombia como para Venezuela.

Un informe de Human Rights Watch¹³, publicado en octubre del 2020, documenta que más de 130 000 personas venezolanas debieron regresar a su país en el periodo mencionado, generándose en su contra una serie de restricciones a derechos, en mayor medida al ingresar a territorio venezolano, como se explicará más adelante. El retorno de esta población es forzado porque carece del elemento volitivo para el traslado de regreso, y es un efecto de las circunstancias a su alrededor y de la fragilidad de su estancia en los países que los han recibido, habida cuenta de que prácticamente ninguno de esos migrantes forzados venezolanos, hoy retornados, habitaba en lugares propios, siendo la mayoría de ellos inquilinos.

De igual forma, la estancia temporal en Venezuela les permite a sus nacionales retornados reducir el costo de vida, cuyos gastos para vivir en el exterior —como el arriendo de vivienda— resultan ser más elevados que en su país de origen, pues allí muchos de ellos aún pueden guarecerse en sus hogares propios o de familiares.

Es posible afirmar que el retorno de estas personas a Venezuela es atípico, no voluntario y, además, resulta ser temporal, puesto que no existe vocación de permanencia en su país de origen, en vista de las depauperadas condiciones estructurales en las que actualmente se encuentra, lo que limita la posibilidad de acceso a servicios y derechos de las poblaciones más vulnerables.

4. El derecho de acceso al territorio

La posibilidad de acceder al territorio del que se es nacional o en el que se es residente legalmente es un derecho, tal como lo prevé el derecho internacional de los derechos humanos, según se precisará más adelante.

12 “Cifra de migrantes sigue en descenso”, *La opinión*, 11 de septiembre del 2020, <https://www.laopinion.com.co/frontera/cifra-de-migrantes-sigue-en-descenso-202415>.

13 “Venezuela: Abusos contra retornados”, *Human Rights Watch*, 13 de octubre del 2020, <https://www.hrw.org/es/news/2020/10/13/venezuela-abusos-contra-retornados>.

En materia de refugio, el derecho de acceso al territorio no tiene requisitos para materializarse; por el proceso de huida en el que se encuentra la persona refugiada, esta merece la protección internacional del Estado receptor y, en consecuencia, debe permitírsele el acceso al territorio.

Por otra parte, en cuanto al retorno forzado de personas venezolanas a su país, el enfoque de análisis del derecho de acceso al territorio es el primero, es decir, la posibilidad de acceder sin mayores restricciones al país del que se es nacional o residente.

Tradicionalmente, en el marco de la crisis de movilidad humana de nacionales venezolanos, el análisis de este derecho se ha dado del modo contrario, es decir, se aborda cómo una persona, en necesidad de protección internacional, tiene el derecho de acceder al territorio de un país del que es extranjero, en virtud de su especial condición de vulnerabilidad, que activa el fuero protector de los Estados frente a esos individuos.

Tan vigente es tal discusión que, con respecto a ciudadanos de nacionalidad venezolana, recientemente la Corte Constitucional ecuatoriana realizó una revisión de casos en los que funcionarios de ese país hicieron expulsiones de personas venezolanas, sin verificar su situación fáctica ni permitir se ofreciera la debida protección internacional que merecían¹⁴. En tales casos, no se permitió el acceso de estas personas a territorio ecuatoriano.

Ahora, en el caso del retorno forzado, es el propio Estado venezolano el que ha sido señalado de impedir el acceso al territorio de sus nacionales que intentan ingresar por vía terrestre desde sus fronteras con Colombia y Brasil¹⁵.

Como se mencionó, el retorno al país del que se es nacional o residente es un derecho establecido en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y como derecho debe ser entendido; por tanto, las limitaciones de este deben ser estrictamente justificadas¹⁶, proporcionales y razonables.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos son varios los tratados que configuran el derecho al retorno en sí mismo, o lo plantean como un derecho de acceso a territorio por parte de nacionales y residentes del país que se trate. A continuación, se mencionan algunos tratados en los que puede apreciarse este derecho en cualquiera de las dos configuraciones mencionadas:

14 El 26 de febrero del 2019 y el 13 de marzo del mismo año fueron deportadas de manera inmediata y *de facto* 22 y 7, respectivamente, personas de nacionalidad venezolana que ingresaron vía terrestre a Ecuador. Al respecto, véase: Corte Constitucional del Ecuador; "Audiencia sobre Acumulados-Sentencias emitidas dentro de las acciones de protección, seguidas por la Defensoría del Pueblo en Carchi, en contra de la Ministra del Interior y del Procurador General del Estado, por presunta expulsión masiva de migrantes/TI, celebrada el 30 de junio del 2020", acceso el 30 de junio del 2020, <https://www.facebook.com/573997256069183/videos/295123584870461/>.

15 Reuters Staff, "Colombia denuncia que Venezuela impide ingreso de sus nacionales por puente fronterizo", *Reuters*, 21 de agosto del 2020, <https://la.reuters.com/article/idLTAKBN25H1VG>.

16 Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).

- En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se expresa que nadie puede ser privado arbitrariamente de su derecho de entrar a su propio país¹⁷.
- En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se prevé no solo el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, sino también el derecho de regresar a su país¹⁸.
- En el marco de los procesos de reunificación familiar, el artículo 10 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁹ establece la obligación de los Estados parte del tratado de atender de manera positiva, humanitaria y expeditiva solicitudes de ingreso a su territorio de niños, niñas y adolescentes, lo que es perfectamente aplicable en casos de retorno.
- Por su parte, en la Convención Americana de Derechos Humanos se establece de igual forma el derecho de los nacionales de su país en que no se les prohíba el ingreso a su territorio²⁰.

La citada normativa evidencia cómo en el *corpus iure* del derecho internacional de los derechos humanos el retorno o el acceso a territorio de nacionales y residentes es un derecho consagrado en los tratados y, en consecuencia, no puede ser menoscabado por los Estados, salvo que exista una causa de justificación temporal y proporcional para ello.

El acceso al territorio tiene un sustrato en los tratados internacionales y además puede ser tutelado como un presupuesto del derecho a la igualdad ante la ley, en el caso puntual de las personas retornadas venezolanas a su país de origen.

La idea de violación del derecho a la igualdad ante la ley radica en que, a personas de la misma nacionalidad, el Estado venezolano está dando un trato desigual al impedir a algunos el acceso al territorio del que son nacionales. Al momento de imponerse la restricción de entrada, además de no observarse normas de derecho internacional de los derechos humanos, se impone un plano de desigualdad entre los propios nacionales venezolanos.

17 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12, num. 4: "Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país".

18 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5, literal d: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

d) Otros derechos civiles, en particular:

i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;

ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

19 Convención de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989).

20 Convención de los Derechos del Niño, art. 22, num. 5: "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo".

5. Medidas implementadas por los países receptores como Colombia para atender el fenómeno del retorno

En el caso del retorno masivo de personas venezolanas durante la pandemia Colombia ha tenido un protagonismo importante, ya que es en su territorio donde se realizan la mayoría de los desplazamientos tendientes al regreso hacia Venezuela y es a través de la frontera colombo-venezolana donde se ha dado la mayoría de los ingresos a Venezuela de población retornada, por pasos legales y por las conocidas “trochas” o pasos ilegales fronterizos de acceso.

Puntualmente, en cuanto a la respuesta del Estado colombiano, se puede indicar que esta en gran medida ha sido favorable al no impedir la movilidad y propende a brindar atención a las necesidades humanitarias de esta población que en movilidad ha retornado a Venezuela. Sin embargo, en distintos momentos del 2020 se observaron procedimientos enfocados en la restricción de derechos, específicamente el de la movilidad de la población en tránsito. Tales restricciones han estado fundadas en el temor de la propagación del virus.

Por ejemplo, en abril del 2020, el alcalde de Cali, el señor Jorge Iván Ospina, expresó la necesidad de un bloqueo sanitario en la ciudad, ante el ingreso de personas de nacionalidad venezolana provenientes de Ecuador²¹. También en ese mes, Migración Colombia expresó que “aquellos ciudadanos venezolanos que sean sorprendidos violando la medida de aislamiento obligatorio sin ningún tipo de autorización serán sujetos de sanciones administrativas y penales”²².

Colombia también tuvo que suspender los corredores humanitarios para el retorno de población venezolana ante las restricciones de acceso impuestas por las autoridades de ese país²³, lo que indudablemente forzó el paso por trochas, vistos los cuellos de botella formados en los pasos fronterizos colombo-venezolanos autorizados por ambos Estados.

Por la congestión en la frontera, específicamente en el estado de Táchira en Venezuela, aunque realmente se debió a la ineficacia en la respuesta sanitaria al fenómeno del retorno, la frontera estuvo cerrada en agosto del 2020²⁴ y sigue siendo susceptible de ser cerrada en nuevas oportunidades.

21 “Alcalde de Cali ordenó bloqueo para paso de migrantes desde Ecuador”, *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 21 de abril del 2020, <https://migravenezuela.com/web/articulo/alcalde-de-cali-ordeno-bloqueo-para-paso-de-migrantes-desde-ecuador/1845>.

22 “No podemos permitir que la salida desordenada de venezolanos ponga en riesgo al país”, *Migración Colombia*, 29 de abril del 2020, <https://www.migracioncolombia.gov.co/noticias/265-abril-2020/no-podemos-permitir-que-la-salida-desordenada-de-venezolanos-ponga-en-riesgo-al-pais>.

23 Prieto, “Suspenden corredores humanitarios”.

24 Proyecto Migración Venezuela, “Venezuela suspende retorno de migrantes por el puente Simón Bolívar”, *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 20 de agosto del 2020, <https://migravenezuela.com/web/articulo/venezuela-suspende-retorno-de-migrantes-por-el-puente-simon-bolivar/2102>.

Es esa una situación que ralentiza el reingreso de población venezolana en condición de vulnerabilidad a sus propios hogares o a los de sus familiares a lo largo y ancho de la geografía de ese país.

Con respecto al retorno forzado durante la pandemia, Colombia intentó organizar este proceso con la emisión de unas instrucciones que debían seguir las personas situadas en Colombia y con deseos de regresar a Venezuela. Los pasos por seguir planteados por las autoridades colombianas fueron los siguientes:

1. Contactar y manifestar el deseo de regresar a la policía o el alcalde de la zona donde vive.
2. La autoridad debe comunicarse con Migración Colombia para manifestar la necesidad de los venezolanos que están interesados en regresar a su país.
3. Las alcaldías y Migración Colombia organizan el retorno de los venezolanos a un punto de frontera²⁵.

La masividad del retorno, que llegó a las cifras enunciadas anteriormente (más de 130 000 personas), hizo necesaria la planificación y la respuesta de las autoridades colombianas, resumida en las citadas instrucciones, aun a sabiendas de los represamientos que luego estaban ocurriendo en la frontera con Venezuela ante las limitaciones de acceso al territorio impuestas por autoridades de ese país.

El retorno forzado ha sido un proceso infortunado para quienes lo han padecido, aunque la labor de Migración Colombia ha sido útil para mitigar los efectos dañinos de ese fenómeno durante la estancia de estas personas en frontera. No obstante, es posible afirmar que las autoridades colombianas no previeron lo que luego sucedería a muchos venezolanos que efectivamente ingresaron a su país y recibieron una indebida respuesta por parte de su Gobierno, ante su regreso en el marco de la pandemia derivada por la COVID-19.

6. La respuesta del Estado venezolano: estigmatización de la población retornada

Venezuela, en el marco de un estado de excepción especial durante la pandemia dictado inicialmente bajo el Decreto 4160 del 13 de marzo del 2020^[26],

25 Res. 1265/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, art. 2, "Tres pasos deben cumplir los venezolanos que desean regresar a su país desde Colombia, aquí los presentamos", *Globalizate Radio*, 14 de mayo del 2020, <https://globalizateradio.com/2020/05/14/todo-venezolano-que-quiere-regresar-a-su-pais-desde-colombia-debe-cumplir-tres-pasos/>.

26 Decreto 4160 del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, 13 de marzo del 2020, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* 6519 Extraordinario.

mediante el cual legalmente pueden limitarse derechos fundamentales, salvo aquellos considerados como intangibles, ha restringido durante la pandemia el ingreso de sus nacionales y residentes a su territorio, tomando una serie de medidas tendientes a salvaguardar la salud pública y a evitar la propagación del virus en ese país. Sin embargo, más allá de lo anunciado en el marco de esa actuación, son varios los derechos fundamentales que se han violado a la población venezolana retornada, haciéndoles ver una cruenta realidad no esperada al momento de emprender el regreso a su país.

En el ámbito jurídico, el Estado venezolano dictó la Resolución 090 del 1.º de junio del 2020²⁷, en la que estableció la normativa sanitaria de responsabilidad social ante la pandemia. En ese documento se establece la vigilancia epidemiológica en aeropuertos, puertos y pasos fronterizos²⁸. Allí también se decreta la obligación de que a toda persona que ingrese a territorio nacional se le haga una prueba rápida de despistaje y, de ser posible, una prueba de reacción en cadena de la polimerasa o PCR.

De igual forma se previó que quien ingrese a ese país debe permanecer en aislamiento obligatorio por catorce días desde el momento de su entrada, en los llamados Puntos de Asistencia Social Integral (PASI) de frontera. En caso de resultar positivo en la primera prueba del virus, la persona en teoría debía ser trasladada a un centro de salud para el inicio del tratamiento, así como tener vigilancia médica estricta con identificación y abordaje de todos los contactos que ha tenido²⁹.

El flujo de población retornada bajo análisis es la que regresa por vía terrestre, razón por la que no se hace mención a las medidas tomadas para el ingreso de vuelos a territorio venezolano, aunque cabe destacar

27 Resolución Número 090. Ministerio del Poder Popular Para la Salud. Mediante la cual se establece la normativa sanitaria de responsabilidad social ante la pandemia denominada Coronavirus (COVID-19), con el objeto de mitigar y erradicar los contagios del virus dentro del territorio nacional (GO 41.891 del 1.º de junio del 2020), http://sacs.gob.ve/site/images/normativa/circulares/Generales/GO_41891.pdf.

28 Artículo 12: "A los efectos de esta Resolución, el Ministerio del Poder Popular para la Salud, priorizará y mantendrá activa en cualquier fase de la emergencia nacional por el COVID-19, la vigilancia epidemiológica en aeropuertos, puertos y pasos fronterizos. En consecuencia, para la vigilancia epidemiológica y atención oportuna, que establece esta Resolución, deberá atenderse conforme con lo siguiente:

1. Toda persona que ingrese al país, independientemente de su país de origen, debe ser evaluado en el punto de entrada, se le realizará de manera obligatoria la prueba rápida de despistaje de COVID-19 y, de ser posible, tomar muestra para PCR de manera gratuita y como garantía al derecho a la salud existente en la Constitución Bolivariana de Venezuela, como modelo histórico social.
2. Debe permanecer en aislamiento obligatorio, cuarentena estricta, por 14 días desde el momento de su ingreso en los Puntos de Asistencia Social Integral (PASI) de frontera, de forma supervisada por las autoridades locales, y el equipo de salud. En caso de resultado positivo, la persona será trasladada a centro de salud para inicio de tratamiento y vigilancia médica estricta con identificación y abordaje de todos los contactos.
3. En todas las fases de la emergencia nacional del COVID-19 se continúa con el proceso de pesquisa".

