

LA APATRIDIA EN COLOMBIA: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente



LA APATRIDIA EN COLOMBIA: **Fragmentos dispersos de una** **conversación pendiente**

Serie: Informes CEM
Informe No. 2-2020

ISSN 2744-9181

Carolina Moreno V., Gracy
Pelacani, Juan Manuel Amaya-
Castro

Bogotá, Colombia



CEM
Centro de Estudios
en Migración

Citar como: Moreno V., Carolina, Pelacani, Gracy, Amaya-Castro, Juan Manuel. "La apatridia en Colombia: Fragmentos dispersos de una conversación pendiente". Informes CEM. Informe No. 2-2020. Centro de Estudios en Migración (CEM). Junio 2020. Bogotá, Colombia.

Fecha de cierre del documento: 20/06/2020

Agradecimientos

Los autores de este informe agradecen de manera especial a las y los estudiantes y profesores del Semillero de Investigación de Derecho y Migración en Colombia de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Los debates y los aportes que se dieron en el marco del Semillero contribuyeron significativamente a la elaboración de las reflexiones del presente informe.

Resumen

Los informes del Centro de Estudios en Migración (CEM) pretenden reflexionar sobre los aspectos más relevantes y problemáticos de la gestión de la migración en Colombia. Este segundo informe se enfoca en los temas de la apatridia y de la nacionalidad, los cuales han cobrado extrema relevancia a raíz 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 territorio colombiano de padres venezolanos.

El informe, en primer lugar, profundiza en la razón de ser de esta situación de apatridia o de riesgo de apatridia y en las vulnerabilidades específicas de la población venezolana en Colombia a este respecto. Sucesivamente, con el fin de poner en contexto este debate, el informe explica y ahonda en el significado, relieve y desarrollo del concepto de nacionalidad. Asimismo, relata la forma en que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reaccionado a las necesidades de protección de las personas apátridas.

Una vez identificadas las causas de esta situación, así como las bases y el contexto de esta reflexión, el informe pasa a analizar en detalle los diversos instrumentos adoptados por el Estado colombiano a este respecto. Del mismo modo, reflexiona sobre algunas cuestiones relacionadas, tales como: la interpretación de la Registraduría Nacional del Estado Civil de la

forma de demostrar el domicilio en Colombia por parte de los extranjeros, las preocupaciones que surgen alrededor de la protección de la unidad familiar de estos niños y niñas nacionales colombianos y sobre la forma en que el Proyecto de Ley 036 de 2019 sobre “Lineamientos, principios y marco regulatorio de la Política Integral Migratoria del Estado colombiano”, actualmente en discusión en el Congreso de la República, se ocupa de esta cuestión.

A raíz de estas reflexiones, afirmamos que el debate sobre nacionalidad y apatridia todavía no se ha dado de manera amplia y profunda en Colombia. A pesar de ser el país en la región que más acoge población migrante venezolana, seguimos siendo, en este aspecto, una excepción en la región. La ausencia de este debate refleja la forma en que se ha reaccionado a la migración desde Venezuela en estos años, la cual ha sido fragmentaria y de corto plazo, así como de la falta de una reflexión profunda, de largo aliento y con enfoque de derechos sobre el fenómeno migratorio.

Palabras clave: apatridia, nacionalidad, migración, Venezuela.

Resumo

Os relatórios do Centro de Estudios en Migración (CEM) pretendem refletir sobre os aspectos mais importantes e problemáticos da gestão da migração na Colômbia. Este segundo relatório se focaliza em os temas da nacionalidade e apatridia, que se tornaram extremamente relevantes como resultado das medidas que o Estado colombiano adotou para responder a situação de apatridia ou risco de apatridia em que se encontram milhares de meninos y meninas nascidos no território colombiano de pais de nacionalidade venezuelana.

Este relatório, em primeiro lugar, investiga as razões dessa situação de apatridia ou risco de apatridia e as vulnerabilidades específicas da população venezuelana na Colômbia a esse respeito. Sucessivamente, para contextualizar essa discussão, o relatório explica y se aprofunda no significado, importância y desenvolvimento do conceito de nacionalidade. De mesma forma, apresenta a forma em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos reagiram as necessidades de proteção das pessoas apátridas.

Uma vez identificadas as causas dessa situação bem como as bases y o contexto dessa reflexão, o relatório analisa em detalhe os diversos instrumentos adotados pelo Estado colombiano a esse respeito. Da mesma forma, reflete sobre algumas questões relacionadas, como a interpretação da Registraduría Nacional del Estado Civil da forma de demonstrar o domicilio na Colômbia por parte dos estrangeiros, as preocupações que

surgem em torno da proteção da unidade familiar dessas crianças que são nacionais colombianas y sobre a maneira como o projeto de lei 036 de 2019 sobre “lineamientos, principios y marco regulatorio de la Política Integral Migratoria del Estado colombiano”, atualmente em discussão no Congresso de República, aborda essa questão.

Como resultado dessas reflexões, afirmamos que o debate sobre nacionalidade e apatridia ainda no se desenvolveu de forma ampla y profunda na Colômbia. Apesar de ser o país que mais acolhe população migrante venezuelana, continuamos sendo, a esse respeito, uma exceção na região. A ausência desse debate reflete a reação a migração da Venezuela nesses anos, fragmentaria y de curto prazo, bem como a falta de uma reflexão profunda, de longo prazo e focada em direitos humanos sobre o fenómeno migratório.

Palavras-chave: apatridia, nacionalidade, migração, Venezuela.

Summary

The reports published by the Centro de Estudios en Migración, the Center for Migration Studies (CEM), aim to reflect on the most relevant and problematic aspects of migration management in Colombia. This second report focuses on the topics of statelessness and nationality. These two topics have become very important recently, as the Colombian state adopted various measures to deal with the statelessness or the risk of statelessness of thousands of children born in Colombia from Venezuelan parents.

This report begins by examining these situations of statelessness or risk thereof, how they come about, and how they relate to the specific vulnerabilities of the Venezuelan population in Colombia. Subsequently, the report situates this situation in the overall meaning and development of the concept of nationality, and of the phenomenon of statelessness. It also gives account of the ways in which international human rights law as well as the Interamerican human rights system have responded to the necessity of protection for stateless persons.

Once identified the causes of this situation, as well as the background and context of this topic, the report moves to a detailed analysis of the various instruments adopted by the Colombian state. It reflects on some of the main legal questions that have played out in this context. Mostly, it looks at the interpretation by the National Registry of the requirement that you demonstrate the existence of "domicile" in Colombia by the foreign parents of children born in Colombia, something which amounts to a practical impossibility for most Venezuelan nationals. It also reflects on the problems that

arise from these situations for the protection of the family once these children have received the Colombian nationality. Finally, it looks at the implications for this topic of a legislative project (036 of 2019) that aims to offer, for the first time, a legal framework for how Colombia deals with foreigners, and that is currently being debated in Congress.

Based on these reflections we observe that there has not yet been a wide or serious debate about nationality and statelessness in Colombia. Despite the country being the one that most receives migrants and refugees from Venezuela, Colombia remains, in this sense, an exception in the region. The absence of this debate reflects the ways in which the state has reacted and responded to the migration from Venezuela in recent years: It has been fragmentary and short term based, lacking in serious reflection of a long term vision, and without a focus on the importance of rights for the migratory phenomenon.

Key words: statelessness, nationality, migration, Venezuela.

Tabla de CONTENIDO

1. Introducción	10
1.1. El riesgo y la situación de apatridia de las niñas y niños nacidos en territorio colombiano de padres de nacionalidad venezolana	11
1.2. Particularidades de la población migrante proveniente de Venezuela	14
2. La nacionalidad y la apatridia	18
2.1. Introducción: situando a la nacionalidad (y a la apatridia) en el ordenamiento global	18
2.2. La nacionalidad: historia de una categoría política	19
2.3. La nacionalidad: una categoría jurídica y administrativa	22
2.4. La apatridia y el derecho a tener derechos	23
3. El Derecho Internacional y el Proyecto de Erradicación de la Apatridia	25
3.1. Los derechos de los apátridas	25
3.2. El derecho humano a una nacionalidad	25
3.3. Hacia la reducción proactiva de la apatridia	27
3.4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos	28
3.5. Situando a Colombia en el mundo y en la región	30

4. El marco normativo del Estado colombiano sobre nacionalidad y apatridia	33
4.1. La demostración del domicilio en Colombia: una cuestión previa. La interpretación de la RNEC y su Circular No. 168 de 2017	33
4.2. El acceso a la nacionalidad colombiana, los hijos de la migración venezolana y la respuesta del Estado colombiano	36
4.3. Inclusión de la nota “válido para demostrar nacionalidad” de la Resolución 8470 de 2019 de la RNEC: una primera alternativa de respuesta no exenta de críticas	37
4.4. La presunción de la residencia y el ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas: análisis crítico de la Ley 1997 de 2019	41
4.5. La batalla legal de las familias migrantes por el acceso a la nacionalidad colombiana: la perspectiva de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia T-006 de 2020	43
4.6. El Proyecto de ley migratoria: fichas adicionales en materia de apatridia y nacionalidad	48
4.7. 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.	49
5. Conclusiones	53
Los autores	56

1.

Introducción

En agosto del año 2019 se anunció públicamente la creación del Centro de Estudios en Migración (CEM) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes¹. El CEM, desde su creación, a través de sus actividades de investigación, educación y estrategias de incidencia, ha querido ser un actor relevante en el debate sobre el diseño de la política pública migratoria del Estado colombiano. Para ello, el Centro se ha comprometido con la constante producción de insumos y análisis sobre los aspectos más relevantes y problemáticos de la gestión migratoria en Colombia. Asimismo, con sus intervenciones, ha querido llamar la atención sobre aquellos aspectos de la migración invisibilizados en el día a día de la gestión de los flujos migratorios.

El primer informe del CEM (No. 1-2019), bajo el título “La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud”², fue publicado en agosto de 2019. En este informe se analizaron las medidas adoptadas por el Estado colombiano para atender las necesidades en salud y educación de la población migrante proveniente de Venezuela. De igual manera, se pusieron de relieve los múltiples aspectos problemáticos de dichas decisiones y los vacíos que aún persisten en la protección de los derechos a la salud y a la educación de la población migrante.

Cumpliendo con su compromiso, el CEM publica ahora su segundo informe (No. 2-2020) sobre el tema de la apatridia, bajo el título “La apatridia en Colombia: fragmentos dispersos de una conversación pendiente”. Esta cuestión, por mucho tiempo olvidada y marginal en Colombia, ha ido cobrando más importancia en los últimos años. Frente a la alta y constante llegada de personas migrantes provenientes de Venezuela a territorio colombiano³, las autoridades han tenido que enfrentarse, obligatoriamente, a este tema. Así, se han tomado medidas para ofrecer una solución excepcional y temporal a los miles de niñas y niños nacidos en territorio colombiano de padres de nacionalidad venezolana. Sin embargo, como lo argumentaremos a lo largo del presente informe, aún queda mucho por hacer.

1 Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Centro de Estudios en Migración (CEM). <https://derecho.uniandes.edu.co/es/impacto-social/clinicas-juridicas/migrantes>.

2 Centro de Estudios en Migración (CEM). Amaya-Castro, Juan Manuel, Moreno, Carolina, Pelacani, Gracy. “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. Disponible en <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>.

3 Al 31 de marzo de 2020, de los 1.809.872 nacionales venezolanos que se estiman presentes en territorio colombiano, 784.234 resultan estar en estatus migratorio regular y 1.025.638 en estatus migratorio irregular. Migración Colombia. Venezolanos en Colombia corte a 31 de marzo de 2020. 28 de mayo de 2020. Disponible en:

<https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-31-de-marzo-de-2020>.

En efecto, a pesar de las medidas tomadas por parte de las autoridades, en Colombia sigue faltando un debate en profundidad y de largo aliento sobre la apatridia. Con este informe queremos contribuir al desarrollo de una reflexión informada e inaplazable. Para ello, el informe se divide en cinco secciones. Luego de esta introducción, se explica brevemente la situación en la que surge el riesgo de apatridia para las niñas y niños nacidos en territorio colombiano de padres de nacionalidad venezolana. Enseguida, se profundiza sobre algunas de las barreras a las que se enfrenta la población migrante venezolana en Colombia. La segunda sección desarrolla reflexiones generales sobre la nacionalidad y la apatridia, sus consecuencias y su relevancia, especialmente para los niños y niñas. En la tercera sección, se exponen los diversos instrumentos de derecho internacional relevantes para el Estado colombiano, los cuales representan el marco dentro del cual tiene que darse esta reflexión. En la cuarta sección, analizamos en detalle los diversos instrumentos normativos adoptados por el Estado colombiano para responder a esta situación, poniendo de relieve sus límites. Finalmente, en la quinta sección presentamos una serie de reflexiones conclusivas.

1.1. El riesgo y la situación de apatridia de las niñas y niños nacidos en territorio colombiano de padres de nacionalidad venezolana

El término apátrida identifica a aquella persona que ningún estado reconoce como su nacional⁴, según la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, siendo esta una condición que se puede adquirir al momento del nacimiento o en un momento posterior. Así, la condición de apatridia puede derivar de diversas causas. Esta 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 acceder y 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 podrá acceder a la educación, servicios de salud, trabajo, ejercer su libertad de circulación, viajar y contraer matrimonio, entre otros⁵.

Para las niñas y niños, además, la vulnerabilidad que deriva de esta condición es aún más acentuada. La Convención sobre los Derechos del Niño⁶, en su Artículo 7, establece que este "(...) 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

4 Art. 1.1, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 28 de septiembre de 1954. El Estado colombiano ha ratificado esta Convención el 7 de octubre de 2019. Ha adherido a la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961 el 25 de agosto de 2014. Véase, Ley 1588 de 2012, "Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre el Estatuto de los Apátridas", adoptada en Nueva York, el 28 de septiembre de 1954 y la "Convención para reducir los casos de Apatridia", adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961", Diario Oficial No. 48.619 de 19 de noviembre de 2012. Véase también, Corte Constitucional, Sentencia C-622 de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo.

5 En la segunda sección de este informe se presenta una reflexión de más largo aliento sobre la nacionalidad y la apatridia.

6 ONU. Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>. Colombia ratificó esta Convención en 1991.

modo apátrida”. Por su lado, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁷, consagra, en su Artículo 29, el derecho de todos los hijos de los trabajadores migratorios “a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad”.

En una Observación conjunta entre los Comités de estos dos instrumentos internacionales del año 2017, se afirma que, aunque los estados no tengan la obligación de conceder la nacionalidad a todos los niños que nacen en su territorio, sí están obligados a adoptar en sus normativas nacionales todas las medidas necesarias para prevenir el riesgo o la situación de apatridia de los menores. 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 respecto a su residencia o a una cierta duración de esta, impidan o lo discriminen a la hora de adquirir o transmitir la nacionalidad⁸.

Asimismo, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) adoptó, en 2014, el Plan de Acción Mundial para acabar con la apatridia: 2014 – 2024. Este establece diez acciones en cabeza de los estados para que se resuelvan las situaciones principales de las personas apátridas, se prevenga el surgimiento de esta condición y se puedan identificar y proteger mejor las poblaciones en esta situación. En particular, las acciones No. 2 (“Asegurar que ningún niño nazca apátrida”) y No. 7 (“Garantizar el registro de nacimientos para prevenir la apatridia”) están enfocadas a la niñez en riesgo o situación de apatridia.

En este contexto, ante el riesgo de apatridia o a la situación de apatridia en la que se encuentran miles de menores nacidos en territorio colombiano de padres de nacionalidad venezolana, el Estado colombiano ha adoptado varias medidas a lo largo del año 2019, con el fin de reconocer a estos recién nacidos 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 los menores⁹.

En el caso de la población venezolana, el riesgo o la situación de apatridia para las niñas y los niños que nacen en territorio colombiano se configura, en un primer momento, por la imposibilidad de registrar los menores como nacionales venezolanos frente a las autoridades de este país. Esto se debe, por un lado, a la total ausencia de servicios consulares en

7 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. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

8 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 de 2017. Véanse los párrafos 23-26, en particular. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5bd788294.html>.

9 Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados, Colombia toma medidas para garantizar que los niños y las niñas hijos de padres venezolanos no se conviertan en apátridas, 6 de agosto de 2019, Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2019/8/5d4974604/colombia-toma-medidas-para-garantizar-que-los-ninos-y-las-ninas-hijos-de.html>; UNICEF, UNICEF saluda la decisión del Gobierno colombiano para prevenir el riesgo de apatridia de miles de niños nacidos en Colombia, hijos de padres venezolanos, 6 de agosto de 2019, Disponible en: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/unicef-saluda-decision-gobierno-colombiano-prevenir-riesgo-apatridia-ninos-nacidos-Colombia-padres-venezolanos>

territorio colombiano por parte de la República Bolivariana de Venezuela, debido a la ruptura de las relaciones consulares con Colombia. Por el otro, por la dificultad en cumplir con los requisitos impuestos por la normativa venezolana en el caso de niñas y niños que nacen fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela¹⁰.

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. Esto es así porque la Ley 43 de 1993 (Art. 2)¹¹ establece que el menor será nacional colombiano por nacimiento, cuando ambos padres sean extranjeros, si se demuestra que, por lo menos uno de los dos estaba domiciliado en Colombia en el momento del nacimiento. Sin embargo, los nacionales venezolanos encuentran múltiples dificultades para demostrar su domicilio en territorio colombiano, como se dirá de manera detallada en las siguientes secciones de este informe.

Estas dificultades se deben a la interpretación restrictiva del concepto de domicilio que la Registraduría Nacional del Estado Civil (en adelante, RNEC) ha establecido en la Circular No. 168 de 2017¹². Dicha decisión únicamente reconoce como extranjeros domiciliados en Colombia a aquellos que sean titulares de una visa tipo Migrante (o visa tipo "M") o tipo Residente (o visa tipo "R")¹³. Tal restricción conlleva que, bajo esta interpretación, quienes estén en situación migratoria irregular, sean titulares de un Permiso Especial de Permanencia (en adelante, PEP), de un salvoconducto de permanencia porque son solicitantes de la condición de refugiado o de un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), no serán considerados como domiciliados en el territorio. Por ende, sus hijos nacidos en Colombia podrían encontrarse en riesgo o situación de apatridia en la eventualidad de que los padres no puedan transmitirles su nacionalidad.

Así, ante al riesgo o situación de apatridia en que se encontrarían estos menores, se ha respondido, en un primer momento, mediante la expedición de la Resolución No. 8470 de 2019 de la RNEC¹⁴, la cual establece el procedimiento a seguir por parte de las oficinas con función registral, con el fin de incluir de oficio la anotación "Válido para demostrar nacionalidad" en los registros civiles de nacimiento de los menores nacidos en Colombia

10 De estas dificultades hace mención, por ejemplo, el informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley número 402 de 2019 Cámara, 251 de 2019 Senado, el cual se convirtió en la Ley 1997 de 2019. Véase, Gaceta del Congreso, No. 745, 14 de agosto de 2019.

11 COLOMBIA. Ley 43 del 1° de febrero de 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 No. 40.735.

12 RCOLOMBIA. Registraduría Nacional del Estado Civil, Circular No. 168 de 2017, diciembre 22. "Modificación circular no. 059 del 26 de marzo de 2015 - 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 nacionalidad". Disponible en:

https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/circular_registraduria_0168_2017.htm.

13 COLOMBIA. Ministerio de Relaciones Exteriores, Resolución No. 6045 de 2017, agosto 2, "Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y deroga la Resolución 5512 del 4 de septiembre de 2015". Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_6045_2017.htm.

14 COLOMBIA. Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución No. 8470 de 2019, 5 de agosto de 2019, "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". Disponible en: https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/resolucion_8470.pdf.

a partir del 19 de agosto de 2015, cuyos padres no cumplieran con el requisito del domicilio. Enseguida, el 16 de septiembre de 2019, se promulgó la Ley 1997 de 2019, la cual adiciona un párrafo al Art. 2º de la Ley 43 de 1993, estableciendo que se presumirá la residencia y ánimo de permanencia (esto es, el domicilio) de los padres de nacionalidad venezolana –“en situación migratoria regular o irregular, o solicitantes de refugio”– con el fin de que sus hijos, nacidos en Colombia a partir del 1º de enero de 2015 adquieran la nacionalidad colombiana por nacimiento. Ambas medidas establecen que su vigencia será de dos (2) años a partir de su promulgación.

Así, aun reconociendo el esfuerzo adelantado por las autoridades colombianas para remediar esta situación, persisten varios puntos problemáticos. La temporalidad y excepcionalidad de estas medidas demuestran, una vez más, que las autoridades del Estado colombiano responden de manera reactiva a un contexto que se sigue leyendo como circunstancial. Además, como se dirá, en el caso de la población migrante venezolana presente en territorio colombiano, todo esto es particularmente problemático precisamente por las condiciones en las que esta población se encuentra en Colombia.

1.2. Particularidades de la población migrante proveniente de Venezuela

Como es sabido, la situación que enfrenta la República Bolivariana de Venezuela ha sido identificada como una emergencia humanitaria compleja¹⁵, debido a “(...) la combinación de escasez de medicamentos con escasez de comida, sumada a la propagación de enfermedades a través de las fronteras venezolanas”¹⁶. Por su parte, la misma Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que Venezuela enfrenta una emergencia humanitaria, la cual “ha generado una crisis de salud de grandes dimensiones que vulnera de forma masiva y sistemática el derecho a la salud de los venezolanos”¹⁷. Asimismo, la Corte ha afirmado que “(...) la delicada situación humanitaria que viven los migrantes en situación irregular, los pone en una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja que demanda la adopción de medidas especiales por parte del Estado y su tratamiento como **sujetos de especial protección constitucional**”¹⁸. (Negrilla en el texto original).

15 Una “emergencia compleja” se define como “una crisis humanitaria que tiene lugar en un país, región o sociedad, en la que hay un vacío considerable o total de poder, como resultado de conflictos internos o externos, y que requiere de una respuesta internacional que vaya más allá del mandato o la capacidad de un solo organismo o del programa de las Naciones Unidas en curso para el país”. Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA), Orientation Handbook on Complex Emergencies, agosto de 1999. Disponible en: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/3D153DA3049B322AC1256C30002A9C24-ocha__orientation__handbook_on__.html.

16 La escasez de alimentos y la inseguridad alimentaria que esta investigación pone de relieve ha conllevado un aumento de la desnutrición infantil y de los casos de desnutrición aguda. Asimismo, es notorio el colapso de los servicios de salud, faltando en los hospitales los medicamentos, así como los servicios básicos – como el agua y la luz – para atender los enfermos de manera adecuada. Human Rights Watch, Center for Public Health and Human Rights at Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health, The Johns Hopkins Center for Humanitarian Health, Venezuela’s Humanitarian Emergency. Large-Scale UN Response Needed to Address Health and Food Crises, April 2019, pp. 28-31. Disponible en: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/venezuela0419_web_0.pdf. Véase también CIDH. CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos. Comunicado de prensa No. 106/20, 8 de mayo de 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>, CIDH. Informe Anual 2019, Capítulo IV.B Venezuela. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf>.

17 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-210/18, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado

18 Ibid.

En este marco, no sobra recordar que ACNUR ha afirmado que “(...) 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”¹⁹. A pesar de que el reconocimiento de la condición de refugiado, bajo la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, sea todavía extremadamente bajo en Colombia para las personas venezolanas, es necesario recordar que el principio de no devolución se aplica independientemente de este reconocimiento. Así, aunque la persona no reúna los requisitos para ser refugiada o solicitante de refugio, no podrá ser sujeta a expulsión o devolución cuando sus derechos corran el riesgo de ser afectados²⁰.

De la misma manera, la Corte IDH sostiene que existe:

[U]n deber de los Estados de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo a ninguna persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a violaciones contra su vida, integridad personal, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o una flagrante denegación de justicia²¹.

Es fundamental tener de presente que la población venezolana encuentra múltiples obstáculos para regularizar su situación migratoria en Colombia. Por un lado, las medidas adoptadas hasta el momento para este fin por parte del Estado colombiano son limitadas, tanto en su ámbito de aplicación personal como temporal. Como es sabido, los PEP son permisos creados ad hoc para regularizar la situación migratoria de los nacionales venezolanos en territorio colombiano. Su solicitud requiere que la persona sea titular de pasaporte –aunque vencido²²– y que haya hecho ingreso al territorio de manera regular, sellando el mismo. Por el otro lado, el PEP se otorgará únicamente a aquellas personas que hayan hecho ingreso en los periodos establecido por las resoluciones que crearon y establecieron nuevos términos para acceder a este permiso²³. En especial, por el tema que aquí nos interesa, el PEP es un permiso individual que, en ninguna circunstancia, puede ser extendido a los miembros de la familia del titular.

19 ACNUR, Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I, 21 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>.

20 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 22.6, 22.8 y 22.9; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Art. 13, ONU. Executive Committee of the High Commissioner's Programme. Complementary forms of protection: their nature and relationship to the international refugee protection regime. Standing Committee 18th meeting. EX/50/SC/CRP.18, 9 June 2000, párr. 16. Véase también, CEJIL. 3. Ficha técnica sobre el derecho a la no devolución y no expulsión, párr. 23-26. Disponible en: <https://www.cejil.org/sites/default/files/ficha3.pdf>.