29 Resolución 090, 1.º de junio del 2020, mediante la cual se establece la normativa sanitaria de responsabilidad social ante la pandemia denominada Coronavirus (COVID-19) (GO 41.891 del 1.º de junio del 2020).

que las medidas de cierre del espacio aéreo para vuelos comerciales regulares estaría restringido al menos hasta noviembre del 2020, con posibles extensiones subsiguientes.

Como se sabe, la mayoría de las personas retornadas ingresan a Venezuela por vía terrestre desde Colombia, como lo indicó la coordinación de agencias de Naciones Unidas en Venezuela, en su plan intersectorial de preparación y atención a la covid-19³⁰.

Lo anterior ha sido la respuesta formal de Venezuela al fenómeno del retorno masivo de ciudadanos a su territorio; sin embargo, en el marco de esa respuesta tendiente a evitar la propagación del virus, los PASI y las prácticas de represamiento de población en las líneas de frontera han implicado la vulneración de derechos fundamentales que van más allá del simple acceso al territorio.

Resulta necesario destacar el proceso de estigmatización que han sufrido quienes han ingresado a territorio venezolano durante los primeros ocho meses de pandemia, incluso promovido y aupado por autoridades del Gobierno nacional, estatal y municipal, junto con quien ostenta el cargo de Fiscal General de la República, en las que se les llegó a calificar como “armas biológicas”³¹. Como se mencionó, las restricciones en el número de ingresos diarios han favorecido el acceso a territorio venezolano por pasos no autorizados, en los que se han incrementado las vulnerabilidades de los caminantes que pretenden ingresar, no solo por las condiciones de una peligrosa frontera, sino por la equivocada estigmatización que han impulsado funcionarios venezolanos.

La igualdad ante la ley implica un tratamiento igual por parte de las autoridades estatales entre los iguales y un tratamiento desigual entre desiguales. Sobre esa premisa, los conceptos de *grupos vulnerables* y *discriminaciones positivas* en materia de derechos humanos han tenido importantes avances en los últimos veinte años.

El derecho de acceso de nacionales y residentes a territorio venezolano es indubitable y, aunque en el marco de estados de excepción pueden ocurrir restricciones a este derecho, tales restricciones deben ser proporcionales. En el caso del fenómeno de retorno de venezolanos en el marco de la pandemia de la covid-19, la proporcionalidad implica que las restricciones de acceso a territorio por la pandemia y con el ánimo de evitar contagios masivos de la población no pueden mantenerse de forma férrea y por tiempo indefinido. Además, si se plantean acciones por seguir, como las cuarentenas obligatorias para acceder al territorio sin mayores restricciones desde el ámbito gubernamental, la prestación de derechos básicos durante la cuarentena es plena responsabilidad del Estado.

30 ONU, *Plan intersectorial de preparación y atención covid-19*, 2.ª ed. (abril, 2020), 4, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ven_covid-19_plan_intersectorial_2a_edicion_04102020.pdf.

31 CDH-UCAB, *El espejismo del retorno*.

De forma reprochable, funcionarios del Estado venezolano han calificado a estas personas como “trocheros”, con una connotación de adjetivo calificativo peyorativo, pero quizás lo peor es que se ha pretendido indicar, en medio de la pandemia, que estas son personas utilizadas por gobiernos vecinos como “armas biológicas” que acuden al país para infectar a la población.

En dos informes preparados por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, situada en Venezuela, se narra ampliamente cómo ha ocurrido este proceso de criminalización y estigmatización contra las personas retornadas a territorio venezolano³². De hecho, se precisa que esos pronunciamientos estigmatizantes realizados en alocuciones oficiales han generado en algunas comunidades de la frontera actitudes y acciones de rechazo, desprecio y descrédito hacia quienes regresan a su país³³.

La criminalización y la estigmatización llegaron hasta el punto de pretender hacer uso del derecho penal para castigar a quienes, en situación de vulnerabilidad, se vean compelidos a acceder a territorio por pasos terrestres no autorizados. De hecho, de manera pública el Estado venezolano anunció que estas personas serían recluidas en la distante cárcel de El Dorado, en el estado Bolívar³⁴.

Reprimir con el derecho penal estas conductas es inadmisibles y no puede ser tolerado. Lamentablemente, quienes han regresado forzadamente a Venezuela, han encontrado que el retorno en pandemia puede ser perseguido y penado caprichosamente por el Estado, lo que en sí mismo es una acción lesiva de derechos humanos.

Ya en el 2022, segundo año de pandemia, dicho comportamiento lesivo de derechos humanos por parte del Estado venezolano ha mutado; aunque la estigmatización y el uso del derecho penal ha disminuido o quedado de lado, miles de personas venezolanas que hacen movimiento pendular entre fronteras a pie, en virtud de los cierres temporales de estas, deben hacer largas caminatas para acceder a territorio colombiano, brasilero o venezolano.

No han cesado los hostigamientos, los malos tratos ni la corrupción por parte de funcionarios policiales, militares y administrativos venezolanos, que hacen las salidas y los ingresos demorados, difíciles e inhumanos para la población.

32 CDH-UCAB, *El drama de los retornados: de la revictimización a la criminalización*, http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/El%20drama%20de%20los%20retornados%20fin.pdf; cdh-ucab, *El espejismo del retorno*.

33 CDH-UCAB, *El espejismo del retorno*, 31.

34 *Ibid.*

7. La respuesta exigible a los organismos internacionales de protección

Puesto que el planeta aún está sufriendo los estragos de la covid-19, la situación del retorno forzado de personas venezolanas puede haber pasado desapercibida para organismos multilaterales y otros Estados distintos a los de acogida de la población migrante forzada y refugiada proveniente de Venezuela. La respuesta exigible a los organismos internacionales de protección ha de ser la de visibilizar la restricción de derechos de esta población, más vulnerable aún en tiempos de pandemia, y exigir a los Estados de tránsito y a Venezuela evitar la restricción de derechos de personas en proceso de retorno.

En el sistema regional de protección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado, en un comunicado emitido el 16 de mayo del 2020, el llamamiento a los Estados a garantizar los derechos de las personas venezolanas que regresan a su país durante la pandemia. Al respecto, en dicha nota, la Comisión resaltó las condiciones de vulnerabilidad de quienes están en proceso de retorno y puntualizó que esa situación afecta de manera desproporcionada a grupos sociales específicos: mujeres, niñas, niños y adolescentes y personas mayores migrantes, que se ven expuestos también a los riesgos de violencia y explotación a lo largo de sus itinerarios migratorios³⁵. Es también conocido que la Comisión ha dictado directrices a los Estados para proteger derechos humanos en pandemia, mediante sus resoluciones 1/20^[36] y 4/20^[37].

Por su parte, el sistema universal de protección de derechos humanos, el ACNUR, en una guía sobre derechos humanos de los migrantes en el marco de la propagación de la covid-19, indicó que los Estados deben considerar la suspensión temporal de los retornos forzados durante la pandemia³⁸.

Esa misma oficina, dirigida por la chilena Michelle Bachelet, en una reciente actualización oral de su informe sobre la situación de derechos humanos de Venezuela, rendido ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 25 de septiembre del 2020, precisó: “reconocer los esfuerzos de las autoridades hacia los migrantes venezolanos retornando al país. Sin embargo, me preocupa el discurso estigmatizador de algunas

35 “CIDH llama a los Estados a garantizar derechos de personas venezolanas que retornan a Venezuela ante la pandemia del COVID-19”, OEA, 16 de mayo del 2020, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/112.asp>.

36 CIDH. Resolución 1/2020. “Pandemia y derechos humanos en las Américas”.

37 CIDH. Resolución 4/2020. “Derechos humanos de las personas con COVID-19”.

38 Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *covid-19 and the Human Rights of Migrants: Guidance*, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants.pdf.

autoridades que responsabilizan de introducir la covid-19 en Venezuela, a los que retornan por cruces irregulares”³⁹.

La exigencia de salvaguarda de los derechos de la población retornada debe ser más contundente, ya que en el marco de su recepción, Venezuela ha materializado violaciones de derechos como la salud, la libertad personal, el acceso a territorio y la igualdad ante la ley, entre otros.

El enfoque de los Estados durante la pandemia debe ser de protección; sin embargo, no pueden emitirse medidas de protección que discriminen e impongan mayores condiciones de vulnerabilidad a ciertos grupos poblacionales, como es el caso de los migrantes forzados retornados.

8. La posibilidad del reflujo de personas retornadas

Aunque parezca extraño, a partir de las causas de la migración forzada de personas venezolanas, es razonable creer que este retorno forzado es temporal y solo limitado a las dificultades derivadas de la pandemia en los países de acogida.

Lo anterior implica que el retorno forzado es un fenómeno causal que puede revertirse, ya que las causas de la migración forzada venezolana, que son estructurales⁴⁰ en ese país, no han dejado de existir por la covid-19; de hecho, puede que se hayan profundizado aún más ante la paralización de actividades en Venezuela. Por tanto, lo que se califica como retorno forzado, se ha convertido desde septiembre y octubre del 2020 en un reflujo de personas retornadas y ha implicado la salida de Venezuela de nuevas personas que se incorporan al proceso de movilidad humana.

La prueba más evidente de lo anterior es que, según los conteos de la plataforma interagencial del ACNUR y la OIM en julio del 2020, aproximadamente 5 000 000 de personas venezolanas vivían en el extranjero y, para enero del 2022, esa cifra superó las 6 000 000 de personas.

De plantearse nuevos cierres por un agravamiento de la pandemia, es posible que se hagan visibles nuevos retornos forzados como el evidenciado en este trabajo. En el marco de esa dinámica, hay plena exigibilidad de derechos humanos frente a los Estados, los cuales han de garantizar procesos seguros de retorno sin indebidas restricciones de acceso al territorio a sus nacionales.

39 Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Actualización oral sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26295&LangID=5>.

40 Ligia Bolívar, *Perspectivas de la movilidad humana de personas procedentes de Venezuela para 2020*, (CDH-UCAB, 2020), l.

9. Causas del reflujo de personas venezolanas

Venezuela vive desde hace años una emergencia humanitaria compleja. Una prueba de ello es la presencia en el país, con un plan permanente de atención, de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de Naciones Unidas (OCHA). Aunque no hay un reconocimiento expreso de la crisis por parte del Estado, tácitamente existe ese reconocimiento en virtud de la presencia y la coordinación de Naciones Unidas en el país, que ha adelantado en los últimos dos años un plan de respuesta humanitaria.

Al disminuir las restricciones de movilidad en países vecinos o eliminarse estas por completo, seguramente ocurrirá un reflujo de retornados forzados que volverán a estar en la situación de migración forzada y refugio. Es perfectamente predecible que el caudal de movilidad humana de personas venezolanas aumentará, debido a que las causas estructurales de la migración forzada en Venezuela no han cesado; de hecho, se han incrementado.

La respuesta humanitaria con colaboración de Naciones Unidas ha sido insuficiente y, al ser una respuesta de estilo no suficiente, no ataca las causas estructurales de la crisis, que es un compendio de inestabilidad política, depauperación de servicios públicos por mala gestión y, también, ausencia de recursos económicos para la implementación de políticas públicas tendientes a mitigar esas causas. El acceso a alimentos y medicamentos, la prestación pública del servicio de salud y un salario mínimo dolarizado de un dígito, que impide a los más desposeídos afrontar sus gastos de vida, sigue siendo un impulso multicausal para la huida de Venezuela.

Una prueba de la hipótesis de reflujo de retornados ya se ha dado en Venezuela durante septiembre del 2020, en donde habida cuenta de una cierta flexibilización de restricciones en Colombia, ya se ven caminantes rumbo a ese país desde los estados venezolanos, quienes llevan consigo pocos enseres⁴¹ y los anhelos de mejora de su situación personal para evitar encontrarse con la muerte.

La represión a la disidencia tampoco se ha modificado, lo que contribuirá, aunque en menor número, a que otros venezolanos deban huir para evitar ser perseguidos por el Estado en un país donde no hay independencia judicial.

41 Florantinonia Singer; "Los caminantes venezolanos vuelven a migrar", *El País*, 18 de octubre del 2020, <https://elpais.com/internacional/2020-10-18/los-caminantes-venezolanos-vuelven-a-migrar.html>.

10. Proyecciones sobre el reflujo de personas venezolanas retornadas

Migración Colombia, en mayo del 2020, expresó públicamente que espera que al menos el 80 % de las personas retornadas vuelva a ese país cuando se termine la emergencia sanitaria derivada de la pandemia de la COVID-19^[42].

Es evidente que algunos retornados, aun cuando no ha finalizado la crisis de la pandemia, han tomado la decisión de emprender el camino hacia el extranjero nuevamente. Desde un punto de vista de proyecciones, es razonable creer que en la medida en que sean levantadas las medidas de confinamiento y se reinicie la actividad económica en los países de acogida, la mayoría de los retornados a Venezuela harán el proceso inverso y que, una vez retomada la normalidad, el flujo de más de 5 000 000 de personas venezolanas en proceso de movilidad humana aumentará.

Uno de los aspectos más dramáticos de esta situación es que los caminantes no inician su travesía a pie desde suelo colombiano o brasilero con *ánimo* de asentarse en esos países o usarlos solo como lugares de tránsito; ahora, las restricciones de movilidad existentes en Venezuela por la COVID-19 y la ausencia de combustible para vehículos, han obligado a que desde los estados venezolanos las personas empiecen a caminar con destino a la frontera, para luego continuar en el extranjero con su paso a pie.

El proceso de movilidad humana de personas venezolanas tuvo una pequeña pausa y un ligero retroceso durante la pandemia, que se ha reflejado en el retorno forzado; sin embargo, las dimensiones de la crisis humanitaria en Venezuela son tales que hay motivos razonables para creer que el flujo de salida desde ese país se incrementará en los años 2021 y 2022, reavivando la necesidad de respuestas de los países de acogida con soluciones prácticas, duraderas y que brinden verdadera protección internacional a una población que, en mayor medida, huye ante el temor fundado de que su vida corra riesgo en su país de origen.

Conclusiones

Por la fuerza de los hechos, la pandemia de la COVID-19 ocasionó una respuesta en los países de la región latinoamericana que, en el marco de la crisis de movilidad humana de personas de nacionalidad venezolana,

42 Proyecto Migración Venezuela, "Autoridad migratoria estima que el 80% de los retornados venezolanos volverá a Colombia", *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 28 de mayo del 2020, <https://migravenezuela.com/web/articulo/autoridad-migratoria-estima-que-el-80-de-los-retornados-venezolanos-volvera-a-colombia/1917>.

representa un atípico fenómeno de retorno forzado de dicha población a su país de origen.

Aunque en términos porcentuales la población retornada es de un dígito con respecto a la que salió de Venezuela, este flujo en dirección contraria durante la pandemia ha generado importantes retos para los países de tránsito y sobre todo para Colombia, al ser su frontera con Venezuela por la que se desplaza esta población principalmente.

La respuesta de las autoridades venezolanas frente a este fenómeno ha sido reprochable e insuficiente, al limitar el derecho de acceso al territorio de sus nacionales y residentes, con el añadido de generar procesos de estigmatización que han afectado a esta población, sin contar con las restricciones de acceso a otros derechos como salud, libertad personal y alimentación, que ha tenido que sufrir la población venezolana que efectivamente ha ingresado a su país.

La atipicidad de este retorno forzado va acompañado de una proyección factible de un efecto de reflujo de población retornada, una vez se flexibilicen las condiciones de tránsito y estadía en los países de acogida de la migración forzada venezolana, en el entendido de que muchas personas retornadas han emprendido ese regreso sin vocación de permanecer en su país, sino, por el contrario, con el deseo de redirigirse a los países de acogida, donde tienen mejores expectativas de desarrollo personal sin que esté en riesgo su integridad física o su vida.

Si bien en marzo del 2021 el Estado colombiano promulgó el Decreto 216, contenido del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal (ETPV)⁴³, en el que plantea un régimen de regularización especial para población venezolana en el país, el objeto de análisis de este artículo, el fenómeno del retorno forzado durante la pandemia, no guarda relación directa con dicho dispositivo legal, salvo por el hecho de que potenciales beneficiarios de ese decreto hayan sufrido la dureza del retorno narrado en líneas precedentes.

Finalmente, la generación del retorno forzado ha puesto de manifiesto la grave vulnerabilidad en la que se encuentran muchos migrantes forzados y refugiados venezolanos, que no tuvieron mayor alternativa que regresar temporalmente a su país de origen, ante la imposibilidad de sufragar los costos mínimos de vida en los países que los recibieron.

Lamentablemente la crisis de migración forzada y refugio venezolana es un asunto que seguirá ocupando la agenda de países latinoamericanos como Colombia, Brasil, Chile, Perú, Ecuador, Aruba, Panamá, Argentina, entre otros, por las vulnerabilidades de esta población que huye de una

43 D. 216/2021, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria", <https://www.migracioncolombia.gov.co/normas/por-medio-del-cual-se-adopta-el-estatuto-temporal-de-proteccion-para-migrantes-venezolanos-decreto-216-del-1-de-marzo-de-2021>.

emergencia humanitaria compleja en su país y es susceptible de protección internacional, de acuerdo con la definición ampliada de refugio prevista en la Declaración de Cartagena.

Referencias

- "Alcalde de Cali ordenó bloqueo para paso de migrantes desde Ecuador". *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 21 de abril del 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/alcalde-de-cali-ordeno-bloqueo-para-paso-de-migrantes-desde-ecuador/1845>.
- Bolívar, Ligia. *Crisis migratoria venezolana y responsabilidad de los Estados*. Caracas: Provea, 2018. <https://provea.org/publicaciones/investigaciones/informe-especial-crisis-migratoria-venezolana-y-responsabilidad-de-los-estados/>.
- Centro de Derechos Humanos Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). *El drama de los retornados: de la revictimización a la criminalización*. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/El%20drama%20de%20los%20retornados%20fin.pdf.
- . *Perspectivas de la movilidad humana de personas procedentes de Venezuela para 2020*. CDH-UCAB, 2020.
- . *El espejismo del retorno: violaciones a los derechos de los retornados a Venezuela durante la pandemia de COVID-19*. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/El%20espejismo%20del%20retorno%20FIN.pdf.
- "CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos", OEA, 8 de mayo del 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.
- "CIDH llama a los Estados a garantizar derechos de personas venezolanas que retornan a Venezuela ante la pandemia del COVID-19", OEA, 16 de mayo del 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/112.asp>.
- "Cifra de migrantes sigue en descenso". *La opinión*, 11 de septiembre del 2020. <https://www.laopinion.com.co/frontera/cifra-de-migrantes-sigue-en-descenso-202415>.
- "Home page". *Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela*. <https://www.r4v.info/es/home>.
- Migrantes y refugiados de Venezuela. *Todos los días, al menos 5 mil venezolanos huyen del país*. <https://movilidadvenezuela.ucab.edu.ve/>.
- Misión Independiente de Determinación de los Hechos de Naciones Unidas sobre la República Bolivariana de Venezuela. *Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo: Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2020/09/FFM-A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf.
- "No podemos permitir que la salida desordenada de venezolanos ponga en riesgo al país". *Migración Colombia*, 29 de abril del 2020. <https://www.migracioncolombia.gov.co/noticias/265-abril-2020/no-podemos-permitir-que-la-salida-desordenada-de-venezolanos-ponga-en-riesgo-al-pais>.
- Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *COVID-19 and the human rights of migrants: guidance*. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants.pdf.

- . *Actualización oral sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela del 25 de septiembre de 2020*. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26295&LangID=S>.
- Organización de Estados Americanos (oEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 27 de noviembre de 1969.
- Organización de las Naciones Unidas (onu). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948.
- . *Convención de los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989.
- . *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 4 de enero de 1969.
- . *Plan intersectorial de preparación y atención Covid-19*, 2.^a ed. (2020). https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ven_covid-19_plan_intersectorial_2a_edicion_04102020.pdf.
- . *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, 22 de noviembre de 1984.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO). *Emergencias complejas*.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php#:~:text=171%2C%20entrada%20en%20vigor%2023%20de%20marzo%20de%201976.&text=1.,desarrollo%20econ%C3%B3mico%2C%20social%20y%20cultural>.
- Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *Plan regional de respuesta para refugiados y migrantes*. <https://www.refworld.org/es/docid/5cbe52304.html>.
- Prieto, Natalia. “Suspenden corredores humanitarios para el retorno de venezolanos”. *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 10 de junio del 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/migracion-colombia-suspende-corredores-humanitarios-para-el-retorno-de-venezolanos/1951>.
- Proyecto Migración Venezuela. “Venezuela suspende retorno de migrantes por el puente Simón Bolívar”. *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 20 de agosto del 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/venezuela-suspende-retorno-de-migrantes-por-el-puente-simon-bolivar/2102>.
- Proyecto Migración Venezuela. “Autoridad migratoria estima que el 80% de los retornados venezolanos volverá a Colombia”. *Semana, Proyecto Migración Venezuela*, 28 de mayo del 2020. <https://migravenezuela.com/web/articulo/autoridad-migratoria-estima-que-el-80-de-los-retornados-venezolanos-volvera-a-colombia/1917>.
- República Bolivariana de Venezuela. Decreto 4160, 13/03/2020, go 6519 Extraordinario.
- Reuters Staff. “Colombia denuncia que Venezuela impide ingreso de sus nacionales por puente fronterizo”. *Reuters*, 21 de agosto del 2020. <https://www.reuters.com/article/colombia-venezuela-migrantes-idLTAKBN25H1VG>.
- “RMRP 2020 Dashboard”, *Coordination Platform for Refugees and Migrants From Venezuela*. <https://www.r4v.info/es/home>.
- Singer, Florantinonia. “Los caminantes venezolanos vuelven a migrar”. *El País*, 18 de octubre del 2020. <https://elpais.com/internacional/2020-10-18/los-caminantes-venezolanos-vuelven-a-migrar.html>.

“Tres pasos deben cumplir los venezolanos que desean regresar a su país desde Colombia, aquí los presentamos”. *Globalízate Radio*, 14 de mayo del 2020. <https://globalizateradio.com/2020/05/14/todo-venezolano-que-quiere-regresar-a-su-pais-desde-colombia-debe-cumplir-tres-pasos/>.

“Venezuela: Abusos contra retornados”. *Human Rights Watch*, 13 de octubre del 2020. <https://www.hrw.org/es/news/2020/10/13/venezuela-abusos-contra-retornados>.

Normativa

D. 216/2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución 1/2020.

_____. Resolución 4/2020.

Res. 1265/2020, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Resolución Número 090. Ministerio del Poder Popular Para la Salud. Mediante la cual se establece la normativa sanitaria de responsabilidad social entre la pandemia denominada Coronavirus (COVID-19), con el objeto de mitigar y erradicar los contagios del virus dentro del territorio nacional (GO 41 891 del 1º. de junio del 2020). http://sacs.gob.ve/site/images/normativa/circulares/Generales/GO_41891.pdf.

Las políticas migratorias y de asilo para la población venezolana: comparación entre Perú y Colombia

Cécile Blouin

Resumen

Durante los últimos cinco años, Perú y Colombia se han convertido en los principales países de recepción de la población venezolana que se ha desplazado. A pesar de la implementación de medidas para la regularización de esta población en ambos países, subsisten numerosos retos que deben ser analizados. Si bien el Perú se ha dotado de una nueva política migratoria, las idas y venidas de la política para la población venezolana y su paulatina criminalización demuestran la convivencia de una apertura relativa con un control migratorio omnipresente. Este capítulo compara también las respuestas desde el sistema de asilo, así como la protección complementaria para dar cuenta de la realidad incierta de la población solicitante de asilo en ambos países. Finalmente, se ofrece una primera mirada comparativa sobre los avances en la garantía de los derechos sociales, señalando el rol creciente de las cortes en la protección de los derechos de las personas migrantes.

* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.678>

Introducción

Antes del 2000, el Perú no era un país atractivo para la migración internacional. Se calcula que hasta antes del 2003 la cifra de personas extranjeras en el país no superaba las 20 000^[1]. Es a partir del segundo semestre del 2000 que se experimenta una reconfiguración de los corredores migratorios que convirtieron al país en uno de tránsito para personas de distintas nacionalidades, entre las que se destacan la cubana y la haitiana². En el 2007, 40 446 personas extranjeras residían en el país; para el 2012, esta cifra asciende a 89 320; se tiene además que entre los años 2007 y 2017 en el Perú había un total de 152 631 extranjeros residentes³. Asimismo, el Perú se consolidó también como un lugar de acogida para personas con necesidad de protección internacional. Si bien en el 2010 solamente 274 personas habían pedido ser reconocidas como refugiadas, en el 2015 había 401 personas y en el 2016 el número ascendió a 4343^[4].

Desde el 2016, el Perú se volvió uno de los principales países de destino en la región latinoamericana, con la llegada de un número sin precedentes de migrantes provenientes de Venezuela. Luego de Colombia, que acoge según cifras oficiales a más de 1,8 millones, el Perú es el segundo

- 1 Organización Internacional para las Migraciones (OIM). *Estadísticas de la Emigración Internacional de peruanos e Inmigración de Extranjeros, 1990 - 2012* (Lima: INEI, OIM, Superintendencia Nacional de Migraciones y MREE, 2013), <https://repositoryiom.int/handle/20.500.11788/1493>.
- 2 Tania Vásquez, Erika Busse y Izaguirre Lorena, *Migración de población haitiana a Perú y su tránsito hacia Brasil desde el año 2010* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2015), https://repositorio.iep.org.pe/bitstream/IEP/884/1/Vasquez_Migraciondepoblacion.pdf.
- 3 Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Superintendencia Nacionales de Migraciones (migraciones) y Ministerio de Relaciones Exteriores (MREE), *Estadísticas de la Emigración internacional de peruano e Inmigración de extranjeros, 1990-2017* (Lima: INEI, OIM, Superintendencia Nacional de Migraciones y MREE, 2018), https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1549/libro.pdf.
- 4 “Refugee data finder”, UNHCR, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download?url=kNA9>.

destino para esta población, con 1,3 millones de personas⁵. La migración venezolana, sin duda, convirtió al Perú en una nación de recepción masiva, un hecho sin precedentes para el país andino. Otro dato importante es el número de solicitantes de la condición de refugiado, que supera el medio millón, consolidando al país como el primer receptor de solicitantes de nacionalidad venezolana en el ámbito global⁶. Con lo anterior, vemos cómo se han reconfigurado los flujos en la región andina con nuevos destinos alcanzables y en cierta medida atractivos como el Perú, Colombia y Ecuador.

A la par de estos cambios en los flujos migratorios, en el caso peruano se vivió una etapa prolífica y compleja de idas y venidas en materia normativa desde el principio del 2000 con la adopción de normas relacionadas con el retorno, la implementación de la Ley del Refugio y recientemente la emisión de la Ley de Migración⁷. Asimismo, estas normas fueron acompañadas de políticas públicas como los Planes Nacionales de Derechos Humanos y la Política Nacional Migratoria 2017-2025⁸. En el caso colombiano, recientemente se cuenta con una ley migratoria, la Ley 2136 del 2021⁹. Sin embargo, a pesar de los aportes de la sociedad civil y las universidades en la construcción de una política integral que incluya enfoques fundamentales como el de derechos humanos¹⁰, la normativa adoptada no ofrece un marco integral de protección para la población migrante y refugiada. Deja además, en manos del Ejecutivo, en particular del Ministerio de Relaciones Exteriores y de Migración Colombia, el desarrollo material de la política pública migratoria.

Teniendo en cuenta el panorama descrito, este capítulo busca analizar el caso peruano en comparación con el caso colombiano. Para ello se

5 "Plataforma de coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela", ACNUR y OIM, <https://r4v.info/es/situations/platform>.

6 *Ibid.*

7 La Ley de Extranjería de 1991 estuvo vigente durante más de veinticinco años sin contar con un reglamento. El marco vigente es el Decreto Legislativo de Migraciones DL 1350 publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 7 de enero del 2017. Véase: Cécile Blouin, coord., *Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, 2017), https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/informe-alternativo-al-comite-de-proteccion-de-los-derechos-de-todos-los-trabajadores-migratorios-y-de-sus-familiares-peru/.

8 Cécile Blouin y Emily Button, "Addressing Overlapping Migratory Categories within New Patterns of Mobility in Peru". *Anti-Trafficking Review* 11, (2018): 69-84, <http://www.antitraffickingreview.org/index.php/atjournal/article/view/351/290>.

9 L. 2136/2021, "Por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la política integral migratoria del estado colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones".