21 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 10 y 226.

22 COLOMBIA. Ministerio de Relaciones Exteriores, Resolución No. 0872 de 2019, “Por la cual se dictan disposiciones para el ingreso, tránsito y salida del territorio colombiano, para los nacionales venezolanos que porten el pasaporte vencido”, Diario Oficial No. 50.888 del 7 de marzo de 2019.

23 Véase la última resolución en este sentido de COLOMBIA. Ministerio de Relaciones Exteriores, Resolución No. 0240 del 2020, “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”. Disponible en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202020/Resolucion%200240%20del%2023%20de%20enero%20de%2020200.pdf>.

Las dificultades para regularizar su situación migratoria permanecen para esta población a pesar de las medidas adoptadas a principios del año 2020 por el Gobierno colombiano. Estas consistieron en el establecimiento de nuevos términos para solicitar el PEP y en la creación del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEP-FF). Los requisitos para acceder al PEP siguen inalterados y, por lo tanto, adolece de las mismas limitaciones de los anteriores, las cuales se acaban de evidenciar. El PEP-FF puede ser obtenido por los nacionales venezolanos que estén en situación migratoria irregular y cuenten con una oferta de contratación laboral o con una oferta de contratación de prestación de servicios en el territorio nacional²⁴. Además, el sujeto responsable de adelantar el proceso de solicitud del PEP-FF es el empleador, quien manifiesta la intención de contratar a la persona migrante venezolana.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha reconocido "(...) 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"²⁵. Asimismo, el ACNUR ha puesto de manifiesto las dificultades a las que se enfrentan las personas de nacionalidad venezolana para obtener o legalizar sus documentos, lo cual deriva en una vulneración de sus derechos, entre ellos, a tener una identidad²⁶.

Por ende, es fundamental que las autoridades tomen medidas para que la protección de la vida familiar de sus nacionales sea efectiva. Esto es así, toda vez que, tanto a nivel internacional como interno, se ha reconocido en múltiples ocasiones que se trata de una población en situación de vulnerabilidad, para la cual regularizar su situación migratoria en Colombia resulta ser un requisito de muy difícil o imposible cumplimiento.

Estas reflexiones son aún más relevantes cuando se toman en consideración las condiciones en las que se encuentra la población proveniente de Venezuela en territorio colombiano. Se trata de personas que, en su mayoría, se encuentran en situación de vulnerabilidad. Es oportuno recordar que, durante todo el año 2019, no se establecieron nuevos términos para acceder al PEP ni se crearon otros mecanismos para que la población migrante proveniente de Venezuela pudiera regularizar su situación, más allá de las visas.

Igualmente, la dificultad de las personas migrantes venezolanas para acceder a un pasaporte es notoria, por la falta de servicios consulares en territorio colombiano a raíz de la ruptura de las relaciones diplomáticas entre los dos países, por los altos costos que implica el otorgamiento de un pasaporte y que la mayor parte de la población migrante no está en

24 COLOMBIA. Ministerio del Trabajo, Decreto No. 117 de 2020, 28 de enero de 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". Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20117%20DEL%2028%20DE%20ENERO%20DE%202020.pdf>.

25 CIDH. Resolución 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/-decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>.

26 ONU. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 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 de 2019, Doc. A/HR/C/41/18, párr. 73.

capacidad de asumir y por las dificultades técnicas a las que se enfrentan las autoridades venezolanas para expedirlos²⁷. Además, téngase en cuenta que para la obtención de un pasaporte se obliga a la persona a relacionarse con las autoridades de su país de origen. Cuando se trate de personas que han salido de su país por necesidad de protección internacional, esto puede conllevar un riesgo para su vida y su integridad física. Por lo tanto, les resulta imposible o muy difícil acceder tanto a los PEP como a una visa.

Asimismo, los costos y los requisitos de la política de visas del Estado colombiano hacen que estas sean de muy difícil acceso para la población migrante que llega al país, en la mayor parte de los casos, en situación de extrema vulnerabilidad socioeconómica. De hecho, a diferencia de otros países de la región que han creado visas ad hoc para la población venezolana –como la “Visa de Responsabilidad Democrática” de la República de Chile, por ejemplo²⁸– Colombia ha dejado inalterada su política de visas, prefiriendo la creación del PEP. Este permiso, aunque regulariza la situación migratoria del titular, no permite demostrar domicilio en Colombia, según la interpretación de la RNEC²⁹ y como expresamente lo afirman las diversas resoluciones sobre el PEP. La titularidad de un PEP tampoco permite acumular tiempo de residencia en el país, con el fin de poder aplicar, en un término de cinco años, a una visa de residente, por ejemplo. Esto es relevante en la medida en que la posibilidad de estar regularmente presente en territorio colombiano sigue estando supeditada a la voluntad del Gobierno colombiano de seguir abriendo términos para la renovación de los PEP para los titulares de estos permisos.

En esta sección se ha querido dar cuenta de algunas entre las muchas dificultades a las que se enfrenta la población migrante venezolana en Colombia. La siguiente sección profundiza en los temas de este informe: la nacionalidad y la apatridia.

27 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, junio 2019, p. 18. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol.pdf>.

28 Se trata de una Visa de Residencia Temporal por un período de tiempo de un año, prorrogable por el mismo período, la cual tiene un costo de US\$30. Se requiere la presentación del Certificado de Antecedentes Penales debidamente apostillado o legalizado y del pasaporte vigente o vencido. Más información: <https://chile.gob.cl/chile/blog/venezuela/informacion-sobre-visa-de-responsabilidad-democratica>. Sobre las diversas medidas adoptadas en la región para regular el ingreso y la permanencia de los nacionales venezolanos véase, Selee, Andrew, Bolter, Jessica, Muñoz-Pogossian, Betilde, Hazán, Miryam. “Creatividad dentro de la crisis: opciones legales para migrantes venezolanos en América Latina”. Migration Policy Institute, enero de 2019. Disponible en: <https://www.migrationpolicy.org/research/opciones-legales-migrantes-venezolanos-america-latina>; Acosta, Diego, Blouin, Cécile, Freier, Luisa Feline, “La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas”. Documento de Trabajo No. 3/19. Fundación Carolina. Disponible en: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/04/DT_FC_03.pdf.

29 Sobre este aspecto en particular se profundizará en la sección 4.3 de este informe.

2.

La nacionalidad y la apatridia

2.1. Situando a la nacionalidad (y a la apatridia) en el ordenamiento global

El ordenamiento global se caracteriza por ser un sistema de estados soberanos. Lo más cercano que existe a una constitución formal, la Carta de las Naciones Unidas³⁰, es un tratado entre estados y uno de sus principios fundamentales es la igualdad soberana de todos sus miembros³¹. Este ordenamiento cubre todo el planeta³² 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 enfatizar que a los estados soberanos también se les denomina estados naciones, y a veces incluso solamente “naciones”, como en el caso de las Naciones Unidas. Es esa palabra, nación, de la cual deriva la palabra nacionalidad, que es un elemento esencial en la construcción del estatus jurídico de las personas en el ordenamiento global³³.

El significado de la palabra nación implica que todas las personas o todos los nacionales supuestamente pertenecen a una nación. Pero, 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 turcos, sirios e iraquí.³⁴ De la misma forma, muchos estados no necesariamente representan a una sola nación, sino que se consideran multinacionales o multiculturales, como, por ejemplo, Canadá, la India³⁵, o la misma Colombia. Estas son unas categorías que, en ocasiones, han producido fuerzas políticas, muchas veces violentas y que incluso han llevado a invocar el derecho de 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 naciones³⁶. El hecho de que siempre va a ser contencioso si se trata de autodeterminación (y por ende justificable) o secesión (y por ende reprobable) demuestra que estamos hablando de categorías, tanto fundamentales del ordenamiento global, como potencialmente explosivas³⁷.

30 Carta de las Naciones Unidas, adoptada en 1945.

31 Artículo 2(1) de la Carta de las Naciones Unidas.

32 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.

33 David Miller, *On Nationality*, Clarendon Press 1995.

34 James Minahan ofrece una lista de 420 naciones sin estado. *Encyclopedia of Stateless Nations: Ethnic and National Groups around the World*, 2nd Edition, Greenwood 2016.

35 Alfred Stepan, Juan J. Linz, Yogendra Yadav, *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*, John Hopkins University Press 2011.

36 El derecho a la autodeterminación de los pueblos se ha articulado en múltiples declaraciones de la ONU, pero también se ve codificado como el primer artículo de los dos Pactos de Derechos Humanos de la ONU: el Pacto de Derechos Políticos y Civiles, y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los dos del 1966. Véase también un desarrollo del derecho nacional a la autodeterminación en Miller (1995), p. 81-118.

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.³⁸ El fenómeno de la apatridia adquirió 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 1948. El Artículo 15 estipula en su primer párrafo que "toda persona tiene derecho a una nacionalidad".

En la siguiente sección 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.

2.2. 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 ciudadanía.³⁹ La ciudadanía es un término genérico que se usa para denominar la relación entre las personas y el orden soberano. Es un término que lleva consigo muchas connotaciones importantes, de acción política y de responsabilidades cívicas⁴⁰, de moralidad⁴¹ e incluso de identidad.⁴² Pero, desde el derecho romano, la ciudadanía también determina, en su construcción jurídica, el conjunto de derechos y obligaciones que le rigen a la persona.⁴³ En ese sentido, la ciudadanía siempre ha sido un mecanismo de inclusión y exclusión, en el que ciertas personas tienen más derechos que otras.⁴⁴

37 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. Sólo desde hace relativamente poco se ven partidos políticos abiertamente y con éxito abandonar la causa nacionalista. Véase también Ernest Gellner, *Nations and Nationalism*, 2nd Edition, Blackwell Publishing 2006.

38 Sin embargo, en inglés se usa el término *stateless*, que significa literalmente 'sin estado'.

39 Véase generalmente Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad y Maarten Vink (coord.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press 2017.

40 Aristóteles, en su libro *Política*, Alianza Editorial 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*, Paidós 2016, en donde desarrolla una versión más contemporánea de nuestra condición humana como una condición esencialmente política.

41 Marco Tulio Cicerón, *Sobre los Deberes*, Alianza Editorial 2015.

42 Trevor Purvis y Alan Hunt, *Identity versus Citizenship: Transformations in the Discourses and Practices of Citizenship*, *Social Legal Studies* 1999, 8:4, 457-482.

43 John Pocock, *The Ideal of Citizenship since Classical Times*, en R. Beiner (coord.) *Theorizing Citizenship*, State University of New York Press 1995, p. 29-53.

44 Se ha hecho este argumento 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*. Jürgen Mackert & Bryan S. Turner (red.), *The Transformation of Citizenship - Vol. 2: Boundaries of Inclusion and Exclusion*, Routledge 2017, p. 84-100.

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. En ese sentido, 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 si hay una ‘idea maestra’, una constelación ideológica que justifique las diferenciaciones sociales, bien sea el racismo, el feudalismo, el patriarcado, el capitalismo o cualquier otra noción⁴⁵. 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 habitantes⁴⁶. Esto se manifiesta desde el contexto de la ciudad, en el cual surge la noción de ciudadanía⁴⁷, pasando por las eras feudales con sus relacionamientos interpersonales entre vasallos o súbditos y señores, con relación al feudo⁴⁸. Y también es visible en los contextos de los imperios coloniales, con sus complejas diferenciaciones jurídicas entre metrópolis y colonia, con sus “sujetos” coloniales⁴⁹.

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 multinacionales.⁵⁰ 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 nación.⁵¹ Fue justamente el nacionalismo el que primero se universalizó y que impulsó las luchas independentistas de los Siglos XIX y XX. Sin embargo, no en todas partes funcionaba igual, ya que era una noción que no siempre se ajustaba a las realidades sociales⁵². 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 a guerras.⁵³

Tres dimensiones de esas dificultades en la asimilación de la idea de la nación son importantes aquí porque están relacionadas al tema de la apatridia. Primero, en el hemisferio occidental, en las Américas, la inmigración jugaba un papel muy importante en el desarrollo territorial de los países recientemente independizados. Ellos desarrollaron políticas de nacionali-

45 Sobre la ideología como concepto y marco analítico, ver: Slavoj Žižek, *Mapping Ideology*, Verso 1994.

46 Saskia Sassen, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, 2009 (updated edition), en particular p. 31-140.

47 Como igual, siglos después, la noción de la burguesía surge del burgo, que significaba fortaleza, alrededor de la cual, en la Edad Media se organizó el comercio y en el cual surgieron espacios políticamente independientes del ordenamiento Feudal. Véase Pocock 1995, op. Cit.