10 Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento et al., *Documento de análisis al proyecto de ley número 036 del senado, por medio de la cual se establecen principios y marco regulatorio de la política integral migratoria del Estado colombiano*, 2020, <https://coljrs.net/wp-content/uploads/sites/14/2020/06/AnálisisProyLeyMigraciones2020.pdf>.

divide en tres partes: la primera, está dedicada al tema de la política migratoria para la población venezolana; la segunda, analiza el colapso del sistema de asilo en el caso peruano, y la tercera, presenta la situación del acceso a derechos sociales para las personas migrantes en ambos países. En cuanto a la metodología, es importante resaltar el carácter exploratorio del escrito, que no pretende presentar un análisis exhaustivo de las normativas¹¹, sino más bien destacar los puntos más relevantes y centrales, siguiendo los objetivos del libro en su conjunto.

1. La política migratoria peruana para la población venezolana: puntos de encuentro y diferencias con el caso colombiano

En el Perú, la política migratoria para la población venezolana ha sido cambiante, incierta, contradictoria y caracterizada por adoptar medidas temporales¹². De la bienvenida inicial a esta población a un giro (in)esperado hacia un mayor control, la agenda migratoria ha cobrado un lugar central en los últimos años. Prueba de ello son los numerosos proyectos de ley en el Congreso que buscan criminalizar la migración mediante mayor participación de la policía, implementar procedimientos de expulsión acelerados y la creación del delito por reingreso¹³.

El Perú adoptó su nueva Ley de Migraciones en el 2017 para alinearse con la tendencia regional suramericana que promueve un enfoque de derechos humanos en sus políticas migratorias¹⁴, y abandonar, por lo menos en parte, la visión basada en la seguridad nacional de la Ley de Extranjería de 1991. En la ley del 2017 se reconocen numerosos principios como el libre tránsito, el fomento de la regularización migratoria, el principio de unidad familiar, el principio de no criminalización de la migración irregular, entre otros¹⁵. Asimismo, el nuevo marco normativo reconoce la situación

11 Para un análisis comparativo de las normativas en América Latina véase: Natalia Caicedo Camacho, ed., *Políticas y reformas migratorias en América Latina* (Lima: Universidad del Pacífico, 2020).

12 En este primer apartado entiendo la política migratoria de forma restrictiva y no incluyo las disposiciones relativas a la protección de las personas refugiadas.

13 Cécile Blouin, coord., *Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Perú 2020* (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, 2020).

14 Pablo Ceriani Cernadas, *Migration Policies and Human Rights in Latin America: Progressive Practices, Old Challenges, Worrying Setbacks, and New Threats* (Global Campus of Human Rights, 2018), acceso el 10 de agosto del 2020, https://repository.gchumanrights.org/bitstream/handle/20.500.11825/629/PolicyBrief_LatinAmerica_ok.pdf?sequence=4&isAllowed=y; Diego Acosta y Luise Feline Freier, "Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America". *International Migration Review* 49, N.º 3 (2015): 659-696.

15 Título preliminar del Decreto Legislativo 1350.

de algunos grupos como de especial vulnerabilidad¹⁶, estableciendo la necesidad de adoptar medidas específicas para garantizar su permanencia regular. Por otro lado, la creación de la *calidad migratoria* “humanitaria” como una forma de protección complementaria¹⁷ para las personas que no han reunido los requisitos para acceder a la condición de asilado o refugiado es novedosa para el país.

No obstante estos avances, el marco normativo sigue presentando desafíos con más de veinte *calidades migratorias*¹⁸ (estatus migratorios o equivalente a visas en el caso colombiano) que implican una complejidad importante para la regularización migratoria. Otro punto preocupante es el relativo a las sanciones migratorias y la falta de garantías claras en casos de expulsiones, así como el rol preponderante de la Policía Nacional en la ejecución de sanciones¹⁹. Al igual que en otros países de la región, la visión de derechos y la de control migratorio coexisten y se complementan²⁰.

En el 2017, días antes de la aprobación de la Ley de Migraciones, el Gobierno peruano optó por crear el Permiso Temporal de Permanencia (PTP), mecanismo *ad hoc* de regularización migratoria. Un primer PTP fue dirigido a las personas extranjeras madres o padres de hijos/as peruanos/as

- 16 En este grupo se encuentran los pueblos indígenas; las víctimas de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes; las personas con discapacidad; las víctimas de violencia familiar y sexual; los niños y niñas y los adultos mayores y “otras personas que requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales”. DL. 1350, art. 11.
- 17 La idea de una “forma complementaria de protección” surge gracias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su complementariedad con el Derecho Internacional de los Refugiados. Para un análisis más profundo véase: Bhupinder S. Chimni, “The birth of a “discipline”: From refugee to forced migration studies”. *Journal of Refugee Studies* 22, N.º 1 (2009): 11-29, <https://doi.org/10.1093/jrs/fen051>. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la protección complementaria es “la protección que debe brindarse a toda persona que no siendo considerada refugiada o asilado, no puede ser devuelta al territorio de otro país en donde su vida o libertad peligre o en donde existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre del 2019), <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.
- 18 Es importante señalar que, según la normativa peruana, la calidad migratoria es “la condición que otorga el Estado Peruano al extranjero en atención a su situación personal o por la actividad que va a desarrollar en el territorio nacional” (DL. 1350, art. 28.2). La visa, por su parte, se define como “la autorización de una determinada calidad migratoria, otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de las Oficinas Consulares del Perú en el exterior” (DL. 1350, art. 27.1).
- 19 Cécile Blouin, coord., *Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, 2017), <http://cdn01.pucp.edu.pe/idehpucp/wp-content/uploads/2017/09/11234252/11-09-final-informe-al-comite-de-proteccion-trabajadores-migratorios.pdf>.
- 20 Eduardo Domenech, “Las migraciones son como el agua: Hacia la instauración de políticas de control con rostro humano. La gobernabilidad migratoria en la Argentina”. *Polis* 12, N.º 35 (2013): 1-20; Martha Cecilia Ruiz Muriel y Soledad Álvarez Velasco, “Excluir para proteger: la ‘guerra’ contra la trata y el tráfico de migrantes y las nuevas lógicas de control migratorio en Ecuador”, *Estudios Sociológicos* 37, N.º 111 (2019): 689-725.

menores de edad e hijos/as mayores de edad con discapacidad permanente²¹. Un segundo PTP fue dirigido específicamente a la población venezolana. Esta iniciativa fue celebrada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “el PTP representa un ejemplo para la región de cómo los Estados pueden proteger a migrantes en situación de vulnerabilidad a través de la regularización migratoria”²². El Perú fue, en ese entonces, uno de los primeros países en la región, junto con Brasil, en proponer una solución migratoria a la población venezolana. El PTP²³ permite permanecer en el territorio de forma regular por un año, acceder al mercado de trabajo y, después de este tiempo, tramitar un permiso de residencia mediante la calidad migratoria especial²⁴. Cabe mencionar que en la ley del 2017 se establece que tanto la Superintendencia Nacional de Migraciones como el Ministerio de Relaciones exteriores pueden emitir PTP para regularizar a las personas en situación de vulnerabilidad²⁵. Sin embargo, este permiso, definido como excepcional, no figura en el listado de *calidades migratorias* previstas por la ley, generando confusión para la población migrante.

Como se observa en la tabla 1, fueron varios los PTP adoptados para ofrecer una solución migratoria a la población venezolana en distintos momentos. La última modificación, en agosto del 2018, representa un retroceso importante ya que reduce su aplicación temporal, lo que genera consecuencias para las trayectorias de las personas venezolanas que intentaban llegar al Perú²⁶.

Desde el inicio, el PTP tiene importantes limitaciones. La principal es que es una categoría temporal que no permite acceder a un carné de extranjería, el documento de identidad para personas extranjeras en el país, por no ser considerada una calidad migratoria. No contar con este documento genera una serie de desafíos para el ejercicio de derechos que analizaremos en la tercera parte de este capítulo. En cuanto al acceso a este mecanismo, se observaron múltiples retos debido, entre otros, al colapso en las citas para Interpol y la larga espera para la obtención del documento ante Migraciones que generó la creación de un documento

21 Decreto Supremo 001-2017-IN del 3 de enero del 2017.

22 “CIDH saluda medidas para brindar protección a personas migrantes venezolanas en Perú y llama a Estados de la región a implementar medidas para su protección”, CIDH, 4 de abril del 2017, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/043.asp>.

23 Decreto Supremo 002-2017.

24 Resolución de Superintendencia 0000-043-2018-migraciones del 31 de enero del 2018, la Directiva “Lineamientos para la obtención de la calidad migratoria especial residente para personas de nacionalidad venezolana con permiso temporal de permanencia”.

25 DS 1350, art. 11.2.

26 Cécile Blouin y Luisa Feline Freier; “Población venezolana en Lima: entre la regularización y la precariedad”, en *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, editado por Luciana Gandini, Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto (México: UNAM, 2019), 157-184.

TABLA I.

Tipos de PTP²⁷

Núm.	Normativa	Plazos	Condiciones
PTP1	Decreto Supremo 002-2017-IN*, 3 de enero del 2017.	Ingreso al país hasta antes del 2 de febrero del 2017. Plazo de 120 días hábiles para presentar la solicitud.	Haber ingresado regularmente al país. Estar en situación irregular por vencimiento de la autorización de permanencia o, estando en situación regular, optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales.
PTP2	Decreto Supremo 023-2017-IN, 29 de julio del 2017.	Personas que ingresaron al país hasta el 31 de julio del 2017. Plazo de 120 días para solicitud.	Haber ingresado regularmente al país. Estar en situación irregular por vencimiento de su autorización de permanencia, o estando en situación regular optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales.
PTP3	Decreto Supremo 001-2018-IN, 23 de enero del 2018.	Personas que ingresaron al país antes del 31 de diciembre de 2018. Plazo hasta el 30 de junio del 2019.	Estar en situación irregular por vencimiento de su autorización de permanencia, o estando en situación regular optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales.
PTP4	Decreto Supremo 007-2018-IN, 19 de agosto del 2018.	Modifica los lineamientos del Decreto Supremo anterior al reducirlos plazos aplicables, tanto para el ingreso al país (hasta el 31 de octubre del 2018) como para presentarla solicitud del PTP (hasta el 31 de diciembre del 2018).	Estar en situación irregular por vencimiento de su autorización de permanencia, o estando en situación regular optar por el PTP. No tener antecedentes penales o judiciales en su país o en el exterior.

* Se publicó una fe de erratas al Decreto Supremo 002-2017-IN el jueves 5 de enero del 2017, en el *Diario Oficial El Peruano*.

Fuente: Blouin y Feline Freier; "Población Venezolana en Lima".

27 Diego Acosta, Cécile Blouin y Luisa Feline Freier; *La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas*, (Fundación Carolina, 2019), https://www.fundacioncarolina.es/dt_fc_03/.

provisional²⁸. Asimismo, los costos elevados del PTP, en especial para una población precarizada y vulnerable, imposibilitaron la regularización masiva²⁹.

Colombia, por su lado, no contó con una ley migratoria ni una política integral hasta agosto del 2021^[30]. Con ello, el país también ha ido adoptando normas por parte del Ejecutivo para regular la estadia de la población venezolana³¹. Al igual que en el Perú, se creó un mecanismo *ad hoc* de regularización migratoria para la población venezolana en distintos momentos: el Permiso Especial de Permanencia (PEP)³². El último PEP se encontraba habilitado entre el 15 de octubre del 2020 y el 15 de febrero del 2021 para aquellas personas venezolanas que sellaron su ingreso a Colombia antes del 31 de agosto del 2020. En el caso del PEP, este documento es gratuito, pero se exige el pasaporte sellado al ingreso para tramitarlo. No obstante, gran parte de la población venezolana no pudo y no puede en la actualidad acceder al PEP por no poder cumplir los requisitos, en especial la exigencia del pasaporte y el ingreso a territorio colombiano de forma regular³³. Como vemos, tanto el PEP como el PTP no equivalen a visas (caso colombiano) o calidad migratoria (caso peruano). Ello confirma la mirada temporal que ambos países tienen sobre la migración venezolana.

En el 2020, se adoptó un nuevo tipo de permiso: el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF)³⁴, permiso laboral gratuito creado por el Ministerio de Trabajo y Migración Colombia que se otorgaría, solamente, a aquellos ciudadanos venezolanos que se encuentran en Colombia y tienen una oferta formal de trabajo. Llama la atención la poca viabilidad de este permiso dada la realidad de un mercado laboral mayormente informal para la población migrante.

Como se observa, tanto en Colombia como en el Perú los mecanismos temporales conllevan limitaciones importantes. Por un lado, el carácter temporal y excepcional de estos permisos no permite dar una respuesta

28 Analí Briceño, Ander Alonso-Pastor, Yordi Ugaz y Carlos Enrique Godoy, *La Calidad Migratoria Humanitaria y su relación con los derechos de la población venezolana en el Perú* (2020), <https://equilibriumcende.com/calidad-migratoria-peru/>.

29 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF), *Laberintos de papel. Desigualdad y Regularización Migratoria en América del Sur*, 2020, <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/laberintos-de-papel-desigualdad-y-regularizacion-migratoria-en-america-del-sur/>; Blouin y Freier, "Población venezolana en Lima".

30 L. 2136/2021.

31 Carolina Moreno V. y Gracy Pelacani, "Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?". *Latin American Law Review*, N.º 05 (2020): 139-157.

32 Moreno V. y Pelacani, "Corte Constitucional colombiana". Para una síntesis de las medidas adoptadas por Colombia hasta el 2018 véase Acosta, Blouin y Freier, *La emigración venezolana*. Para un análisis actualizado revisar esta obra.

33 Moreno V. y Pelacani, "Corte Constitucional colombiana".

34 Decreto 117/2020. Creación del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF).

integral y duradera para la población venezolana; por otro lado, los numerosos requisitos para el acceso son barreras que han impedido una regularización masiva. En el caso colombiano, la mayoría de la población no cuenta con una condición regular³⁵. A diferencia de Colombia, que hasta hace poco no contaba con una ley migratoria integral, el Perú hubiera podido optar por los mecanismos más duraderos y protectores reconocidos por los distintos marcos normativos.

En el caso peruano, la relativa apertura a la migración por medio del *PTP* cambió paulatinamente desde el 2018, cuando el Estado empezó a adoptar una serie de medidas para restringir la migración de personas venezolanas y su acceso al sistema de asilo. La exigencia del pasaporte en agosto del 2018^[36] marca un hito en este giro restrictivo, teniendo en cuenta la imposibilidad para la gran mayoría de la población venezolana de acceder a este documento de viaje³⁷. Si bien se han dado excepciones para personas solicitantes de la condición de refugiado, menores de 18 años, personas gestantes en estado de vulnerabilidad y mayores de 65 años que presentaban un deterioro en su salud por el viaje, así como otros casos humanitarios excepcionales, estas no se aplican con criterios claros³⁸.