48 Derek Heater, *A Brief History of Citizenship*, NYU Press 2004, p. 42-50.

49 Mark Sizwebanzi Mngomezulu, *Citizenship in Colonial Africa: An Overview of British and French Repertoires*, in *Journal of Political Inquiry*, Fall 2015 Issue, p. 4-11.

50 Chaim Gans, *Citizenship and Nationhood*, in Rainer Baubock et al., (eds.) *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press 2017, p. 107-128.

51 Phillip Cole, *Philosophies of Exclusion: Liberal Political Theory and Immigration*, Edinburgh University Press 2000.

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

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

dad que enfatizaban la exclusividad de la pertenencia, primero que todo. La forma en la cual se hizo eso fue mediante la adopción del principio de *ius solis*, el cual 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 el territorio y tenían hijos en él. Esta época y los esfuerzos de muchos países por crear un sentimiento nacional también se caracterizaron por el rechazo vehemente de la doble nacionalidad⁵⁴. La nacionalidad tenía que ser algo exclusivo, para así poder construir un ordenamiento político lo suficientemente cohesivo⁵⁵. Esto hizo que, con algunas excepciones muy marcadas, el fenómeno de la apatridia casi no se diera en este continente⁵⁶.

La segunda dimensión de la dificultad en 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 ese momento tuvo respetabilidad científica⁵⁷. 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 religioso⁵⁸. En muchas ocasiones esto ha llevado a que grupos nacionales no sean considerados como miembros de una comunidad política, lo cual los ha dejado en la condición de apátridas. Este es, por ejemplo, el caso de muchas personas de origen haitiano en República Dominicana, que fueron despojadas de su nacionalidad, una actuación evidentemente motivada por una noción exclusivista de lo que es la nación dominicana⁵⁹. 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 la India como una nación exclusivamente hindú⁶⁰. 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 Holocausto⁶¹. Fue justamente esa desnacionalización de los judíos la que impulsó, después de la Segunda Guerra Mundial, a la identi-

54 Peter J. Spiro, A New International Law of Citizenship, American Journal of International Law 2011, vol. 105 Issue 4, p. 694, ofrece una fascinante historia.

55 Anderson 1991, op. cit.

56 Hay dos casos notables de apatridia en el hemisferio americano. El primero está en Costa Rica y Panamá, en 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, 2018. Disponible en:

<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.

57 George L. Mosse, Racism and Nationalism, Nations and Nationalism 1995, 1:2, p. 163-173.

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

59 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 2015.

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

61 Robert Gellately y Nathan Stoltzfus (red.), Social Outsiders in Nazi Germany, Princeton University Press 2001. Los autores hacen también referencia a los Roma y a otros grupos que fueron identificados como inferiores, como los minusválidos y los homosexuales.

ficación 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 a 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 madre⁶². Esta situación ha llevado a miles de casos de apatridia.

Veremos en el siguiente capítulo 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 a 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 y cómo está ligada a la organización práctica del estado.

2.3. La nacionalidad: una categoría jurídica y administrativa

La misma época que vio el surgimiento del estado nación, también vio el desarrollo del estado moderno burocrático⁶³. 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 en donde las ideologías de la nación y de la patria funcionaron como mecanismos ideológicos de movilización masiva, como si este fuera un deber del ciudadano⁶⁴. Este estado moderno introdujo el documento de identificación personal, el registro civil y otras instituciones modernas, ya que requería de mucha información para poder gobernar a escala, para poder cobrar impuestos y, en general, para gobernar⁶⁵. 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 permanente⁶⁶. Desde entonces la nacionalidad quedó plasmada en este documento,

62 Laura van Waas, Zahra Albarazi y Deirdre Brennan, *Gender Discrimination in Nationality Laws: Human Rights Pathways to Gender Neutrality*, Reilly N. (red.), *International Human Rights of Women*. Springer 2018.

63 Max Weber, *¿Qué es la burocracia?*, Ediciones elaleph.com 2000.

64 Eliot Cohen, *Citizens and Soldiers: The Dilemmas of Military Service*, Cornell University Press, 1985.

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

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 Colombia⁶⁷.

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 la República Dominicana y de la India, se han impuesto unos requisitos y procedimientos que, según muchos⁶⁸, tienen como objetivo la exclusión y desnaturalización de grupos enteros de personas. Sin embargo, incluso cuando haya normas razonables y estas sean 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* apátridas.

2.4. 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 penal⁶⁹. 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 constante⁷⁰. Además, para muchos estados también puede ser poco deseable tener un 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.

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

67 Véase infra 4.2.

68 Comisión Interamericana, op. cit., supra nota 59.

69 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 desnaturalizados en 1982 los ha puesto en un estado de vulnerabilidad sumamente serio. Véase UN News, Myanmar: 'Multidimensional and long-standing' root causes behind rights minority abuses, says Bachelet, 27 de febrero de 2020. Disponible en: <https://news.un.org/en/story/2020/02/1058261> (último acceso 5-4-2020).

El desamparo al que se puede llegar en una situación de apatridia llevó a la 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 lo ampare. Solo si uno pertenece, tiene “el derecho a tener derechos” . Y si bien habló con escepticismo frente a la recién adoptada Declaración Universal de los Derechos⁷¹ Humanos, su argumento aún resuena fuertemente y los ejemplos de extrema vulnerabilidad de personas en situación de apatridia siguen siendo demasiados.

El ACNUR ha hecho un esfuerzo enorme para identificar el número y las causas de la apatridia⁷². Se estima que hay aproximadamente entre 10 y 12 millones de personas apátridas en el mundo⁷³. La gran mayoría de estas se encuentran en el continente asiático. Muchos quedaron apátridas después de la disolución de la Unión Soviética. Otros, como los Rohinyá en Myanmar, han sido desnacionalizados. El problema tiene diversas dimensiones y dinámicas diferentes, dependiendo del contexto, y muchos estados han mostrado poco interés en resolverlo. Ha sido incluso difícil tener una idea clara de sus dimensiones cuantitativas⁷⁴. En el continente americano el fenómeno es relativamente excepcional y es, además, aquí en donde el desarrollo normativo que busca la erradicación del fenómeno ha sido más exitoso. Ese desarrollo normativo global y regional es el enfoque de la siguiente sección.

70 Alice Edwards, Laura van Waas (red.), *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge University Press 2014.

71 Hannah Arendt, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Alianza Editorial 2006, en particular el capítulo 9.

72 ACNUR, *Global Action Plan to End Statelessness*, 2014, accesible en: <https://www.unhcr.org/statelesscampaign2014/Global-Action-Plan-eng.pdf> (último acceso 5-4-2020).

73 Ibid.

74 Institute for Statelessness and Inclusiveness, *Statelessness in numbers: 2019 An overview and analysis of global statistics*, julio 2019.

3.

El derecho internacional y el proyecto de erradicación de la apatridia

3.1. 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 público⁷⁵. 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 la vieja perspectiva, y se afirma la obligación para las personas apátridas de respetar las leyes del estado en 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 el poder 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 los derechos internacionales de los apátridas, incluso antes que los de los propios ciudadanos⁷⁶. Si bien quedó claro que así se buscaba garantizar que las personas en condición de apatridia no quedaran a la intemperie, la Convención no contenía ninguna herramienta concreta que sirviera para reducir o erradicar el fenómeno.

3.2. 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 hace que el derecho sea difícil de materializar, más allá del carácter no vinculante de la Declaración. Por su lado, más allá de pedir que los procesos de naturalización sean lo más expeditos posibles, en su Artículo 32, la Convención

⁷⁵ Alison Kesby, *The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law*, Oxford University Press 2012, p. 43-47.

⁷⁶ La excepción era la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950.

de 1954 no dice nada sobre cómo se decide cuál nacionalidad otorgarle a la persona en condición de apátrida. 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 le quiere quitar a alguien la nacionalidad, para así evitar que la persona quede apátrida⁷⁷.

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 Políticos de 1966 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 Racial obliga a que los estados eliminen la discriminación racial en el reconocimiento del derecho a la nacionalidad⁷⁸. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 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 Familiares, en su Artículo 29 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 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 Niño de 1989 va un poco más allá en su Artículo 7.1., en el sentido de que establece obligaciones más específicas: "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, si acaso, en el caso de la privación arbitraria u otro tipo de negación flagrante del derecho a la nacionalidad.

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

78 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Artículo 5.d.iii.

3.3. 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 Apatridia en 1961 (la Convención de 1961). 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*. Igualmente, para niños que nacen en el exterior, el estado contratante debe aplicar el *ius sanguinis*, si de otra forma el niño queda apátrida.⁷⁹

Más allá de la situación de los niños que nacen sin nacionalidad, la Convención 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 suramericanos⁸⁰; con la excepción de Venezuela. Su impacto ha sido relativo, ya que solo recientemente, y tras los esfuerzos del ACNUR en los últimos 10 años, se ha visto crecer su adherencia.⁸¹ 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, se ha visto una interpretación expansiva de varios documentos de derechos humanos y en ella se puede ver, si no la aplicación, si acaso la influencia de la Convención de 1961. Por ejemplo, en 1989, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Comentario General No. 17, 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

79 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*.

80 El texto integral de la Convención está disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5.

81 Laura van Waas, The UN statelessness conventions, en Alice Edwards, Laura van Waas (red.), *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge University Press 2014, p. 64-86.

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 nacionalidad.⁸²

Si bien el Comité explícitamente dice que no hay que aplicar el *ius solis* de manera obligatoria, insiste que el estado donde haya nacido un niño apátrida tiene que esforzarse para garantizar que el niño 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 del 1961:

El 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 Colombia.⁸³

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*. Se está lejos de poder considerar que, en el mundo entero, exista una aceptación de una norma de derecho consuetudinario, pero la tendencia indudablemente apunta a que los estados tomen medidas para combatir el fenómeno.

3.4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ya en el contexto regional, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1980 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 repite literalmente el Artículo 15 de la Declaración Universal y el segundo 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*.

En el caso *Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*⁸⁴, la Corte Interamericana explicó el alcance del Art. 20 (con énfasis nuestro):

82 Párrafo 8 del Comentario General No. 17.

83 Comité de Derechos Humanos, Examen de Informes Presentados: Colombia, A/52/40 vol.1, Geneva: 1997, párr. 306.

84 Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, Sentencia de 8 septiembre de 2005, Serie C No. 130.

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 vulnerabilidad.⁸⁵

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 apatridia, va en contra de las obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con esta interpretación, el Artículo 20 se vuelve una obligación de resultado y este es garantizar que no se incremente el número de personas apátridas. Esto 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 del caso 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 Corte. 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 estado de apatridia porque tiene acceso a otra nacionalidad.

Finalmente, la Corte reiteró su posición en una Opinión Consultiva de 2014,⁸⁶ 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 No. 2 del ACNUR, que establecen que:

85 Párr. 142, énfasis nuestro.

86 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21.

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 diversidad.⁸⁷

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 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 admisible 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 la 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 la Corte Interamericana actuará como una acérrima defensora de las personas que corren el riesgo de quedar en la apatridia.

3.5. Situando a Colombia en el mundo y en la región

Mundialmente, hay una gran diversidad de leyes sobre nacionalidad⁸⁸. 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, en 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 exige que los padres estén domiciliados en el territorio para que se reconozca la nacionalidad 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”⁸⁹.

Desde el punto de vista de la reducción de la apatridia, lo más beneficioso es aplicar ese principio y de manera incondicional. Cualquier requisito o exigencia incrementa el riesgo de la apatridia. De la misma forma, el *ius sanguinis* puede llevar a que se perpetúe la condición de apatridia, como ha sucedido en el caso de los Rohinyá en Myanmar⁹⁰. Muchas veces, estas normas tienen un rango constitucional; mientras que otras veces lo regula la ley

87 ACNUR. Directrices sobre la apatridia No. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, UN Doc. HCR/GS/12/02, 5 de abril de 2012.

88 Una buena fuente se encuentra en Law Library of Congress, Birthright Citizenship Around the World, noviembre 2018.

89 De acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 10 No. 1 de la Constitución Chilena, 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.

90 Op. cit., supra nota 69.

y la reglamentación va adaptando los detalles, a veces con enormes implicaciones. La des-nacionalización 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 indocumentación⁹¹

En términos generales, en la región 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 alrededor de la importancia de afrontarla⁹². La Organización de los Estados Americanos (OEA), en el 2014, se sumó a esta posición política⁹³. 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 Interamericana⁹⁴, 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 por ciento de los países no tiene legislación que permita otorgarle la nacionalidad a niños apátridas; mientras que en el 28 por ciento de países esta legislación tiene problemas serios que impiden su eficacia⁹⁵. 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. Sin embargo, también se han criticado los frecuentes problemas que existen en el ámbito del registro y de la documentación, lo cual conlleva a situaciones de apatridia *de facto*⁹⁶.