Frente a lo anterior, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDHH) y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela) interpusieron, el 3 de setiembre del 2018, un *habeas corpus* solicitando que se deje sin efecto el impedimento de ingreso a ciudadanos venezolanos que no cuenten con pasaporte porque dicha medida vulnera, entre otros, el derecho a la libertad de tránsito de las personas venezolanas y el derecho a solicitar refugio. El 5 de octubre del mismo año se declaró fundada en parte dicha demanda, se dejó sin efecto la resolución³⁹ y se determinó que en un plazo de treinta días se elabora un Plan Nacional Estratégico que regule la movilidad migratoria de ciudadanos venezolanos. No obstante, Migraciones y el Ministerio del Interior apelaron la sentencia argumentando que existían excepciones para

35 Moreno V. y Pelacani, "Corte Constitucional colombiana".

36 Resolución de Superintendencia 000270-2018.

37 Cécile Blouin, Génesis Vargas y Francisco Mamani. *Documento preparatorio para audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante 169º periodo de sesiones. Derechos Humanos de personas migrantes y refugiadas venezolanas en el Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya y Universidad del Pacífico, 2018, acceso el 11 de diciembre del 2020, https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/documento-preparatorio-para-audiencia-tematica-ante-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos-durante-169o-periodo-de-sesiones/.

38 Amnistía Internacional. *Buscando refugio: Perú da la espalda a quienes huyen de Venezuela* (Londres: Amnistía Internacional, 2020), <https://www.amnesty.org/es/documents/amr46/1675/2020/es/>.

39 Sentencia del Quinto Juzgado Penal para Procesos con Reos Libres del 5 de octubre del 2018. Exp. 06488-2018-01801-JR-PE-05, https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Exp.-06488-2018-0-1801-JR-PE-05-2-32-Legis.pe_.pdf.

la población en situación de vulnerabilidad⁴⁰, y el Poder Judicial, mediante un nuevo fallo, terminó revocando su dictamen anterior. La CNDDHH y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello apelaron esta decisión. En diciembre del 2021, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre este caso declarando fundada en parte la demanda⁴¹. El Tribunal pidió a Migraciones que a la hora de regular el ingreso de la población extranjera tome en cuenta todos los grupos vulnerables previstos en el artículo 11 de la Ley de Migración⁴². Sin embargo, el Tribunal no llegó a determinar que la exigencia del pasaporte es incompatible con las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos y las normas constitucionales del Perú, limitando su análisis a las excepciones a esta exigencia. Asimismo, el Tribunal no se pronunció sobre los límites de las políticas de control migratorio desde una perspectiva de derechos, con el argumento de que los Estados tienen prerrogativas para fijar sus políticas de ingreso y salida de personas extranjeras. Como sostiene Vargas, hubiera sido interesante que se debata este punto a la luz de las recomendaciones internacionales, como la Resolución 2/18 de la CIDH, la cual llamaba a expandir los canales de ingreso regular para esta población⁴³.

Con el requisito de la visa para el ingreso a territorio peruano establecido en junio del 2019^[44], el Perú dio un paso más en su enfoque restrictivo hacia la migración venezolana. De acuerdo con la regulación pertinente, mediante la presentación del pasaporte y de los antecedentes penales apostillados, la visa humanitaria se puede solicitar en un consulado peruano en Venezuela, Ecuador o Colombia de forma gratuita⁴⁵. No obstante, el requisito de presentar los antecedentes penales antes de entrar al país,

40 Génesis Vargas Canales, "Demanda de hábeas corpus contra la exigencia de pasaporte a personas venezolanas y sus retos para la justicia constitucional peruana". *Gaceta Constitucional*, N.º 140 (2019): 70-78.

41 Tribunal Constitucional. Sentencia (Pleno) 1007/2021 del 16 de diciembre del 2021.

42 El artículo establece la siguiente lista: (1) niños, niñas y adolescentes; adulto mayor; personas con discapacidad o que pertenecen a un pueblo indígena víctima de trata de personas y tráfico de migrantes; víctimas de violencia familiar y sexual, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales. La lista de excepciones prevista por Migraciones solo contempla los siguientes casos: menores de edad en tránsito hacia el Perú para reunirse con sus padres, que no cuentan con Cédula de Identidad o pasaporte sino únicamente con partida de nacimiento. De ser el caso, el adulto que lo acompaña debe contar con pasaporte; (2) mujeres embarazadas en situación de extrema vulnerabilidad en tránsito hacia el Perú y con Cédula de Identidad, y (3) adultos mayores, de más de setenta años, en tránsito hacia el Perú y con Cédula de Identidad.

43 Vargas, "Demanda de hábeas corpus".

44 Resolución de Superintendencia 000177-2019-MIGRACIONES.

45 Plataforma Digital Única del Estado Perú, "Obtener Visa para Ingresar al Perú", acceso el 15 de noviembre del 2019, <https://www.gob.pe/1063-obtener-visa-para-ingresar-al-peru-visa-humanitaria-para-ciudadanos-venezolanos>; Redacción RPP, "Martín Vizcarra: Desde el 15 de junio solo podrán ingresar al Perú venezolanos con pasaporte y visado", *RPP*, 6 de junio del 2019, <https://rpp.pe/politica/gobierno/martin-vizcarra-desde-el-15-de-junio-solo-podran-ingresar-al-peru-venezolanos-con-pasaporte-y-visado-noticia-1201385>.

sumado a la complicación de obtener un pasaporte⁴⁶, convirtió a la visa humanitaria en un nuevo obstáculo para el ingreso regular. La exigencia de visa para el ingreso entre países de la región es algo inédito para América del Sur, que se había caracterizado como un espacio de libre tránsito⁴⁷.

En el caso peruano se observó, hasta el 2021, una contradicción adicional que radica en la imposibilidad de acceder a la protección complementaria mediante la calidad migratoria humanitaria una vez en el territorio⁴⁸. En otros términos, esta categoría de protección solo se obtenía mediante visa consular. En el 2021, el Ministerio de Relaciones Exteriores emitió una normativa que establece que la calidad humanitaria se otorga a la población que, sin reunir las condiciones para el reconocimiento de la condición de refugiado, tiene necesidades de protección. Asimismo, se da esta condición a los solicitantes de la condición de refugiado⁴⁹. No obstante este avance, las condiciones del reconocimiento siguen siendo prerrogativa del Estado peruano, en este caso del Ministerio de Relaciones Exteriores, que decide caso por caso el otorgamiento de esta calidad. A la fecha de publicación de este libro, no existe claridad sobre el número de personas que gozan de esta calidad.

Otra incoherencia más de este mecanismo se manifiesta con la continuidad de las excepciones “humanitarias” previstas en el caso de la obligación de ingresar con pasaporte, que autorizan a ciertos grupos a ingresar con la cédula de identidad⁵⁰. En suma, si bien la visa humanitaria no tiene costo, los requisitos para acceder a ella la convierten en un mecanismo poco acorde con la realidad de la población venezolana.

Ante esta situación, nuevamente la CNDDHH, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela) y la Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), el 17 de junio del 2019 interpusieron un *habeas corpus* solicitando que se deje sin efecto este impedimento de ingreso a ciudadanos venezolanos, porque esta nueva medida también vulnera, entre otros, el derecho a la libertad de tránsito, a la igualdad y no discriminación, y a solicitar refugio⁵¹. Este *habeas corpus* se encuentra ante el Tribunal Constitucional, pendiente de resolución⁵².

Colombia, por el contrario, no exige visa para el ingreso al territorio por parte de la población venezolana. No obstante, se exige también el

46 Blouin, Vargas y Mamani, *Documento preparatorio*.

47 CELS y CAREF, *Laberintos de papel*.

48 Briceño et al., *La Calidad Migratoria Humanitaria*.

49 Ministerio de Relaciones Exteriores. Resolución Ministerial 0207-2021/RE del 16 de junio del 2021. Lineamientos para el otorgamiento y prórroga de Calidad Migratoria Humanitaria.

50 Briceño et al., *La Calidad Migratoria Humanitaria*.

51 El 19 Juzgado Penal con reos libres de Lima el 26 de junio del 2019 la declaró improcedente, en segunda instancia confirman esta sentencia.

52 Expediente 688-2020-HC/TC.

pasaporte⁵³ a las personas provenientes de Venezuela. El sello de ingreso equivale a obtener un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP) por noventa días y luego ser renovado por otros noventa días más mediante un Permiso Temporal de Permanencia (PTP). Adicionalmente, algunos autores han señalado la estrategia de militarización y contención de la migración venezolana en la frontera por medio de algunos operativos de seguridad en el 2018^[54]. Una vez más, se observa que las estrategias de control migratorio coexisten con medidas y discursos de apertura.

Con la pandemia de la covid-19 los distintos países de la región, incluyendo Colombia, cerraron sus fronteras generando una inmovilidad forzada para las personas migrantes en general y, en especial, para la población venezolana⁵⁵. Ello ocasionó no solo impactos en los flujos de la población migrante venezolana sino también consecuencias sobre los sistemas migratorios y de asilo, debido al cierre de la mayoría de las oficinas encargadas de los trámites migratorios. En el caso peruano, se tomaron medidas para suspender los plazos de sanciones, extender la vigencia de calidades migratorias y garantizar el acceso a algunos trámites migratorios mediante la plataforma virtual de Migraciones⁵⁶.

En octubre del 2020, luego de dos años desde el último PTP, se creó un nuevo mecanismo *ad hoc*⁵⁷ para la regularización migratoria de cualquier persona extranjera en condición migratoria irregular que haya ingresado antes del 22 de octubre del 2021. Esta norma parece responder a la necesidad de regularización de una gran cantidad de personas las cuales, con el fin del PTP, se quedaron sin vías de regularización. Sin embargo, la normativa exige que, para regularizarse, la población debe pagar la multa cuyo valor dependerá del número de días que haya permanecido en situación migratoria irregular, lo que puede representar un costo muy elevado para una población con recursos económicos limitados. A la fecha de publicación de este libro, se ha creado un sistema de registro de la población con necesidad de regularización vigente hasta el primer trimestre del 2022^[58].

53 Se permite ingreso y salida de nacionales venezolanos con pasaporte vencido por un máximo de dos años.

54 Nicolás Gissi Barbieri *et al.*, "Respuestas de los países del Pacífico Suramericano ante la migración venezolana: estudio comparado de políticas migratorias en Colombia, Ecuador y Perú". *Diálogo Andino*, N.º 63 (2020): 219-233.

55 Colombia reabrió progresivamente sus fronteras terrestres a partir de junio del 2021 (Resolución 0746 del 2021 y Resolución 0667 del 2021). En el caso peruano, hasta la fecha las fronteras terrestres siguen cerradas, aunque haya indicios de su pronta reapertura en el primer trimestre del 2022.

56 Defensoría del Pueblo, *Personas venezolanas en el Perú. Análisis de la situación antes y durante la crisis sanitaria generada por el covid-19* (Lima: Defensoría del Pueblo, 2020), <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/Informe-de-Adjunt%C3%ADa-N-002-2020-DP-ADHPD-Personas-Venezolanas-en-el-Perú.pdf>.

57 Decreto Supremo 010-2020-IN que aprueba medidas especiales, excepcionales y temporales para regularizar la situación migratoria de extranjeros y extranjeras.

58 Resolución de Superintendencia 000009-2021-migraciones, publicada el 9 de enero del 2021; Resolución de Superintendencia 000069-2021-migraciones, publicada el 26 de marzo del 2021 y Resolución de Superintendencia 0275-2021/migraciones, publicada el 31 de diciembre del 2021.

Se ha informado también que se han flexibilizado ciertos criterios como la posibilidad de regularizarse con el uso de documentos de identidad vencidos, incluyendo la cédula⁵⁹.

Por su lado, a inicios del 2021, Colombia sorprendió al mundo con la adopción de un nuevo mecanismo de regularización migratoria: el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV)⁶⁰, que fue aplaudido por distintas organizaciones internacionales⁶¹. El Estatuto otorga residencia por diez años para ciertos grupos definidos en el artículo 4^[62]. Más allá de los avances que representa este mecanismo, es necesario señalar algunos retos, siguiendo la labor de incidencia de distintas organizaciones de la sociedad civil y universidades colombianas⁶³. Para los objetivos de este capítulo, propongo señalar cuatro desafíos. En primer lugar, la naturaleza jurídica del ETPV y su relación con otras figuras de protección son confusas. A pesar de que supuestamente el Estatuto no reemplaza la figura del asilo, en declaraciones y comunicaciones de las autoridades se ha dejado entender que ambas figuras son excluyentes. En segundo lugar, llama la atención la discrecionalidad del Gobierno y de Migración Colombia para toda la implementación del ETPV justificado en el principio de soberanía nacional. Con ello surge también la posibilidad de modificar o suprimir el Estatuto en caso de cambio de autoridades o simplemente por motivos coyunturales. Esto es, por ejemplo, lo que pasó en el Perú con los cambios y la no renovación del mecanismo del PTP. En tercer lugar, la norma establece la obligatoriedad de un registro para consolidar una base de

59 Daniela Carrasco, "Venezolanos podrán tramitar permiso de permanencia con cédula de identidad vencida", *El Pitazo*, 30 de agosto del 2021, <https://elpitazo.net/migracion/peru-venezolanos-podran-tramitar-permiso-de-permanencia-con-cedula-de-identidad-vencida/>.

60 Decreto 216/2021. "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria", 1.º de marzo del 2021.

61 "ACNUR y OIM aplauden la decisión de Colombia de regularizar a personas refugiadas y migrantes de Venezuela", *ACNUR*, 8 de febrero del 2021, <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/2/6021acc44/acnur-y-oim-aplauden-la-decision-de-colombia-de-regularizar-a-personas.html>; Forbes Staff, "OEA reconoce estatuto de protección de venezolanos en Colombia", *Forbes*, 13 de marzo del 2020, <https://forbes.co/2021/03/13/actualidad/oea-reconoce-estatuto-de-proteccion-de-venezolanos-de-colombia/>.

62 "1. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o de un Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente, cualquiera sea su fase de expedición, incluido el PEPFE.
2. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Salvoconducto SC-2 en el marco del trámite de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.
3. Encontrarse en territorio colombiano de manera irregular a 31 de enero del 2021.
4. Ingresar a territorio colombiano de manera regular a través del respectivo Puesto de Control Migratorio legalmente habilitado, cumpliendo con los requisitos establecidos en las normas migratorias, durante los primeros dos (2) años de vigencia del presente Estatuto".

63 Universidad de los Andes, *Comentarios al proyecto de decreto que crea el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: hoy más vigentes que nunca ad portas de la reglamentación* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021), <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/comentarios-proyecto-de-decreto-estatuto-temporal.pdf>.

datos sobre la población venezolana. El carácter obligatorio del registro y la poca claridad en relación con el uso de datos por parte de las autoridades son problemáticos desde un enfoque de derechos. Por último, el mecanismo de regularización deja por fuera ciertos grupos dependiendo la fecha de ingreso y su modalidad. Lo anterior refuerza nuevamente los retos en los procedimientos de regularización migratoria como el peruano, que deja un segmento importante de la población sin posibilidad real de acceso⁶⁴.

Como hemos visto a lo largo de este primer apartado, si bien la necesidad de promover vías de regularización migratoria es urgente, el tipo de vía y sus condiciones son cuestiones cruciales. En el caso peruano, es importante mirar qué ofrece la normativa actual y cómo garantizar el acceso a documentos para la población migrante sin crear nuevos mecanismos de regularización. Optar por una nueva respuesta con un enfoque cortoplacista y de excepcionalidad es problemático, porque no responde de forma integral a la migración y se corre el riesgo, una vez más, de no garantizar el acceso a derechos para esta población. En el caso colombiano, si bien se ha optado por un nuevo mecanismo más integral y con un enfoque a más largo plazo; el Estatuto también contempla un enfoque de control migratorio problemático. Luego de haber analizado las respuestas migratorias, pasaremos a analizar el sistema de asilo⁶⁵.

2. Un sistema de asilo colapsado: la excepcionalidad peruana

El Perú es el primer país de acogida de solicitantes de la condición de refugiado de nacionalidad venezolana, con medio millón de solicitantes, mientras que Colombia solo reúne al 1,1 % de las solicitudes, a pesar de ser el primer país receptor de migrantes de nacionalidad venezolana⁶⁶ (tabla 2). En el caso peruano, es interesante mirar la evolución de las cifras de solicitudes durante los últimos diez años con el aumento exponencial de solicitudes de la población venezolana desde el 2016.

64 Cécile Blouin, "Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú". *Colombia Internacional*, N.º 106 (2021): 141-164, <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/colombiaint106.2021.06>.

65 Con asilo me refiero exclusivamente a las políticas relacionadas con la definición de refugiado de la Convención de 1951 y la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984. Estas dos definiciones de refugio están previstas en la Ley del Refugiado del 2002.

66 Véase el capítulo "El refugio en Colombia para la población venezolana: entre pocas solicitudes y muchos menos reconocimientos" de Gracy Pelascani en esta obra.

TABLA 2.
Número de solicitantes de la condición de refugiado en el Perú desde el 2010^[67]

Año	Núm. solicitantes	Núm. solicitantes de nacionalidad venezolana
2010	283	5
2011	463	5
2012	361	10
2013	423	5
2014	374	65
2015	401	181
2016	4343	3602
2017	34 141	33 149
2018	192 477	190 469
2019	259 833	258 636
2020 (junio)	—	496 095
2021 (junio)	—	531 600

El Perú ratificó la Convención de 1951^[68] en 1964 y su Protocolo de 1967^[69] en 1983, y consagró el derecho constitucional al asilo en su Constitución de 1993^[70]. Posteriormente, en el 2002, adoptó una ley específica en la materia: la Ley 27891 (Ley del Refugiado) y su Reglamento el año siguiente⁷¹. De acuerdo con el análisis de Rubio, esta normativa se adecua a los estándares internacionales en la materia⁷². La normativa define a la persona refugiada según lo estipulado en la Convención de 1951 e incorpora la definición de refugiado ampliada de la Declaración de Cartagena⁷³,

67 Elaboración propia con base en “Refuge Data Finder”, UNHCR <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=kNA9.y> y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y “Plataforma de coordinación”, ACNUR y OIM.

68 ONU. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. 28 de julio de 1951. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.

69 ONU. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. 31 de enero de 1967. <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>.

70 Constitución Política del Perú de 1993, art. 36.

71 Ley del Refugiado Publicada el 23 de diciembre del 2002 en el *Diario Oficial El Peruano*, publicada el 22 de diciembre del 2002. Esta ley ha sido reglamentada mediante el Decreto Supremo 119-2003-RE, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 14 de octubre del 2003.

72 Patricio Rubio, “La protección internacional de refugiados en el Perú: Ley 27.891 y su Reglamento”, en *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, editado por Martin Lettieri (Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús, 2012), 443-479.

73 Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el “Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”. Cartagena, Colombia, 19 al 22 de noviembre de 1984. <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>.

con algunas modificaciones⁷⁴. La normativa⁷⁵ reconoce el derecho a pedir el reconocimiento del estatus de refugiado en cualquier frontera, puestos de control migratorio y reparticiones policiales o militares, así como ante la Comisión Especial para los Refugiados (CEPR). Si bien se establece un plazo de treinta días para presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, este se ha aplicado de manera bastante flexible.

La normativa establece un procedimiento de determinación de la condición de refugiado con los mínimos estándares requeridos, tanto por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷⁶. A diferencia de la normativa colombiana, que no establece plazo para el procedimiento de determinación⁷⁷, el plazo establecido en el caso peruano es de sesenta días renovable. Por otro lado, la normativa⁷⁸ autoriza a las personas solicitantes a trabajar, a diferencia de lo previsto en el caso colombiano⁷⁹. La ley peruana, al igual que la normativa colombiana, garantiza también la entrega de un documento provisional para el solicitante: el carné de solicitante de la condición de refugiado⁸⁰. Sin embargo, a diferencia de la normativa colombiana, la normativa peruana no garantiza el acceso a la salud para la población solicitante de la condición de refugiado.

Los altos números de solicitantes, a diferencia del caso colombiano, pueden explicarse por distintos motivos. Entre el 2016 y el 2017, frente a las complejidades de la regularización migratoria, solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado se ha configurado como un mecanismo de protección contra la devolución⁸¹, una vez dentro del territorio. Desde el 2018 en adelante, con el cambio de requisitos para el ingreso, en particular

74 Luisa Feline Freier, Isabel Berganza y Cécile Blouin, "The Cartagena Refugee Definition and Venezuelan Displacement in Latin America". *International Migration* 60, N.º 1 (2020), <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/imig.12791>. Adicionalmente, dicha normativa establece la definición del refugiado *sur place* en el artículo 3 de la Ley del Refugiado: "c) A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al inciso a) del presente artículo".

75 Reglamento de la Ley del Refugiado, art. 18.

76 En el 2016, el Perú fue uno de los primeros países de la región en ser parte del programa de asilo de calidad del ACNUR (QAI, por sus siglas en inglés). Lamentablemente, los cambios propuestos para agilizar el registro y mejorar la formación de funcionarios y funcionarias de la Secretaría de la CEPR no pudieron ser implementados por el aumento exponencial de solicitudes.

77 Véase el capítulo de Pelacani en esta obra.

78 Ley del Refugiado, art. 41.

79 Natalia Caicedo Camacho y Soledad Castillo Jara, "Políticas y legislación migratoria en Colombia", en *Políticas y reformas migratorias en América Latina*, editado por Natalia Caicedo Camacho, 113-142 (Lima: Universidad del Pacífico, 2020).

80 Ley del Refugiado, art. 14.

81 Esta protección no es total, teniendo en cuenta que se han reportado casos de expulsiones de personas solicitantes de la condición de refugiado (Blouin, *Informe alternativo*). Por otro lado, en el ámbito del sistema interamericano, de acuerdo con el artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la garantía de no devolución se aplica a cualquier persona extranjera.

la exigencia del pasaporte, la figura del asilo garantiza el ingreso al territorio peruano para todas las personas que no cuentan con la documentación requerida. Como se puede observar, aunque se conciben como políticas y sistemas distintos, la política de asilo y la política migratoria están relacionadas y los cambios que se dan en materia migratoria influyen e impactan la política de asilo⁸².

Otro motivo está relacionado con el derecho al trabajo. Los solicitantes pueden trabajar de acuerdo con la normativa y obtienen, en la mayoría de los casos, una carta de autorización de trabajo en lugar de un carné de solicitante debido al colapso del sistema. Si bien este documento no es reconocido por la mayoría de los empleadores, quienes suelen exigir el carné de extranjería para la contratación⁸³, el hecho de contar con dicho documento da una sensación de seguridad y “legalidad” a la población.

Más allá de lo previsto en el papel, frente a la llegada de miles de solicitantes desde el 2016 se han dado cambios, tanto de forma como de fondo en el sistema. En primer lugar, el diseño de un sistema virtual de atención en el 2018 buscó promover mayor rapidez y respuesta por parte de la Secretaría Ejecutiva de la CEPR, la entidad encargada de gestionar las solicitudes. Sin embargo, la plataforma virtual enfrentó una serie de fallas y fue clausurada en septiembre del 2019⁸⁴. La oficina presencial en Lima también estuvo cerrada desde febrero hasta junio del 2020 sin previo aviso y sin brindar soluciones a la población solicitante⁸⁵.

En segundo lugar, el aumento en la cantidad de solicitudes no se acompañó de un aumento en la capacidad de respuesta de la entidad encargada. Esta falta de recursos humanos y económicos no permitieron una respuesta viable a las solicitudes, lo que generó largas esperas en la oficina principal en Lima, así como en las oficinas descentralizadas en otras ciudades del país. Frente a ello, y ante la imposibilidad de un registro rápido, la Secretaría Ejecutiva de la CEPR optó por entregar una carta de autorización de trabajo en lugar de emitir el carné de solicitante. Ello dificultó aún más la inserción laboral de personas solicitantes, a pesar del reconocimiento formal. Según cifras presentadas en un estudio del 2020, existían todavía casi 400 000 solicitantes de refugio que no tenían el carné de solicitante⁸⁶.

En tercer lugar, el sistema de refugio sufrió también un cambio sustancial en junio del 2019, al mismo tiempo que empezaba a implementarse la exigencia de la visa. El Perú optó por crear un procedimiento de precalificación de solicitudes en el Centro Binacional de Atención Fronteriza

82 Para mayor desarrollo véase Blouin, “Complejidades y contradicciones”.

83 Blouin y Freier, “Población venezolana en Lima”.

84 Briceño et al., *La Calidad Migratoria Humanitaria*.

85 Amnistía Internacional, *Buscando refugio*.

86 Briceño et al., *La Calidad Migratoria Humanitaria*.

(CEBAF) de Tumbes⁸⁷, que duró hasta el inicio de la pandemia (marzo del 2020). En el caso en el que procedía, se admitía la persona al procedimiento regular de determinación de la condición de refugiado; es decir, en ningún caso esta decisión era de reconocimiento de la solicitud. Por el contrario, en caso de que fuera denegada la solicitud, esta denegación era una resolución de rechazo de la solicitud de refugio que podía ser apelada. Sin embargo, la normativa no establece la posibilidad de un procedimiento acelerado y Amnistía Internacional ha denunciado la poca seriedad, los malos tratos y la arbitrariedad del procedimiento⁸⁸. La espera de la respuesta sin poder ingresar al país se caracterizó por una alta vulnerabilidad, ya que las personas no contaban con los servicios mínimos en el CEBAF⁸⁹.

Finalmente, es necesario cuestionar la débil tasa de reconocimiento, ya que a junio del 2021 solamente 3200 solicitantes fueron reconocidos formalmente como refugiados en el Perú⁹⁰. Una primera razón es que, a pesar del reconocimiento de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena, esta no se aplica en el caso peruano. Como lo desarrolla Pelacani en esta obra, Brasil y México son los únicos países que han aplicado abiertamente la definición de Cartagena a la población venezolana. La falta de aplicación de la definición ampliada se puede explicar por varios motivos. En primer lugar, los contornos jurídicos de los elementos situacionales previstos en la definición siguen siendo debatidos como, por ejemplo, el elemento situacional de “violación masiva de derechos humanos”⁹¹. Más allá de las razones legales, los motivos políticos como el costo del reconocimiento y el mensaje político que transmite son clave para entender la reticencia de los Estados para aplicar esta definición⁹². El reconocimiento de la población venezolana como refugiada implica estrategias a largo plazo y procesos de inclusión mucho más integrales que las soluciones cortoplacistas propuestas hasta el momento. Asimismo, frente a la ola de xenofobia reportada en los países en análisis, pensar en un

87 Amnistía Internacional, *Buscando refugio*; Briceño et al., *La Calidad Migratoria Humanitaria*.

88 Se documenta que cada funcionario tiene “su propio estilo” para llevar a cabo la entrevista y que se toma en cuenta elementos como el hecho de contar con familia en condición regular en el país para determinar si la persona es admitida para el procedimiento. Amnistía Internacional, *Buscando refugio*.

89 Amnistía Internacional, *Buscando refugio*.

90 A diciembre del 2020 eran 2628 solicitantes reconocidos como refugiados. “Plataforma de coordinación”, ACNUR y OIM.

91 Isabel Berganza, Cécile Blouin y Luisa Felina Freier, “El elemento situacional de violación masiva de derechos humanos de la definición ampliada de Cartagena: hacia una aplicación en el caso venezolano”. *Revista Chilena de Derecho* 47, N.º 2 (2020): 385-410.

92 Isabel Berganza, Cécile Blouin y Luisa Felina Freier, “The Spirit of Cartagena? Applying the extended refugee definition to Venezuelans in Latin America”, *Forced Migration Review*, N.º 63 (2020): 64-66. Diego Acosta Arcarazo y Laura Madrid Sartoretto, *¿Migrantes o refugiados? la Declaración de Cartagena y los venezolanos en Brasil* (Fundación Carolina, 2020), <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/03/AC-9.2020.pdf>.

reconocimiento amplio de un estatus de protección puede generar reticencias en la población.

La segunda razón de esta débil tasa de reconocimiento está vinculada con el análisis caso por caso y el no haber optado por un procedimiento de determinación grupal. Con el número de solicitudes en el Perú no cabe la posibilidad de un examen individual respetando los plazos previstos en la normativa y evitando dejar las personas en un limbo durante años⁹³. Cabe recordar también que el Gobierno peruano hasta el 2021 tampoco optó por aplicar una protección complementaria como la calidad migratoria humanitaria prevista por la ley que hemos desarrollado en el anterior acápite. Después de analizar las políticas migratorias y de asilo, dedicaremos el siguiente apartado al acceso a los derechos sociales por parte de la población migrante.

3. El acceso a derechos sociales: una agenda pendiente en la región

El acceso a derechos sociales sigue siendo una agenda pendiente, tanto en el Perú como en Colombia, con avances y desafíos particulares en cada caso. Si bien ambas Constituciones reconocen el derecho a la igualdad y no discriminación⁹⁴, no existe un desarrollo normativo integral en materia de derechos sociales de las personas migrantes. En el caso peruano, se reconoce expresamente el derecho a la salud, la educación y el trabajo de las personas migrantes en la Ley de Migraciones⁹⁵. El Reglamento de dicha ley establece, además, que los sectores correspondientes de salud y educación deben emitir las normativas específicas para la garantía de estos derechos a todas las personas migrantes, sin importar su situación migratoria⁹⁶. No obstante, hasta la fecha, no se han dictado normas específicas para la inclusión de la población migrante, lo que ha generado múltiples barreras para el acceso a estos derechos.