En vista de la jurisprudencia sobre el Artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es evidente que el tipo de situaciones en las cuales 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 conocimiento⁹⁷.

91 Comisión Interamericana, op. cit., supra nota 59.

92 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”, Brasilia, 3 de diciembre de 2014. La Declaración fue adoptada por 28 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, Perú, Saint Lucia, Surinam, Trinidad y Tobago, las Islas Turks y Caicos, Uruguay y Venezuela). Disponible en: <https://www.acnur.org/pro-ct/instr/5b5100c04/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil.html>.

93 AG/RES. 2826 (XLIV-O/14) PREVENTION AND REDUCTION OF STATELESSNESS AND PROTECTION OF STATELESS PERSONS IN THE AMERICAS (Adopted at the second plenary session, held on June 4, 2014). Disponible en: 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 de 2016. Disponible en: <https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.RD-en.pdf>.

94 Silvia Ayuso, La República Dominicana se desliga de la Corte Interamericana de DD HH, El País 4 de noviembre de 2014. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2014/11/06/actualidad/1415230815_658290.html.

95 ACNUR. Global Action Plan to End Statelessness 2014-2024, noviembre 2014, p. 9.

96 Polly J. Price, Jus Soli and Statelessness: A Comparative Perspective from the Americas, en Benjamin N. Lawrance and, Jacqueline Stevens (red.), Citizenship in Question: Evidentiary Birthright and Statelessness Duke University Press 2017, p. 27-42.

97 Price, op. cit. 2017 cita a varios informes del Departamento de Estado de los Estados Unidos que hablan de millones de personas en diferentes países y 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.

Es evidente también que los problemas a los que se enfrenta la población venezolana, señalados en este informe, no se observan en otros países de la región, debido a que todos los países de la región no parecen tener el tipo de condición de domicilio que se exige aquí. No tenemos conocimiento de algún estudio que indique la razón de la condición de domicilio, y por lo menos recientemente el gobierno no la ha justificado. Es posible que se pueda presentar en Chile, si se aplica una definición excluyente de la palabra ‘transeúnte’, pero hasta ahora no se ha reportado ningún caso de esta índole⁹⁸

Concluyendo, 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 Derechos Humanos de manera progresiva. El estado, según la jurisprudencia interamericana, tiene que ser proactivo y buscar eliminar las prácticas que dejen a las personas en estado de apatridia. Por lo general, ya casi todos los países de la región aceptan el principio de *ius solis* incondicionalmente, el fenómeno de la apatridia no se ve con la misma seriedad en comparación con otras partes del planeta. Regionalmente, sin embargo, la jurisdicción colombiana, que exige domicilio, es una de las excepciones y es debido a eso que últimamente se han presentado problemas, como explicaremos en la siguiente sección.

98 A la hora de publicar este informe no se han reportado instancias similares, a ninguna escala, de riesgo de apatridia para los hijos de venezolanos en otros países de la región.

4.

El marco normativo del Estado colombiano sobre nacionalidad y apatridia

El marco normativo en materia migratoria en Colombia se caracteriza por ser disperso, fragmentario y de corto plazo, debido a la forma reactiva en la que ha respondido el Estado colombiano a los desafíos del fenómeno migratorio actual. Esta fue una de las preocupaciones centrales en las que trabajó el CEM durante el año pasado, las cuales quedaron condensadas en su Informe No. 1 de agosto de 2019⁹⁹. En la presente sección nos ocuparemos, en concreto, del acceso a la nacionalidad y de cómo Colombia ha asumido sus compromisos internacionales frente a la prevención y reducción de la apatridia.

4.1. La demostración del domicilio en Colombia: una cuestión previa. La interpretación de la RNEC y su Circular No. 168 de 2017

Antes de entrar a 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 hace la RNEC a partir de la Circular No. 168 de 2017¹⁰⁰. En efecto, muchas de las problemáticas que se analizan en este informe están estrechamente relacionadas con lo establecido en esta Circular. Esta establece 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”). Por lo tanto, cuando un menor nazca en territorio colombiano de padres extranjeros adquirirá la nacionalidad colombiana por nacimiento solo cuando al menos uno de los padres sea titular de una visa tipo M o tipo R, la cual tiene que estar vigente al momento del nacimiento.

Ya en 2015, mediante la Circular No. 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”. La necesidad surgía, como afirma la misma Registraduría, del hecho según el cual:

99 CEM. Informe CEM No. 1, supra nota 2

100 Es importante recordar que la necesidad de expedir esta Circular se da en el marco de la reorganización de las visas que tiene lugar en 2017, con la Resolución No. 6045 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esta reduce a tres las tipologías de visas que podrán ser otorgadas: tipo Visitante (V), tipo Migrantes (M) y tipo Residente (R).

[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 Civil (...).

Así, se establecía que, la titularidad de la visa de residente no era la única forma de demostrar domicilio en el territorio, "(...) dado que, es dable aplicar las presunciones positivas contenidas en el Artículo 80 del Código Civil, siempre que los extranjeros se encuentran legalmente por haber obtenido una visa o permiso de ingreso y permanencia en el territorio". (Subrayado añadido). En la misma Circular se afirmaba que el error se podía haber originado a partir de lo determinado en el Art. 5 de la Ley 43 de 1993, que regula la adquisición de la nacionalidad colombiana por adopción. En efecto, el Art. 5, parágrafo 2 establece que: "Para efectos de este artículo entiéndase que los extranjeros están domiciliados cuando el Gobierno Nacional les expide la respectiva Visa de Residente. Por lo tanto, los términos de domicilio se contarán a partir de la expedición de la citada visa".

Las problemáticas que se originaron a partir de la aplicación de lo establecido en la Circular No. 168 de 2017 tienen que leerse, además, a la luz de lo establecido sobre el punto, en primer lugar, por la Constitución Política de 1991. La Carta, en su Artículo 96, establece 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 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".

De igual manera, habrá que tener en cuenta lo dispuesto por los Artículos 76, 77, 80 y 84 del Código Civil, 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 Art. 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 esta reseña, 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 deri-

var 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 lo permitan determinar, la mera residencia será suficiente. De ahí que se afirme que la interpretación dada por la RNEC en la Circular No. 168 de 2017 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.

Ahora bien, por su parte, la Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con la prueba del domicilio por parte de nacionales extranjeros, con el fin de determinar si a sus hijos, nacidos en Colombia, se les debía reconocer la nacionalidad colombiana por nacimiento. Así, en la Sentencia T-1060 de 2010¹⁰¹; la Corte evalúa la posible vulneración del derecho a la nacionalidad de una menor nacida en territorio colombiano, hija de ciudadanos peruanos. En este caso, la Corte consideró información ulterior, como los movimientos migratorios, más allá de la titularidad de una visa por parte de los padres y su tipología, para determinar si estos podían considerarse domiciliados en el territorio nacional al momento del nacimiento de su hija.

De igual manera, en la Sentencia T-075 de 2015¹⁰², la Corte Constitucional se pronunció sobre el derecho a la nacionalidad de un menor nacido en territorio colombiano, de padres de nacionalidad china. En este momento, el Art. 13, parágrafo 2 del Decreto 1514 de 2012 (ahora el Decreto 1067 de 2015), exigía, para la expedición del pasaporte al menor nacido en territorio colombiano, que los padres acreditarán la condición de nacional de su hijo a través de “la presentación de la respectiva Visa RE (Residente) de los padres, vigente al momento del nacimiento del menor”. En este caso, la Corte aplica la excepción de inconstitucionalidad y es clara en afirmar que:

La exigencia del parágrafo segundo [del Art. 13 del Decreto 1514 de 2012] riñe explícitamente con nuestra norma superior, en cuanto a que el Artículo 96 constitucional consagra que la nacionalidad por nacimiento se adquiere, siendo hijo de extranjeros, cuando se ha nacido en Colombia y al menos uno de los padres se encuentra domiciliado en Colombia, al momento del nacimiento; mientras que la disposición referida requiere que el padre extranjero sea titular de la visa de residente, al momento del nacimiento del niño o niña, siendo figuras jurídicas completamente diferentes, como ya se ha explicado. (Subrayado añadido).

Estos pronunciamientos de la alta Corte, así como las demás normas analizadas, dejan claro que la prueba del domicilio en el ordenamiento colombiano puede darse a través de diversos medios más allá de la titularidad de una visa específica. Estas reflexiones son necesarias para comprender que las actuaciones del Estado colombiano, adoptadas para garantizar el derecho a la nacionalidad de los menores nacidos en Colombia de padres venezolanos,

101 COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-1060/10, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

102 COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-075/15, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

proveen únicamente una solución temporánea y excepcional. En las siguientes subsecciones se profundizará en cada uno de los instrumentos adoptados, con el fin de poner de relieve estos aspectos y sentar las bases para las reflexiones finales.

4.2. El acceso a la nacionalidad colombiana, los hijos de la migración venezolana y la respuesta del Estado colombiano

Con relación a la nacionalidad, el ordenamiento jurídico colombiano contempla una serie de requisitos previstos en normas de distinto rango normativo, que en todo caso parten del Artículo 96 constitucional¹⁰³, que establece los eventos en los cuales se es nacional colombiano, bien por nacimiento o por adopción. La norma prevé dos escenarios para el acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento. Una primera, que 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, habiendo nacido en territorio colombiano, su padre o madre haya sido natural colombiano/a (a); o que, siendo hijos de personas extranjeras, su padre o madre se encuentre domiciliado/a en Colombia al momento del nacimiento del menor (b). 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.

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 migrantes cuyos hijos e hijas nacen en territorio colombiano, para efectos del acceso a la nacionalidad. Esto es especialmente relevante en el contexto de migración de población venezolana actual, en el que miles de familias han tenido sus hijos en territorio colombiano. Estos menores 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 anteriormente. Como ha sido advertido desde la introducción del presente informe, la constatación de lo anterior ha puesto sobre la mesa la situación del riesgo de apatridia en la que pueden encontrarse estos menores, dado que ningún estado los reconoce como nacionales suyos.

103 Artículo 96: Son nacionales colombianos:

1. 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.

Pues bien, a este respecto, el Estado colombiano ha reaccionado a través de vías institucionales distintas, pero de manera concomitante, contradictoria y fragmentaria, por las razones que explicaremos en detalle en las secciones subsiguientes de este informe. Entonces, por una parte, el día 5 de agosto de 2019, RNEC expidió la Resolución No. 8470¹⁰⁴, 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 de 2015 y hasta por dos (2) años más.

Luego, en menos de dos meses, el día 16 de septiembre de 2019, el Congreso de la República adoptó la Ley 1997 de 2019¹⁰⁵, mediante la cual se adicionó un párrafo al Artículo 2º de la Ley 43 de 1993, que establece los requisitos para el acceso a la nacionalidad. Por su parte, mediante la Sentencia T-006 de 2020¹⁰⁶, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional resolvió proteger los derechos fundamentales a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de hijos de padres/madres migrantes de origen venezolano, nacidos en territorio colombiano, quienes se encontraban en riesgo de apatridia. Este conjunto de intervenciones de los poderes públicos en materia de apatridia se encuentra ambientado, también, por el proyecto de ley migratoria¹⁰⁷ que hoy cursa en el Congreso, en el cual se incorporan algunos artículos sobre nacionalidad, apatridia y prueba del domicilio, que son precisamente los aspectos que pasamos a desarrollar en las secciones subsiguientes.

4.3. Inclusión de la nota “válido para demostrar nacionalidad” de la Resolución 8470 de 2019 de la RNEC: una primera alternativa de respuesta no exenta de críticas

Como se anticipó, esta decisión administrativa surge en un contexto de alta presencia de familias migrantes provenientes de Venezuela en Colombia, muchas de las cuales han tenido sus hijos en territorio colombiano y sin acceso a la nacionalidad venezolana. En la parte motiva de este acto administrativo de carácter general se incorpora un generoso catálogo de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y, concretamente, sobre derechos de los niños, los cuales justifican la adopción de la decisión, tales como: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Internacional de los Derechos Humanos. También, se hace referencia a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para reducir los casos de apatri-

104 COLOMBIA. Registraduría Nacional del Estado Civil. Resolución No. 8470 del 5 de agosto de 2019, “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”.

105 COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1997 de 16 de septiembre de 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”.

106 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 2020, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger.

107 COLOMBIA. Congreso de la República. Texto propuesto para primer debate al Proyecto de Ley Número 36 de 2019 Senado, “Por medio del cual se establecen lineamientos, principios y marco regulatorio de la Política Integral Migratoria del Estado colombiano”. Gaceta del Congreso 1163 de 29 de noviembre de 2019.

dia. Todos los anteriores instrumentos han sido incorporados al ordenamiento colombiano y hacen parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 93 constitucional.

En cuanto al ordenamiento jurídico doméstico, se mencionan las normas constitucionales y legales sobre los derechos de los niños, así como las disposiciones que regulan el acceso a la nacionalidad colombiana. Emerge en este entramado normativo la Ley 43 de 1993¹⁰⁸ sobre nacionalidad colombiana, la cual 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 4º del Artículo 5º 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 acrediten previamente que su país de origen no concede la nacionalidad por consanguinidad al menor, lo cual deberá constar mediante la correspondiente certificación de misión diplomática. Esta disposición de rango legal fue desarrollada por la RNEC mediante la Circular 168 de 2017¹⁰⁹, que adoptó el procedimiento a seguir para la inscripción en el registro civil de nacimiento de los hijos de extranjeros nacidos en Colombia para efectos de demostrar nacionalidad, según fue descrito anteriormente. Procedimiento que, 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.

Tal como se señala en 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 suelo¹¹⁰. De acuerdo con dicha respuesta, todo hijo de persona venezolana nacido en territorio extranjero adquiere la nacionalidad 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 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 está sucediendo. Esto se debe a que las familias venezolanas se enfrentan a barreras para el acceso a documentos¹¹¹, lo cual se traduce en la imposibilidad de adqui-

108 COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 43 del 1º de febrero de 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”.

109 COLOMBIA. Registraduría Nacional del Estado Civil. Circular 168 de 22 de diciembre de 2017.

110 Nota Verbal No. 0001986 del 6 de septiembre de 2018 de la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela, en respuesta a la Nota Verbal No. S-GNC-18-047347 del 15 de agosto de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. Ambos documentos son citados en las consideraciones de la Resolución 8470 de 2019 de la RNEC.

111 CIDH. Resolución 2/18, Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>; 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 de 2019, A/HRC/41/18. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx.

rir la nacionalidad de este 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 análisis¹¹².

De lo dicho hasta aquí, conviene subrayar los siguientes puntos importantes. Primero, Colombia tiene un esquema mixto para la adquisición de la nacionalidad, lo cual supone que, en todo caso, esta no ocurre por el solo hecho de que el menor nazca en territorio colombiano. Segundo, existen previsiones normativas, internacionales y domésticas, las cuales establecen la manera en la que se debe proceder en caso de que un hijo/a de persona extranjera nazca en territorio colombiano y que su país de origen no le reconozca la nacionalidad por vía de sangre. Tercero, si bien esto se hace mediante una inscripción en el registro civil de nacimiento colombiano, esto requiere, en todo caso, una certificación diplomática del país de origen, en la que se mencione expresamente que no hay lugar a la nacionalidad por nacimiento. Cuarto, si bien el ordenamiento jurídico venezolano prevé el otorgamiento de la nacionalidad, tanto por nacimiento en el territorio como por sangre, lo cierto es que esto está sujeto a la presentación de una serie de documentos que los migrantes venezolanos en territorio colombiano no están en condiciones de reunir. Ello se traduce en barreras insalvables para el acceso a la nacionalidad y la inminente situación de riesgo de apatridia en la que estas personas estarían.

Ahora bien, una vez descritas las consideraciones que justificaron la adopción de la Resolución y las particularidades del contexto de migración de familias venezolanas hacia Colombia, conviene ahora describir los aspectos más importantes de esta decisión administrativa. La RNEC expide la Resolución 8470 de 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.

Se trata de una medida temporal, toda vez que es aplicable a partir de su expedición y por dos años más. Además, la vigencia de la medida puede ser inferior a los dos años, si el Estado colombiano encuentra que han cesado las condiciones que ameritaron su implementación; es decir, que las personas venezolanas puedan tramitar el reconocimiento de la nacionalidad para sus hijos en Venezuela, una vez superados los obstáculos identificados y que se ponen de manifiesto en el presente documento. Además de temporal, la medida es también excepcional, toda vez que el procedimiento establecido es únicamente aplicable a los hijos de padres venezolanos, nacidos en Colombia a partir del 19 de agosto de 2015.

112 Al respecto, expresamente se señala en las consideraciones de la Resolución 8740 de 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° de la "Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas" de 1954".

Esto implica que los hijos de padres de otras nacionalidades no 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.

La Resolución contempla dos escenarios: uno aplicable a los menores que ya han sido registrados con anterioridad a su expedición, y otro aplicable a los menores que no han sido registrados al momento de expedición de la medida. Frente al primer escenario, esto es en los casos en los que ya se ha efectuado el registro, la Resolución en comento prevé que las oficinas con función registral incluirán de oficio la nota “válido para demostrar nacionalidad” en los registros de los menores nacidos a partir del 19 de agosto de 2015¹¹³. La inclusión de la nota mencionada deberá constar, tanto en el original del registro civil de nacimiento disponible en la oficina donde se realizó la inscripción, así como en la copia del registro civil de nacimiento disponible en la oficina central de la RNEC. Dicha inclusión procede únicamente cuando de manera previa se ha obtenido el certificado de nacido vivo de la República de Colombia o el acto administrativo del defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Asimismo, se requiere que padre y madre sean de nacionalidad venezolana, o que, cuando solo aparezca uno de los dos en el registro, éste sea de nacionalidad venezolana. En tal sentido, se excluyen los eventos en los cuales el padre o la madre sean de una nacionalidad distinta a la venezolana. Los padres del menor podrán probar su nacionalidad mediante la presentación de: cédula de extranjería (CE), permiso especial de permanencia (PEP), pasaporte venezolano, incluso si está vencido, cédula de identidad venezolana, vigente o vencida. Luego de incluida la anotación, la RNEC entregará copia gratuita del registro a sus padres o representantes, quienes la podrán solicitar luego de verificar en el sitio web de la RNEC que la inclusión de la anotación ha sido efectivamente realizada.

En el segundo escenario, es decir cuando el menor no ha sido registrado, el procedimiento tiene los mismos requerimientos del evento anterior. La diferencia radica en que, como el menor no ha sido registrado previamente, la inclusión de la nota “válido para demostrar nacionalidad” se hará de oficio en las oficinas con función registral al momento mismo de realizar la correspondiente inscripción del nacimiento del menor en su registro civil. Al igual que en el escenario anterior, aplica la misma ventana de tiempo (a partir del 19 de agosto de 2019); se requiere que padre y madre sean de nacionalidad venezolana; o si es solo uno de los dos, que sea igualmente de nacionalidad venezolana; deben contar con certificado de nacido vivo o acto administrativo del defensor de familia del ICBF y la nacionalidad de padre/madre se demuestra con los mismos documentos previstos en el escenario anterior.

Vale la pena señalar que lo previsto en la Resolución no es aplicable en los consulados

113 Según lo descrito en las consideraciones del Decreto 1770 del 7 de septiembre de 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”. (Subrayas introducidas). 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”. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1770 del 7 de septiembre de 2015, “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en parte del territorio nacional”.

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 migrante no puede acceder a la nacionalidad venezolana de sus padres, por las razones expuestas anteriormente en este escrito; tampoco pudieron acceder a la colombiana, pues en teoría sí podían acceder a la venezolana; y menos podrán acceder a la del tercer país, pues no los une ningún vínculo jurídico con el mismo. 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. Esto es así, ya que en los casos en los que no se cuente 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 a registrar no cumpla con los requisitos establecidos en la Resolución. Esto ratifica la calidad de excepcionalidad de esta decisión administrativa.

En esta sección se han descrito las razones que ameritaron la expedición de la Resolución 8470 de 2019 de la RNEC, así como el procedimiento que esta decisión administrativa ha implementado para la inclusión de la nota “válido para demostrar nacionalidad” en los registros civiles de los menores de padres venezolanos, nacidos en territorio colombiano. Asimismo, se han puesto de presente algunas de las críticas que este instrumento normativo admite, teniendo en cuenta, entre otras, sus restricciones por razones de temporalidad y excepcionalidad.

4.4. La presunción de la residencia y el ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas: análisis crítico de la Ley 1997 de 2019

Como se mencionó previamente en este documento, sin que se hubiesen cumplido siquiera dos meses de la expedición de la Resolución de la RNEC, el día 16 de septiembre de 2019, el Congreso de la República adoptó la Ley 1997 de 2019, mediante la cual se adicionó un parágrafo al Artículo 2º de la Ley 43 de 1993, que establece los requisitos para el acceso a

la nacionalidad. Dicho parágrafo establece que:

Parágrafo. 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 ley. Resulta oportuno hacer algunos comentarios con relación a la expedición de esta disposición de carácter legislativo. Primero, la expedición de la Ley bajo análisis denota que existió la inquietud por parte de la Defensoría del Pueblo frente al riesgo de apátrida de los hijos de padres migrantes venezolanos, nacidos en territorio colombiano, la cual tuvo eco en el Congreso colombiano y explica en buena parte el resultado obtenido. No obstante, los efectos reales de esta norma son bastante discutibles y carentes de fuerza material, toda vez que no se cuenta, aún, con una reglamentación que indique con claridad cómo aplicar dicha presunción excepcional, incorporada en el sistema normativo colombiano.

Segundo, es necesario subrayar que, aunque la Ley también ha señalado una ventana de tiempo de dos años para la aplicación de la presunción del párrafo, la fecha a partir de la cual rige tal disposición es distinta a la prevista en la Resolución de la RNEC, antes analizada. Mientras que la Resolución fijó como fecha de inicio de la aplicación de la medida excepcional el 19 de agosto de 2015, la Ley estableció el 1º de enero de 2015.

Tercero, esta disparidad de tiempos en la implementación de medidas de excepcionalidad para responder al riesgo de apatridia en el que se encuentran los menores hijos de padres migrantes venezolanos nacidos en territorio colombiano, resulta inconveniente para la seguridad jurídica y la igualdad de trato que debe dar la ley a casos similares. Esto es especialmente patente en los casos de los menores que han nacido entre el 1º de enero y el 18 de agosto de 2019. En estos casos no es aplicable lo dispuesto en la Resolución de la RNEC y tampoco existe actualmente una reglamentación que indique el procedimiento que se debe seguir para beneficiarse de la presunción prevista en el párrafo introducido por la Ley bajo análisis.

Cuarto, también resultan aplicables las observaciones realizadas anteriormente frente a la Resolución de la RNEC, en cuanto a la exclusión de los menores de otras nacionalidades y los menores 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"¹¹⁴. Asimismo, este tipo de medidas de excepcionalidad 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.

Quinto, es democráticamente muy relevante que el poder legislativo se haya movilizado a adoptar una medida de esta naturaleza, en respuesta al reconocimiento de la situación de riesgo de apatridia en la que se encuentran estos menores. Sin embargo, 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.

114 Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Cuadernos Migratorios N°5 – Migrantes extracontinentales en América del Sur: Estudio de casos, 2013. Disponible en: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/cuaderno5_migrantes_extracontinentales_americaelsur.pdf

Sexto, estas soluciones provocan reacciones muy positivas en distintos sectores, tanto a nivel interno como internacional, que ven con muy buenos ojos la respuesta del Estado colombiano frente al fenómeno migratorio que está ocurriendo actualmente en Colombia, en general, y sobre el riesgo de apatridia, en particular.¹¹⁵ No obstante, lo cierto es que, a nivel doméstico, y muy especialmente para quienes tienen a su cargo la aplicación cotidiana de estas disposiciones, este entramado de normas resulta ser todo un desafío. 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.

Séptimo, frente a la pregunta sobre cuál es el efecto de la presunción que incorpora la Ley bajo análisis, es posible afirmar que se concreta en relevar a las familias de migrantes provenientes de Venezuela de la carga de demostrar el domicilio, para que sus hijos puedan acceder a la nacionalidad colombiana por nacimiento. Esto es así, en la medida en que la Ley prevé la aplicación de una presunción de derecho, de carácter excepcional, según se ha descrito. Sin embargo, tal como se advirtió antes, los efectos prácticos de esta normativa son inocuos, toda vez que a la fecha no existe una norma de carácter reglamentario que establezca un procedimiento para la aplicación de dicha presunción. Más aún cuando esta norma de rango legal se ha adoptado cuando ya existía en el ordenamiento jurídico colombiano una regulación, vía resolución, con un procedimiento orientado a regular la situación en términos bastante análogos.