En ambos países, el acceso a la salud es uno de los grandes desafíos. En el caso peruano, estos retos parten de la fragmentación del sistema de salud y la exigencia del carné de extranjería, entre otros criterios, para el acceso al Sistema Integral de Salud (sis), el sistema para la población

93 Se reportan casos de personas sin recibir ninguna respuesta por parte de la CEPR por más de dos años. Mirelis Morales Tovar, "El refugio: la última opción para los migrantes venezolanos", *El Comercio*, 9 de febrero del 2019, <https://elcomercio.pe/peru/refugio-ultima-opcion-migrantes-venezolanos-noticia-605902-noticia/?ref=ecr>.

94 C.N. arts. 13 y 100; Constitución Política del Perú, art. 2.

95 Ley de Migraciones, art. 9.

96 Reglamento de la Ley de Migraciones, arts. 7, 8 y 9.

más vulnerable⁹⁷. Con esta exigencia, la población con carné PTP, los solicitantes de la condición de refugiado, así como la población en condición irregular no tienen la posibilidad de acceder a la atención de salud de forma gratuita⁹⁸. En el caso colombiano, por no contar hasta tiempos recientes con una normativa integral migratoria, el rol de los tribunales, a diferencia del caso peruano, ha sido esencial para el reconocimiento y las garantías a los derechos de la población migrante⁹⁹. En especial, la Corte Constitucional a partir del 2016 ha desarrollado una jurisprudencia fructífera sobre el derecho a la salud¹⁰⁰. Por ejemplo, la Corte ha reconocido el derecho a las personas en condición migratoria irregular de ser atendidas en caso de urgencia y de recibir la atención básica¹⁰¹. Por el contrario, en el Perú, si bien de acuerdo con la Ley General de Salud todas las personas deben ser atendidas en caso de emergencia, los gastos de atención no están cubiertos para las personas que no cuentan con seguro. En la práctica, esto ha generado que la población migrante en condición irregular o solicitante de la condición de refugiada se quede desamparada y, en caso de urgencia, deba contar con el apoyo de organizaciones de la sociedad civil o de las organizaciones internacionales. Para Moreno V. y Pelacani se trata de una jurisprudencia poco consolidada y que versa sobre casos concretos y, por tanto, es necesario avanzar hacia un abordaje estructural e integral de la política migratoria¹⁰².

En cuanto al acceso al trabajo, encontramos una serie de retos tanto formales como prácticos en ambos países. En el caso peruano, la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros del 2002^[103] establece limitaciones importantes a la contratación de trabajadores extranjeros, en particular en cuanto a la remuneración y al número permitido de extranjeros contratados en una empresa¹⁰⁴. Esto último es una barrera importante a

97 Cécile Blouin, coord., *Estudio sobre el perfil socio-económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión* (Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y PADEF, 2019).

98 Cabe mencionar que las mujeres gestantes y los menores de cinco años cuentan con el acceso gratuito a la salud mediante el Sistema Integral de Salud (sis).

99 Caicedo y Castillo, "Políticas y legislación"; Emily Button, Cécile Blouin y Andrea Carrasco, *Cuaderno de sentencias emblemáticas para la protección y garantía de los derechos de las personas refugiadas y migrantes en América del Sur* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Poder Judicial del Perú, 2021), <https://cdn01.pucp.edu.pe/content/uploads/2021/04/20214103/ACNUR-CUADERNO-ARCHIVO-FINAL-Version-Web.pdf>.

100 Moreno V. y Pelacani, "Corte Constitucional colombiana".

101 Ver en esta obra "El acceso a la salud de la población migrante y refugiada en Colombia: una aproximación desde la experiencia de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes" por Laura Cristina Dib-Ayesta.

102 Moreno V. y Pelacani, "Corte Constitucional colombiana".

103 Decreto Legislativo 689 del 4 de noviembre de 1991. Dictan la ley para la contratación de trabajadores extranjeros, <https://www.oas.org/dil/Migrants/Peru/Decreto%20Legislativo%20N%C2%BA%20689.pdf>.

104 La Ley establece que no más del 20 % de la planilla de una empresa puede ser extranjera, mientras que las remuneraciones del personal extranjero contratado no pueden superar el 30 % del total de la planilla de sueldos. Decreto Legislativo 689 del 4 de noviembre de 1991, art. 4.

la contratación formal teniendo en cuenta que se aplica de forma general, sin importar el tamaño de la empresa. Adicionalmente, la Ley del Impuesto a la Renta¹⁰⁵ establece una tasa mayor de impuestos a la renta (30 %) para la población considerada como no domiciliada. Estas barreras formales han sido identificadas en otros estudios como un desincentivo para la inserción en el mercado laboral formal de la población migrante¹⁰⁶. Por otro lado, las características estructurales del mercado laboral peruano, en particular su informalidad y precariedad, así como la falta de supervisión de las condiciones laborales, generan impactos diferenciados para la población migrante en general, y en especial para las mujeres¹⁰⁷.

La situación en Colombia es muy similar, ya que si bien el PEP es una autorización de trabajo, las características del mercado laboral, así como las necesidades económicas apremiantes de la población, tienen como consecuencia que gran parte de la población venezolana trabaja en el mercado laboral informal¹⁰⁸. Finalmente, en ambos países, la discriminación hacia la población proveniente de Venezuela ha generado condiciones laborales más difíciles y, en algunos casos, la imposibilidad de encontrar empleo dependiente. El autoempleo sigue siendo una opción para gran parte de la población venezolana en el Perú¹⁰⁹.

En relación con el derecho a la educación, se observan avances importantes en ambos países para la inclusión de la niñez y la adolescencia en centros educativos. Sin embargo, subsisten retos vinculados no solamente al acceso sino a la permanencia en el sistema escolar¹¹⁰. Asimismo, los retos asociados a la pandemia y la implementación de la educación remota han impactado a las familias venezolanas que, en su mayoría, no cuentan con espacios físicos de trabajo, computadoras y conectividad.

105 Decreto Supremo 179-2004-EF. Ley del Impuesto a la Renta, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 8 de diciembre del 2004.

106 Blouin y Freier, "Población venezolana en Lima". Isabel Berganza Setién y Ximena Solórzano Salleres, *Límites y retos del estado. Procesos de integración de la comunidad venezolana en Perú* (Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lutheran World Relief y Asociación Encuentros, 2019), <http://repositorio.uarm.edu.pe/bitstream/UNIARM/2058/1/L%C3%ADmites%20y%20retos%20del%20Estado%20de%20integración%20de%20la%20comunidad%20venezolana%20en%20Perú.PDF>.

107 Jimena Sánchez Barrenechea, Cécile Blouin, Violeta Minaya Rojas Li y Alexander Segundo Benites Alvarado, *Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción en el mercado laboral peruano: dificultades, expectativas y potencialidades* (Pontificia Universidad Católica del Perú y CARE, 2020), <https://cdn01.pucp.edu.pe/bitstream/pucp/wp-content/uploads/2020/08/28215815/Libro-Mujeres-Vulnerables-Venezolanas.pdf>.

108 Donna C. Cabrera Serrano, Gabriela M. Cano Salazar y Alexandra Castro Franco, "Procesos recientes de movilidad humana entre Venezuela y Colombia 2016-2018", en *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, editado por Luciana Gandini, Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto (México: UNAM, 2019), 59-94.

109 Blouin, *Estudio sobre el perfil socio-económico*.

110 Blouin, *Informe alternativo*. Moreno V. y Pelacani, "Corte Constitucional colombiana". Véase también en esta obra: "Retos para garantizar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos en Colombia" de Lucía Ramírez Bolívar y Erin Formby.

Por último, es necesario recordar que en la práctica el acceso a derechos sociales depende en gran medida de la documentación¹¹¹. En el caso peruano, la multiplicidad de tipos de documentación ha hecho difícil el acceso a derechos en general, en especial para ciertas categorías como las personas solicitantes de la condición de refugiado. En el caso colombiano, la falta de una normativa integral y la adopción de medidas temporales no han permitido una regularización masiva y, por ende, han dificultado el acceso a derechos.

Conclusiones

A lo largo de este capítulo hemos analizado el complejo entramado de políticas migratorias y de asilo en el Perú que ha buscado responder a la migración de la población venezolana, desde una perspectiva comparada. Lejos de conformar una política migratoria sensata, clara e integral, hemos observado las idas y venidas, los avances y retrocesos de las respuestas dadas desde el 2017 hasta el 2020. De igual manera, hemos visto cómo la falta de regularización en ambos países y, en el caso peruano, la multiplicidad de tipos de documentos, dificultan el acceso a derechos sociales.

Por un lado, pusimos de manifiesto en este capítulo que Colombia fue presentada como el país más solidario de la región andina, por no haber optado por un cierre de fronteras mediante una visa consular y la reciente adopción de un nuevo mecanismo de regularización a largo plazo, aunque subsiste una visión de control migratorio que genera respuestas contradictorias y desprotección para gran parte de la población venezolana. El Perú, por otro lado, ha oscilado entre una política de hospitalidad selectiva y de hostilidad¹¹² imponiendo una visa consular a una población que huye de su país por situaciones de graves violaciones de derechos humanos. Y si bien el marco normativo peruano y los derechos reconocidos en él representan un avance, por lo menos en el papel, la implementación de esta normativa genera también desprotección.

De esta forma queda claro que en ambos países los nuevos programas de regularización no deben ser vistos como soluciones milagrosas, por sus mismas falencias y también por los discursos y las prácticas de rechazo hacia esta población tales como expulsiones y xenofobia social e institucional¹¹³. Adicionalmente, el acceso a derechos sociales sigue siendo

111 CELS y CAREF, *Laberintos de papel*.

112 Eduardo Domenech. "La 'Política de La Hostilidad' en Argentina: detención, expulsión y rechazo en frontera", *Estudios Fronterizos* 21, (2020): 1-25.

113 En el caso peruano, véanse las distintas propuestas de ley claramente xenofóbicas contra la población migrante. Blouin, *Informe alternativo*. En el caso colombiano, véanse las declaraciones de la alcaldesa de Bogotá o del mismo presidente en relación con la posible vacunación de la población en condición migratoria irregular.

una agenda pendiente para ambos países, desafiando los principios de universalidad e igualdad previstos en el derecho. Finalmente, el no reconocimiento de la mayoría de las personas venezolanas como refugiadas representa un reto importante que colisiona con numerosos estándares vigentes en la región, en especial con la incorporación de la definición de Cartagena en los marcos normativos nacionales.

Con la pandemia de la covid-19 los retos son aún más complejos para ambos países, teniendo en cuenta los impactos diferenciados de la pandemia en la población migrante. Por un lado, muchas familias de migrantes vieron sus propios proyectos migratorios truncados por la inmovilidad impuesta, debiendo emprender un retorno o una (re)migración y, por otro, las medidas de mitigación de la pandemia, en especial la inmovilización social, han tenido grandes consecuencias para la supervivencia de una población migrante irregularizada, precarizada e insertada en el mercado laboral informal.

Referencias

- “ACNUR y OIM aplauden la decisión de Colombia de regularizar a personas refugiadas y migrantes de Venezuela”. ACNUR, 08 de febrero del 2021. <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/2/6021acc44/acnur-y-oim-aplauden-la-decision-de-colombia-de-regularizar-a-personas.html>.
- Acosta, Diego, Cécile Blouin y Luisa Feline Freier, *La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas*. Fundación Carolina, 2019. https://www.fundacioncarolina.es/dt_fc_03/.
- Acosta, Diego y Luisa Feline Freier. “Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America”. *International Migration Review* 49, N.º 3 (2015): 659-696.
- Acosta Arcarazo, Diego y Laura Madrid Sartoretto. ¿Migrantes o Refugiados? la Declaración de Cartagena y los venezolanos en Brasil. Fundación Carolina, 2020. <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/03/AC-9.2020.pdf>.
- Amnistía Internacional. *Buscando refugio: Perú da la espalda a quienes huyen de Venezuela*. Londres: Amnistía Internacional, 2020. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr46/1675/2020/es/>.
- Berganza, Isabel, Cécile Blouin y Luisa Feline Freier. “El elemento situacional de violación masiva de derechos humanos de la definición ampliada de Cartagena: hacia una aplicación en el caso venezolano”. *Revista Chilena de Derecho* 47, N.º 2 (2020): 385-410.
- Berganza Setién, Isabel y Ximena Solórzano Salleres. *Límites y retos del estado. Procesos de integración de la comunidad venezolana en Perú*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lutheran World Relief y Asociación Encuentros, 2019. <https://repositorio.uarm.edu.pe/handle/20.500.12833/2058>.
- Blouin, Cécile. “Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú”. *Colombia Internacional*, N.º 106 (2021): 141-164. doi: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/colombiaint106.2021.06>.
- _____. coord. *Estudio sobre el perfil socio-económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y PADF, 2019.

- _____. coord. *Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad, Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM), 2017. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/informe-alternativo-al-comite-de-proteccion-de-los-derechos-de-todos-los-trabajadores-migratorios-y-de-sus-familiares-peru/.
- _____. *Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Perú 2020*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad (Encuentros), Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM), 2020. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/informe-alternativo/.
- Blouin, Cécile y Emily Button. "Addressing Overlapping Migratory Categories within New Patterns of Mobility in Peru". *Anti-Trafficking Review*, N°. 11 (2018): 69-84. <http://www.antitraffickingreview.org/index.php/atrjournal/article/view/351/290>.
- Blouin, Cécile y Luisa Feline Freier. "Población venezolana en Lima: entre la regularización y la precariedad". En *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, editado por Luciana Gandini, Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto, 157-184. México: UNAM, 2019.
- Blouin, Cécile, Génesis Vargas y Francisco Mamani. *Documento preparatorio para audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante 169º periodo de sesiones. Derechos Humanos de personas migrantes y refugiadas venezolanas en el Perú*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Encuentros Servicio Jesuita de la Solidaridad Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya y Universidad del Pacífico, 2018. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/documento-preparatorio-para-audiencia-tematica-ante-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos-durante-169o-periodo-de-sesiones/.
- Blouin, Cécile, Isabel Berganza y Luisa Feline Freier. "The Spirit of Cartagena? Applying the extended refugee definition to Venezuelans in Latin America". *Forced Migration Review*, N.º 63 (2020): 64-66.
- Briceño, Analí, Ander Alonso-Pastor, Yordi Ugaz y Carlos Enrique Godoy. *La Calidad Migratoria Humanitaria y su relación con los derechos de la población venezolana en el Perú* (2020). <https://equilibriumcende.com/calidad-migratoria-peru/>.
- Button, Emily, Cécile Blouin y Andrea Carrasco. *Cuaderno de sentencias emblemáticas para la protección y garantía de los derechos de las personas refugiadas y migrantes en América del Sur*. Lima: Pontificia Unidad Católica del Perú y Poder Judicial del Perú, 2021. <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/04/20214103/ACNUR-CUADERNO-ARCHIVO-FINAL-Version-Web.pdf>.
- Cabrera Serrano, Donna C., Gabriela M. Cano Salazar y Alexandra Castro Franco. "Procesos recientes de movilidad humana entre Venezuela y Colombia 2016-2018". En *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, editado por Luciana Gandini, Fernando Lozano Ascencio y Victoria Prieto, 59-94. México: UNAM, 2019.
- Caicedo Camacho, Natalia, ed. *Políticas y reformas migratorias en América Latina*. Lima: Universidad del Pacífico, 2020.