En esta sección se ha descrito la respuesta ofrecida por parte del legislador en materia de apatridia en Colombia, a partir de la expedición de Ley 1997 de 2019. En virtud de dicha ley, se adoptó una presunción de la residencia y el ánimo de permanencia en el territorio nacional para el acceso a la nacionalidad de los hijos e hijas nacidos en Colombia de padres venezolanos. Asimismo, se han esbozado algunas de las críticas que la expedición de esta ley suscita, especialmente por su carácter excepcional, su temporalidad, así como por su falta de reglamentación.

4.5. La batalla legal de las familias migrantes por el acceso a la nacionalidad colombiana: la perspectiva de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia T-006 de 2020

El poder judicial no ha sido ajeno a la intervención frente a la situación de riesgo de apatridia en la que se encuentran los hijos de padres migrantes venezolanos nacidos en Colombia. Es así como mediante Sentencia T-006 de 2020, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional (en adelante, la Corte) decidió dos casos que tienen que ver, precisamente, con esta problemática. En esta decisión, la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la

115 Ver supra nota 9.

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.

El análisis de estos casos, cuyo estudio fue unificado por la Corte bajo un único expediente, resulta muy relevante en el estudio que se realiza en el presente informe. Esto es así, toda vez que se somete a consideración del máximo juez constitucional el acceso a la nacionalidad de los menores hijos de migrantes venezolanos nacidos en Colombia, quienes, como lo hemos venido describiendo, enfrentan barreras muy difíciles de sortear para acceder a documentos y a mecanismos de regularización migratoria.

Los casos objeto de estudio de la Corte ocurren uno en Bogotá y otro en Medellín. El caso de Bogotá tiene que ver con un padre de familia, migrante venezolano con estatus migratorio regular, titular de un PEP, quien además contaba con un trabajo formal y una vivienda en la que habitaba junto con su familia. En el registro civil de su hija menor, la RNEC le hizo la anotación “no válido para demostrar nacionalidad”, aduciendo que no cumple con el requisito de domicilio, de acuerdo con la Circular de la RNEC, antes mencionada en este escrito. En este caso, el accionante señala que su hija se encuentra en riesgo de apatridia, toda vez que el Consulado de Venezuela en Colombia exige la presentación de visa o cédula de extranjería otorgada en Colombia, como requisito para el reconocimiento de la nacionalidad venezolana a su hija. Estos son documentos que el accionante no puede reunir, toda vez que es titular de un PEP, el cual no es válido para dicho trámite. El juez de primera instancia declaró que la tutela era improcedente en este caso, ya que el accionante no había acreditado domicilio en Colombia, requisito indispensable para acceder a la nacionalidad.

Aunque, de fondo, el caso de Medellín también versa sobre el derecho a la nacionalidad de un hijo de padre y madre venezolanos, nacido en Colombia, tiene una particularidad especial y es que aquí se invoca la protección del derecho fundamental de petición. En efecto, una vez que los padres solicitan el registro civil de nacimiento, la RNEC hace la anotación “no válido para acreditar la nacionalidad colombiana”. Los padres de la menor presentan una petición para que se inaplique la Circular de la RNEC o cualquier otra norma que obligue a la acreditación del domicilio. Aunque el juez de primera instancia concedió la tutela por el derecho de petición, decidió negar el amparo del derecho a la nacionalidad, advirtiendo que para ello existe un procedimiento que el accionante no ha agotado. Esta decisión fue confirmada por el juez de segunda instancia.

Luego de describir el marco normativo colombiano en materia de adquisición de nacionalidad, tanto por nacimiento como por adopción, en la sentencia se aborda el análisis de los casos seleccionados. En esta oportunidad, la Corte encuentra que la RNEC, entidad demandada, vulneró los derechos a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de los menores involucrados, al omitir considerar el 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 (...). (Subrayas por fuera de texto original).

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, lo cierto es que la Corte no fue suficientemente clara en sus consideraciones sobre la inadecuada interpretación que hace la RNEC del domicilio. Mediante dicha interpretación, la RNEC equipara domicilio a la titularidad de una visa, contrariando lo dispuesto en norma de rango legal superior, como lo es el Código Civil, el cual admite distintas formas de prueba del domicilio.

Desafortunadamente, la sentencia de la Corte no es contundente en este punto y no ofrece una orientación clara a la autoridad administrativa registral -RNEC- para que se abstenga de hacer esta interpretación restrictiva del domicilio. Interpretación esta que vulnera los derechos fundamentales a la nacionalidad y a la personalidad jurídica de los menores 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.

Llama la atención que la Corte haya sido poco clara en identificar el supuesto de adquisición de la nacionalidad colombiana aplicable en los casos bajo estudio, bien fuera por nacimiento o por adopción. En un primer momento, la Sentencia reconoce que "(...) cuando un ciudadano venezolano migrante cuenta con una vivienda, un trabajo habitual (...) e incluso un permiso especial de permanencia (...) se configura de forma manifiesta los requisitos para acre-

ditar la residencia y el ánimo de permanecer en el territorio nacional en los términos del Código Civil". Bajo estos supuestos, que son justamente los aplicables en los casos sometidos a estudio de la Corte, debía la RNEC, a través de sus delegadas, "(...) reconocer los registros civiles de nacimiento (...) como documentos válidos para acreditar nacionalidad colombiana por nacimiento, sin la exigencia de otros requisitos".

Sin embargo, en el párrafo subsiguiente, la Corte establece que en los casos en los que no sea posible establecer residencia y ánimo de permanencia de los migrantes venezolanos en Colombia, la RNEC deberá dar aplicación a lo previsto en el parágrafo 3º del artículo 5º de la Ley 43 de 1993, esto es, de la nacionalidad por adopción. Lo anterior, en atención al riesgo de apatridia de los menores, "(...) sin la exigencia de la certificación de la misión consular que la misma norma establece". En palabras de la Corte:

[C]uando por circunstancias políticas y de orden público del país de origen de los padres extranjeros, sea materialmente imposible certificar la negativa de acceder al derecho a la nacionalidad en dicho país en el momento del nacimiento, la autoridad administrativa que reciba la solicitud o el operador judicial en sede de tutela debe proceder inmediatamente a reconocer la nacionalidad colombiana por adopción al niño o niña nacido en Colombia en los términos establecidos en la Ley 43 de 1993 para prevención del riesgo de patria, sin exigir la certificación de la misión consular. (Subrayas por fuera de texto original).

En las consideraciones de su sentencia, la Corte reprocha que las autoridades administrativas -RNEC- y judiciales -jueces de tutela de instancia- no hubiesen reconocido la nacionalidad de los menores, desconociendo la existencia de la nacionalidad por adopción. Sin embargo, este supuesto no resultaba aplicable en este caso. Los asuntos bajo estudio de la Corte versaban sobre la nacionalidad por nacimiento, frente a la cual, solo se requería precisar que el domicilio es el ánimo de permanecer en el territorio, el cual es susceptible de prueba de varias maneras, entre estas el PEP, el contrato de trabajo o de arrendamiento y que en ningún caso la prueba del domicilio está restringida a la titularidad de un visado de migrante o residente.

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 3º del Artículo 5º de la Ley 43 de 1993, que nada tenía que ver con el asunto bajo análisis. A pesar de que 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 familias provenientes de Venezuela, las cuales enfrentan barreras para acceder a documentos y a mecanismos de regularización migratoria.

Es pertinente señalar que, una vez seleccionados por la Corte Constitucional, estos casos contaron con la intervención de un grupo amplio de actores, tanto entidades públicas como organizaciones de la sociedad civil, quienes con sus argumentos ofrecieron insumos para ilustrar a la Corte sobre el caso¹¹⁶. Uno de los aspectos más debatidos en estas intervenciones fue el concepto de domicilio y su demostración. Una preocupación importante en este punto tiene que ver con la inadecuada interpretación que hace la RNEC en su Circular. Tal como se ha descrito en este informe, resulta claramente restrictivo que se exija la acreditación de una visa como requisito para acceder a la nacionalidad por nacimiento, de acuerdo con la regla existente para la nacionalidad por adopción, cuyas regulaciones constitucionales y legales son distintas. Este requisito del visado no solo desborda lo establecido en la ley colombiana sobre cómo se demuestra el domicilio, sino que también exacerba la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los migrantes provenientes de Venezuela.

Entonces, es a todas luces discriminatoria y restrictiva la interpretación que hace la autoridad administrativa registral, como lo es la RNEC, vía acto administrativo infralegal, como lo es la Circular, que va más allá de lo previsto en la ley. Esto compromete el derecho fundamental a la nacionalidad de los menores, así como el acceso a otros derechos, también fundamentales, de los que gozan todos los niños y niñas, en tanto sujetos de especial protección. Estos derechos no deben verse comprometidos en razón de la nacionalidad, del estatus migratorio de sus padres o del mecanismo a través del cual estos han regularizado su situación (visa o PEP).

No está de más señalar que el PEP es un mecanismo de regularización migratoria. En tal sentido, las personas que cuentan con este documento tienen estatus migratorio regular en territorio colombiano. Entonces, aunque la visa no es equiparable al PEP, lo cierto es que el PEP supone que la persona está autorizada para permanecer en territorio colombiano por el término de dos años, el cual ha sido incluso abierto a periodos de renovación, por dos años más, por parte de las autoridades colombianas¹¹⁷. Asimismo, el PEP es un documento que habilita al migrante titular de dicho documento para trabajar en Colombia y para acceder al sistema de seguridad social. Todas estas son formas, también, de probar al ánimo de permanecer en territorio colombiano (domicilio), en los términos del Código Civil.

En esta sección se han recogido las consideraciones centrales de la sentencia T-006 de

116 En este caso intervinieron las siguientes personas: RNEC, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Relaciones Exteriores, Defensoría del Pueblo, ACNUR, UNICEF, Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Servicio Jesuita a Migrantes de Santiago de Chile, Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Programa de Asistencia Legal para Población con Necesidad de Protección Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Corporación Opción Legal y Red de Universidades del Programa de Asistencia Legal a Personas con Necesidad de Protección Internacional y Víctimas del Conflicto Armado, Dejusticia, Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Comisión Colombiana de Juristas, Red Papaz y Servicio Jesuita a Refugiados.

117 COLOMBIA. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Resolución 1567 de 30 de mayo de 2019, "Por medio de la cual se implementa el procedimiento dirigido a renovar el Permiso Especial de Permanencia PEP, creado mediante Resolución 5797 de fecha 25 de julio de 2019, otorgado entre el 03 de agosto de 2017 y el 31 de octubre de 2017".

COLOMBIA. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Resolución 3870 del 23 de diciembre de 2019, "Por la cual se implementa el procedimiento dirigido a renovar el Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante la Resolución 5797 de fecha 25 de julio de 2017, otorgado entre el 7 de febrero de 2018 y el 7 de junio de 2018".

2020, en la que la Corte estudió la situación de riesgo de apatridia en la que se encontrarían dos menores, hijos de nacionales venezolanos, nacidos en territorio colombiano. Aquí se ha puesto de relieve cómo, a pesar de haber protegido el derecho fundamental a la nacionalidad de los menores, el fallo no resultó ser lo suficientemente garantista de los derechos de las personas migrantes, especialmente de las familias provenientes de Venezuela.

4.6. El Proyecto de Ley migratoria: fichas adicionales en materia de apatridia y nacionalidad

Actualmente, cursa en el Congreso un proyecto de ley en materia migratoria, el cual contempla algunos artículos sobre apatridia y acceso a nacionalidad. A pesar de que este proyecto aún no ha comenzado su trámite de discusión formal en el Congreso y que bien podría no convertirse en ley de la República, en todo caso sí merece un breve comentario en el presente informe.

En el Título V sobre “Asuntos relativos a la nacionalidad colombiana”, el texto incorpora un único Artículo (56), el cual reitera las formas de adquisición de la nacionalidad colombiana previstas en el Artículo 96 de la Constitución -nacimiento y adopción-, así como las autoridades competentes para su reconocimiento -RNEC y Ministerio de Relaciones Exteriores, respectivamente. Por su parte, en el Título IV sobre “Protección internacional a los extranjeros”, se incorpora un capítulo (III) sobre “apatridia”. Allí se establecen las siguientes previsiones: (i) Corresponderá al Ministerio de Relaciones Exteriores el estudio y decisión de las solicitudes de reconocimiento de la condición de apátrida; (ii) La RNEC efectuará el registro e inscripción como nacional por nacimiento cuando se ha reconocido previamente la condición de apátrida por parte del Ministerio; (iii) Las personas reconocidas como apátridas podrán solicitar la nacionalidad por adopción, luego de 1 año de titularidad de la visa de residente. De lo anterior se desprende que la persona reconocida como apátrida podría acceder a la nacionalidad por nacimiento, pero no excluye la posibilidad de adquirirla por adopción, si es titular de la visa de residente.