- Caicedo Camacho, Natalia y Soledad Castillo Jara, "Políticas y legislación migratoria en Colombia". En *Políticas y reformas migratorias en América Latina*, editado por Natalia Caicedo Camacho, 113-142. Lima: Universidad del Pacífico, 2020.
- Carrasco, Daniela. "Venezolanos podrán tramitar permiso de permanencia con cédula de identidad vencida". *El Pitazo*, 30 de agosto del 2021. <https://elpitazo.net/migracion/peru-venezolanos-podran-tramitar-permiso-de-permanencia-con-cedula-de-identidad-vencida/>.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes (CAREF). *Laberintos de papel. Desigualdad y regularización migratoria en América del Sur*. CELS y CAREF, 2020. <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/laberintos-de-papel-desigualdad-y-regularizacion-migratoria-en-america-del-sur/>.
- Ceriani Cernadas, Pablo. *Migration Policies and Human Rights in Latin America: Progressive Practices, Old Challenges, Worrying Setbacks, and New Threats*. Global Campus of Human Rights, 2018. https://repository.gchumanrights.org/bitstream/handle/20.500.11825/629/PolicyBrief_LatinAmerica_ok.pdf?sequence=4&isAllowed=y.
- Chimni, Bhupinder S. "The birth of a 'discipline': From refugee to forced migration studies". *Journal of Refugee Studies* 22, N.º 1 (2009): 11-29. <https://doi.org/10.1093/jrs/fen051>.
- "CIDH saluda medidas para brindar protección a personas migrantes venezolanas en Perú y llama a Estados de la región a implementar medidas para su protección". CIDH, 4 de abril del 2017. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/043.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución 04/19.
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Servicio Jesuita a Refugiados Colombia, Programa de asistencia legal a población con necesidad de protección internacional y víctimas del conflicto armado – Corporación Opción Legal, Grupo de Investigación Migraciones y Desplazamientos de la Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Observatorio de Migraciones Internacional de la Universidad Externado de Colombia y Pastoral Social-Caritas Colombia-. *Documento de análisis al proyecto de ley número 036 del senado, por medio de la cual se establecen principios y marco regulatorio de la política integral migratoria del estado colombiano*. 2020. <https://col.jrs.net/wp-content/uploads/sites/14/2020/06/AnálisisProyLeyMigraciones2020.pdf>.
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios". Cartagena, Colombia, 19 al 22 de noviembre del 1984. <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>.
- Defensoría del Pueblo de Perú. *Personas venezolanas en el Perú. Análisis de la situación antes y durante la crisis sanitaria generada por el COVID-19*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2020. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/Informe-de-Adjunt%C3%ADa-N-002-2020-DP-ADHPD-Personas-Venezolanas-en-el-Per%C3%AD.pdf>.
- Domenech, Eduardo. "La 'Política de La Hostilidad' en Argentina: detención, expulsión y rechazo en frontera". *Estudios Fronterizos* 21, (2020): 1-25.
- . "'Las migraciones son como el agua': Hacia la instauración de políticas de 'control con rostro humano'. La gobernabilidad migratoria en la Argentina". *Polis* 12, N.º 35 (2013): 1-20.
- Forbes Staff. "OEA reconoce estatuto de protección de venezolanos en Colombia". *Forbes*, 13 de marzo del 2020. <https://forbes.co/2021/03/13/actualidad/oea-reconoce-estatuto-de-proteccion-de-venezolanos-de-colombia/>.

- Freier, Luisa Feline, Isabel Berganza y Cécile Blouin. "The Cartagena Refugee Definition and Venezuelan Displacement in Latin America". *International Migration* 60, N.º 1 (2020). <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/imig.12791>.
- Gissi Barbieri, Nicolás, Jacques Ramírez Gallego, María del Pilar Ospina Grajales, Bárbara Pincowska Cardoso Campos y Sebastián Polo Alvis. "Respuestas de los países del Pacífico Suramericano ante la migración venezolana: estudio comparado de políticas migratorias en Colombia, Ecuador y Perú". *Diálogo Andino*, N.º 63 (diciembre, 2020): 219-233.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2013). *Perú. Estadísticas de la Emigración Internacional de peruanos e Inmigración de Extranjeros, 1990 - 2012*. Lima: INEI, Superintendencia Nacional de Migraciones y OIM, 2013. <https://repository.iom.int/handle/20.500.11788/1493>.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Superintendencia Nacional de Migraciones (MIGRACIONES) y Ministerio de Relaciones Exteriores (MREE). *Perú. Estadísticas de la Emigración internacional de peruanos e Inmigración de extranjeros, 1990-2017*. Lima: INEI, OIM, Superintendencia Nacional de Migraciones y MREE, 2018. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1549/libro.pdf.
- Morales Tovar, Mirelis. "El refugio: la última opción para los migrantes venezolanos". *El Comercio*, 9 de febrero del 2019. <https://elcomercio.pe/peru/refugio-ultima-opcion-migrantes-venezolanos-noticia-605902-noticia/?ref=ecr>.
- Moreno V., Carolina y Gracy Pelacani. "Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria?". *Latin American Law Review*, N.º 05 (2020): 139-157.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. 28 de julio de 1951. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.
- . Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. 31 de enero de 1967. <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>.
- "Plataforma de coordinación para refugiado y migrantes de Venezuela". *ACNUR y OIM*. <https://r4v.info/es/situations/platform>.
- Plataforma Digital Única del Estado Perú, "Obtener Visa para Ingresar al Perú". <https://www.gob.pe/1063-obtener-visa-para-ingresar-al-peru-visa-humanitaria-para-ciudadanos-venezolanos>.
- Redacción RPP, "Martín Vizcarra: Desde el 15 de junio solo podrán ingresar al Perú venezolanos con pasaporte y visado". *RPP*, 6 de junio del 2019. <https://rpp.pe/politica/gobierno/martin-vizcarra-desde-el-15-de-julio-solo-podran-ingresar-al-peru-venezolanos-con-pasaporte-y-visado-noticia-1201385>.
- "Refugee data finder". *UNHCR*. <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=kNA9>.
- Rubio, Patricio. "La protección internacional de refugiados en el Perú: Ley 27.891 y su Reglamento". En *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, editado por Martín Lettieri, 443-479. Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús, 2012.
- Ruiz Muriel, Martha Cecilia y Soledad Álvarez Velasco. "Excluir para proteger: la "guerra" contra la trata y el tráfico de migrantes y las nuevas lógicas de control migratorio en Ecuador". *Estudios Sociológicos* 37, N.º 111 (2019): 689-725.
- Sánchez Barrenechea, Jimena, Cécile Blouin, Violeta Minaya Rojas Li y Alexander Segundo Benites Alvarado. *Las mujeres migrantes y refugiadas venezolanas y su inserción*

- en el mercado laboral peruano: dificultades, expectativas y potencialidades. Pontificia Universidad Católica del Perú y CARE, 2020. <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/08/28215815/Libro-Mujeres-Vulnerables-Venezolanas.pdf>.
- Universidad de los Andes. *Comentarios al proyecto de decreto que crea el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos: hoy más vigentes que nunca ad portas de la reglamentación*. Universidad de los Andes, 2021. <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/comentarios-proyecto-de-decreto-estatuto-temporal.pdf>.
- Vargas Canales, Génesis. “Demanda de hábeas corpus contra la exigencia de pasaporte a personas venezolanas y sus retos para la justicia constitucional peruana”. *Gaceta Constitucional*, N.º 140 (2019): 70-78.
- Vásquez, Tania, Erika Busse y Lorena Izaguirre. *Migración de población haitiana a Perú y su tránsito hacia Brasil desde el año 2010*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2015. https://repositorio.iep.org.pe/bitstream/IEP/884/1/Vasquez_Migraciondepoblacion.pdf.

Normativa

Colombia

- D. 117/2020.
- L. 2136/2021.
- Res. 0667/2021, Ministerio del Interior.
- Res. 0746/2021, Ministerio del Interior.

Perú

- Ley del Refugiado, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 23 de diciembre del 2002.
- Decreto Supremo 119-2003-RE, Reglamento de la Ley del Refugiado publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 14 de octubre del 2003.
- Decreto Legislativo de Migraciones 1350, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 7 de enero del 2017.
- Decreto Legislativo 689 del 4 de noviembre de 1991. <https://www.oas.org/dil/Migrants/Peru/Decreto%20Legislativo%20N%C2%BA%20689.pdf>.
- Decreto Supremo 179-2004-EF, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 8 de diciembre del 2004.
- Decreto Supremo 001-2017-IN, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 3 de enero del 2017.
- Decreto Supremo 023-2017-IN, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 29 de julio del 2017.
- Decreto Supremo 001-2018-IN, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 23 de enero del 2018.
- Decreto Supremo 007-2018-IN, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 19 de agosto del 2018.

Decreto 216 del 2021, “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”, 1.º de marzo del 2021.

Decreto 117 del 2020, “Por el cual se adiciona la Sección 3 al Capítulo 8 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF)”. Publicado el 28 de enero del 2020.

Resolución de Superintendencia 000009-2021-MIGRACIONES, publicada el 9 de enero del 2021.

Resolución de Superintendencia 000069-2021-MIGRACIONES, publicada el 26 de marzo del 2021.

Resolución de Superintendencia 0275-2021/MIGRACIONES, publicado el 31 de diciembre del 2021.

Jurisprudencia

Sentencia del Quinto Juzgado Penal para Procesos con Reos Libres del 5 de octubre del 2018. Exp. 06488-2018-01801-JR-PE-05, https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Exp.-06488-2018-0-1801-JR-PE-05-2-32-Legis.pe_.pdf.

Tribunal Constitucional. Sentencia (Pleno) 1007/2021 del 16 de diciembre del 2021.

Sobre los autores

Juan Manuel Amaya Castro es profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM). Doctorando en Derecho Internacional de la Universidad de Leiden (Países Bajos), doctorado y posdoctorado en Derecho de la Universidad Libre de Ámsterdam (Países Bajos). Ha sido profesor en la Universidad Erasmus de Rotterdam, la Universidad de Utrecht, la Universidad Libre de Ámsterdam, Amsterdam University College y la Universidad para la Paz en Costa Rica. Miembro del Consejo Consultivo de *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*. Miembro del Consejo Editorial y Científico de *UNA: Revista de Derecho* (jm.amaya@uniandes.edu.co).

Cécile Blouin es profesora de la Facultad de Derecho y la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Versailles Saint-Quentin-en Yvelines (Francia). Magíster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Magíster en Derecho, mención estudios bilingües de los derechos europeos por la Universidad de París x Nanterre (Francia). Ha sido investigadora en temas de movilidad humana y en especial de migración venezolana, en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (cblouin@pucp.edu.pe).

Laura Cristina Dib-Ayesta es abogada y licenciada en Estudios Liberales, egresada de la Universidad Metropolitana (UNIMET) en Caracas, Venezuela. Obtuvo su LL. M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame en Estados Unidos (*magna cum laude*).

Fue asistente de investigación en el proyecto "Justicia Constitucional en Tiempos de Transición" y asesora legal de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Es directora de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes y es miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM) y del Grupo de investigación Derecho, Migración y Acción Social (DMAS) de la misma universidad (lc.dib@uniandes.edu.co).

Erin Formby es abogada de la Universidad de Harvard y química de la Universidad de Texas en Austin (Estados Unidos). Se desempeñó como *fellow* en el área internacional de Dejusticia, enfocándose en los temas de migración, cambio climático y cierre de espacios cívicos. Actualmente se desempeña como abogada asociada en la firma Norton Rose Fulbright en temas de arbitraje internacional en Estados Unidos (eformby@jd20.law.harvard.edu).

Carolina Moreno V. es doctora en Derecho de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho Público de la Universitat Pompeu Fabra, abogada y especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes. Actualmente es profesora asociada y directora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus) y de la Colección Estudios Cijus de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Es directora del Centro de Estudios en Migración (CEM) y del grupo de investigación Derecho, Migración y Acción Social (DMAS) y cofundadora de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. En su trabajo de docencia e investigación se ha enfocado en los siguientes temas: derecho administrativo y administración pública, políticas públicas, migración y desplazamiento interno, educación legal clínica y género (camoreno@uniandes.edu.co).

Gracy Pelacani es profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, profesora de la Clínica Jurídica para Migrantes, miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM) y del grupo de investigación Derecho, Migración y Acción Social (DMAS) de la misma universidad. Dirige el Semillero de Investigación en Derecho y Migración en Colombia de la misma casa de estudios. Es doctora en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Università degli Studi di Trento (Italia) y fue profesora visitante de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Su investigación se ha centrado en temas de migración y nacionalidad, derecho comparado y educación legal clínica. Actualmente desarrolla un proyecto de investigación enfocado en la situación de la niñez migrante en la región latinoamericana y en los aportes de la educación legal clínica a los derechos de esta población (g.pelacani@uniandes.edu.co).

Lucía Ramírez Bolívar es abogada especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia (2008) y magíster en Trabajo Social con énfasis en Trabajo Social Internacional y Pobreza e Inequidad de la Universidad de Chicago, Estados Unidos (2015). Ha trabajado en investigación, docencia, litigio e incidencia en derechos humanos —especialmente en los temas de migración forzada y derechos de las mujeres— con agencias de cooperación internacional y organizaciones no gubernamentales en Colombia y Estados Unidos. Fue investigadora de la línea de Política de Drogas, coordinadora de investigaciones en los temas de Migración y Venezuela en Dejusticia y actualmente es coordinadora de la línea de género en la misma organización (lramirez@dejusticia.org).

Eduardo Trujillo Ariza es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) (Caracas, Venezuela). Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, de cuyas cátedras ha sido profesor en la UCAB. Realiza su práctica profesional en Venezuela atendiendo consultorías de derecho privado en general y específicamente temas de derecho corporativo y civil en materia de contratos. Es director del Centro de Derechos Humanos de la UCAB y cuenta con experiencia de incidencia y litigio en sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Miembro del Colegio de Abogados de la ciudad de Caracas y de la Asociación Venezolana de Arbitraje (edutruji@ucab.edu.ve).

Perspectivas sociojurídicas de la migración
se terminó de imprimir
en febrero del 2023
en Bogotá, D. C., Colombia