Ahora, el Parágrafo 1º del Artículo 37 sobre visa, prescribe:

En atención al principio de legalidad, el domicilio de un extranjero en Colombia se constituye habiendo sido titular por tres (3) años continuos e ininterrumpidos de la visa que acredite tanto su regularidad migratoria en el país como su intención o ánimo de permanecer en el territorio nacional. El solo hecho de habitar un extranjero en el territorio nacional de manera accidental o estacional o en calidad de visitante no constituye domicilio en el país”.

Llama la atención que se pretenda restringir por esta vía el estatus migratorio regular a la titularidad de una visa. También, mediante esta disposición, se estarían excluyendo otros mecanismos de regularización migratoria como lo son los permisos especiales de permanencia, que son a los que el Estado colombiano le ha apostado para hacer frente al fenómeno migratorio proveniente de Venezuela. Asimismo, se estaría legalizando una comprensión de la

intención o ánimo de permanecer en territorio cuando se es titular de una visa, únicamente, sin admitir otras modalidades o escenarios como los PEP.

A pesar de ser una disposición ubicada en la sección de visados y no en la de acceso a la nacionalidad, lo cierto es que, en caso de ser aprobada, esta norma le daría estatus de ley a la interpretación restrictiva y violatoria de los derechos fundamentales de los niños, de la Circular de la RNEC. Tal como se ha analizado ampliamente en el presente documento, y según fue entendido por la Corte Constitucional, la interpretación de la autoridad administrativa registral, que restringe la prueba del domicilio para la nacionalidad a una visa (de migrante o residente), limita -y en este caso derogaría- lo previsto en el Código Civil, que admite distintas formas de demostrar el domicilio o ánimo de permanencia en un lugar.

La aprobación de esta norma dejaría en una situación de profunda vulnerabilidad a los hijos de personas migrantes quienes, como las provenientes de Venezuela, enfrentan barreras para acceder a documentos, muchas veces insalvables, como se ha descrito ampliamente en este informe. Esto tendría como consecuencia la violación, por parte de Colombia, de sus obligaciones bajo el derecho internacional y del sistema Interamericano de derechos humanos.

4.7. 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

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege ampliamente el derecho a la vida familiar. En particular, el SIDH establece que los estados y la sociedad tienen un deber de proteger a la familia y que están prohibidas las injerencias arbitrarias o abusivas a la vida familiar¹¹⁸. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su Artículo 9, que, aun admitiéndose la posibilidad de que la separación de la familia derive de una medida sancionatoria migratoria adoptada por el estado, esta debe tener carácter excepcional.

En este contexto, una de las preocupaciones principales que surge 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 aplicación podría tener para la unidad familiar. En particular, cabe preguntarse por los impactos que esta medida podría tener para aquellos núcleos familiares donde 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 frente a las autoridades, en el adelantamiento de todos los procedimientos necesarios, por ejemplo, para que el recién nacido pueda tener acceso a atención en salud. Aumentan, por ende, las

¹¹⁸ Véanse los Arts. 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, véanse los Arts. V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

oportunidades en las cuales las autoridades podrían tener conocimiento de su situación migratoria irregular y dar inicio a los procedimientos sancionatorios correspondientes. Así, el riesgo de que los padres del nacional colombiano sean destinatarios de una medida sancionatoria de expulsión o deportación del territorio es aún mayor.

En un documento elaborado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, titulado “ABC-Primero la Niñez”¹¹⁹; a partir de la expedición de la Resolución No. 8470 de 2019 de la RNEC, se establece que la medida a favor de los niños y niñas nacidos en Colombia no prevé algún tipo de beneficio para otros sujetos relacionados con el niño o niña que adquiere la nacionalidad colombiana por nacimiento. De hecho, esta medida no implicó que se aportaran modificaciones a la Resolución No. 6045 de 2017, que regula el otorgamiento de visas, en la parte en que se establecen los requisitos para verse otorgada una visa como familiar de nacional colombiano. Tampoco hubo modificaciones a la Ley 43 de 1993 sobre nacionalidad, 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, este documento establece de manera clara que la adquisición de la nacionalidad por parte del niño o niña no subsana la situación migratoria 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 sin que en nada afecte a la misma el hecho de ser padre de un nacional colombiano. Así, 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 los padres o de familiares, se configurará una expulsión o deportación de facto o indirecta¹²⁰. Es decir, se deporta o expulsa a un ciudadano colombiano menor de edad en violación de sus derechos.

Ahora bien, esta situación va analizada a la luz de los estándares establecidos, tanto por parte de los órganos del SIDH como de la Corte Constitucional de Colombia. La CIDH y la 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, estas medidas tienen que respetar los DD. HH. de las personas migrantes. En particular, 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. Por ende, la separación del menor de su familia, cuando esta derive de una decisión estatal, deberá tener carácter excepcional y ser el fruto de esta ponderación, so pena de constituir una injerencia arbitraria en la vida familiar.¹²¹

119 Gobierno de Colombia, Primero la Niñez. Abecé para la Nacionalidad de niños y niñas nacidos en Colombia de padres venezolanos. Disponible en <https://www.migracioncolombia.gov.co/primerolaninez/documentos/abece.pdf>.

120 CIDH. 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), 17 de febrero de 2002. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>.

121 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, párrafos 348 y 349.

En especial, 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. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.¹²² (Subrayado 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.¹²³ (Subrayado añadido).

Igualmente, 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 nacionales colombianos. En estos casos, la Corte ha sido enfática en afirmar que la autoridad de control migratorio tiene el deber, en el desarrollo del procedimiento sancionatorio administrativo migratorio, de tener en cuenta “de forma detallada y diligente los eventuales vínculos naturales o jurídicos de paternidad o maternidad que la persona extranjera involucrada mantenga en el país con menores”¹²⁴ y las consecuencias que estas medidas podrían tener para la vida familiar del accionante.¹²⁵ Esto constituye, en palabras de la Corte, un componente del debido proceso administrativo.

122 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.106Doc. 40 rev., 28 febrero 2000, párr. 166.

123 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.

124 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-530/19, M.P.: Alejandro Linares Cantillo, párr. 89.

125 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-500/18, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

En esta sección se han analizado los instrumentos normativos adoptados por el Estado colombiano ante la situación de apatridia o riesgo de apatridia en la que se encuentran los niños y niñas nacidos en Colombia de padres venezolanos. Asimismo, se ha dedicado atención a algunas cuestiones previas y relacionadas, las cuales son relevantes a la hora de comprender los efectos de estas medidas para sus destinatarios, como para una reflexión más amplia y de contexto sobre la forma en que el Estado colombiano ha hecho frente a esta situación específica. En la siguiente sección proponemos una serie de consideraciones conclusivas.

5.

Conclusiones

En su informe No. 2-2020, el CEM quiso reflexionar 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. Para ello, se ahondó en las causas de esta situación y en las vulnerabilidades específicas de la población venezolana. Luego, se profundizó sobre la nacionalidad y la apatridia, explicando su relieve y desarrollo en el derecho internacional y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el fin de poner en contexto este debate. Sucesivamente, se analizaron los diversos instrumentos adoptados por el Estado colombiano para enfrentar esta situación y algunas cuestiones relacionadas, tales como: la interpretación de la RNEC de la manera de demostrar el domicilio por parte de los extranjeros en Colombia, la protección de la unidad familiar de estos menores y la forma en que el proyecto de ley sobre “lineamientos, principios y marco regulatorio de la Política Integral Migratoria del Estado colombiano”, actualmente en discusión en el Congreso de la República, aborda esta cuestión. Este informe cierra con las siguientes conclusiones.

La situación de apatridia o de riesgo de apatridia puede derivar de diversas causas. Los niños y niñas que nacen en Colombia de padres venezolanos se encuentran en este escenario por las barreras a la que se enfrentan sus padres, por un lado, de 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 extrema dificultad para demostrar que están domiciliados en Colombia a causa de su estatus migratorio, para que sus hijos adquieran la nacionalidad colombiana por nacimiento. Esto es así porque la RNEC considera que el domicilio del extranjero queda probado solamente cuando este sea titular de una visa tipo Migrante o tipo Residente. Estas son visas a las cuales la población migrante venezolana se encuentra, en muchos casos, en la imposibilidad de acceder.

El informe ha explicado la manera como ha surgido la nacionalidad en el ordenamiento jurídico global, entendiendo por esta el vínculo que une a las personas con los estados. Este vínculo generalmente se basa, sea en el lugar de nacimiento (el principio de *ius solis*) o en la nacionalidad de los padres (el principio de *ius sanguinis*). En muchos casos se aplica una combinación de los dos principios, mientras que en otros hay requisitos adicionales, como

en el caso de Colombia, donde se exige que haya domicilio. La historia de la nacionalidad, sin embargo, ha estado marcada por todo tipo de exclusiones y marginalizaciones, por lo cual millones de personas han quedado formalmente sin nacionalidad. Esto ha sucedido, a veces, por políticas discriminatorias de exclusión. También, porque las normas que determinan la nacionalidad o los procesos administrativos y su aplicación han implicado que personas no adquieran ninguna nacionalidad y queden en una situación de apatridia. Desde la Segunda Guerra Mundial este fenómeno se ha considerado un problema significativo, ya que se reconoció que sin ese vínculo con un Estado las personas quedan en una situación de vulnerabilidad y desprotección seria.

Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se reconoció el derecho a tener una nacionalidad y este principio básico se vio reiterado y reforzado en tratados vinculantes durante la segunda mitad del Siglo XX. En los últimos años, el ACNUR le ha dado un fuerte impulso al desarrollo y a la acogida del marco normativo que busca limitar y disminuir el fenómeno. Clave en este proceso ha sido la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (la Convención de 1961). Esta Convención indica las medidas que se pueden o deben tomar para evitar que las personas se queden sin nacionalidad. Si bien hay muchos países que aún no se han vinculado a esta Convención, es de resaltar que sí ha tenido mucha acogida en el hemisferio americano, en donde predomina el principio de *ius solis*. Como este principio sirve para que los recién nacidos adquieran nacionalidad, se presta para así progresivamente reducir el fenómeno. A esto se suma la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este documento y de la jurisprudencia se puede deducir que los estados tienen la obligación de prevenir que haya casos de apatridia, en particular, en casos de personas que nacieron en su jurisdicción territorial. Si bien los Estados americanos tendrían la libertad de definir los procedimientos, parece razonable suponer que cualquier caso de apatridia al momento de nacer generará problemáticas jurídicas desde la perspectiva de la normatividad internacional e interamericana.

En el presente informe se ha puesto de manifiesto el diseño complejo o mixto de acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento, que implica que esta no se adquiere por el solo hecho de nacer en territorio colombiano. 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 espacio de tiempo, a través de distintas vías institucionales: (i) la Resolución No. 8470 de 2019 de la RNEC, (ii) la Ley 1997 de 2019 y (iii) la Sentencia T-006 de 2020 de la Corte Constitucional. Estas decisiones han sido la antesala del proyecto de ley migratoria que actualmente cursa en el Congreso de la República y que también incorpora algunos artículos sobre nacionalidad, apatridia y domicilio. Como se ha descrito ampliamente en el presente informe, la lógica a la que obedecen 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. 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, que es de la que nos hemos ocupado en este documento, no solo es muy representativa en términos de cantidad, sino que ha mostrado que tiene ánimo de permanencia en el territorio colombiano, muy a pesar de que la narrativa de las autoridades colombianas afirme otra cosa.

Esto implica, entonces, que más allá de la ventana de dos años que han establecido, tanto la Resolución de la RNEC como la Ley 1997, lo cierto es que hay menores de familias venezolanas nacidos en Colombia antes, así como con posterioridad a estos límites temporales. Pero, así como hay menores 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. 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 el requisito de demostración del domicilio y del ánimo de permanecer en el territorio para adquisición de la nacionalidad.

Resulta imperioso considerar si el estatus migratorio es una ficha inamovible 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 ningún tipo ni están en condiciones de adquirirlos. Estas sí son las preguntas gruesas y frente a las cuales aún no se han generado respuestas, porque simplemente esta conversación aún no ha ocurrido en nuestro contexto. Finalmente, tampoco se puede creer que a partir de decisiones fragmentarias y de corto plazo, como las recientemente implementadas en Colombia, se haya superado esta cuestión.

Los autores

Carolina Moreno V., profesora asociada, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Directora del Centro de Estudios en Migración (CEM) y de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (camoreno@uniandes.edu.co).

Gracy Pelacani, profesora asistente, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes y de la Clínica Jurídica para Migrantes de la misma Facultad. Miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM) (g.pelacani@uniandes.edu.co).

Juan Manuel Amaya Castro, profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM) (jm.amaya@uniandes.edu.co).

Contacto: Centro de Estudios en Migración (CEM), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia (cem@uniandes.edu.co).